

# Omförhandling av avtal – några rättsliga faktorer med utgångspunkt från engelsk rätt\*

LARS GORTON\*\*

## 1. Bakgrund

Vid överlämnandet av den i fotnot \* omnämnda Festskriften har vi ännu inte kunnat se de fulla konsekvenserna av Brexit, varken när det gäller betydelsen för den engelska avtalsrätten i ett bredare perspektiv, eller när det gäller Londons betydelse som tvistlösningscentrum.<sup>1</sup> Min bedömning är emellertid att engelsk rätt och engelska domstolar även fortsättningsvis kommer att ha betydelse med avseende på rättsutvecklingen, när det gäller vissa centrala handels- och finansieringsrättsliga spörsmål, och mot den bakgrunden kan det finnas skäl att även fortsättningsvis vara uppmärksam på och något fundera över olika avtalsrättsliga förhållanden i anslutning till engelsk rätt.<sup>2</sup>

\* Uppsatsen baserar sig på en artikel publicerad i Festskrift till Palle Bo Madsen, Århus 2021 (redaktörer: Birgit Lin, Hans Henrik Edlund, Susanne Kvarstofte & Torsten Iversen), Djøf Forlag.

\*\* Lars Gorton, professor emeritus, jur.dr., Stockholm Centre for Commercial Law.

<sup>1</sup> Enligt en kort artikel i Economist April 24–30 2021 p. 23 f. finns dock vissa tecken på att antalet tvister, där London är plats för tvistlösningen, nedåtgående. Ett annat problem rör huruvida UK fortsättningsvis kommer att kunna bli part i Luganokonventionen, något som har betydelse för London som centrum för tvistlösning. På den senare punkten förefaller EU-kommissionen åtminstone inte f.n. vara övertygad om det rättmätiga i att UK skulle tillåtas vara part i denna konvention.

<sup>2</sup> Bl.a. frågan om påverkan av engelsk rätt på avtal, som är skrivna mot bakgrund av engelsk rätt men är underkastade exempelvis svensk rätt. Grönfors ger i *Tolkning av fraktavtal*. Göteborg 1989 s. 59 resp. 63 bl.a. med hänvisning till viss rättspraxis samt till Selvig, *Tolkning etter norsk eller annen skandinavisk rett av certeprier og andre standardvilkor utformet på engelsk*. TfR 1986 s. 1 ff, uttryck för sin åsikt. På s. 52 uttrycker Grönfors med hänvisning till Selvig viss skepsis mot att en svensk domstol ska ta hänsyn till engelska avtalstolkningsprinciper vid bedömningen av en tvist under svensk rätt, även i fall där engelsk rätt har påverkat utformningen av det tillämpliga standardavtalet. Själv har jag givit uttryck för en något mindre avvisande hållning beträffande frågan, se Gorton, *The*

Oavsett Brexit-frågan finns olika frågeställningar, som kan kräva en del eftertanke för avtalsskrivaren, inte minst för den som sysslar med internationella B2B-avtal, som är påverkade av eller underkastade engelsk rätt.<sup>3</sup> I sammanhanget ska f.ö. inskjutas, att olika avtalstolkningsfrågor kan sägas hänföra sig till den eviga relationen mellan lagstiftare, avtalsskrivare och domstolar. Det är därmed också ett förhållande, där det kan finnas anledning för domstolar att försöka iaktta en rimlig konsistens vid bedömningen av tvister och utformningen av domskäl. så att avtalsskrivaren därigenom kan få viss hjälp vid avfattande av avtal. Givetvis försöker avtalsskrivaren så gott det går att undvika formuleringar, som kan föranleda en domstol att vid tvist negativt bedöma vissa avtalsbestämmelser. I den meningen kan därför domstolar även anses ha en pedagogisk roll när det gäller utformningen av avtal, och det ankommer på kontraktsparter att utvärdera effekten av den rättspraxis som aktualiseras.

Mot denna bakgrund har jag i förevarande lilla betraktelse som utgångspunkt valt att diskutera några frågor i anslutning till omförhandling av avtal, där avtalet saknar en uttrycklig bestämmelse i detta avseende. Som ska visas nedan finns i engelsk rätt vissa särskilda förhållanden, som avtalssparterna kan ha anledning att ta hänsyn till, om de av olika skäl skulle omförhandla ett avtal, som är underkastat engelsk rätt. De spörsmål som då kan komma i förgrunden för övervägandena hänger samman med både vissa regler och doktriner i engelsk rätt och den ”drafting technique”, som där utvecklats, och som i olika avseenden haft stor påverkan på utformningen av internationella B2B-avtal.

## 2. Några övergripande utgångspunkter i sammanhanget

Några traditionella utgångspunkter med avseende på avtalsrättsliga förhållanden, särskilt när det gäller B2B-relationer, är principerna om avtalsfrihet resp. att avtal ska hållas. Båda principerna har betydelsefulla inskränkningar,

*reception of Anglo-American contract practice into Swedish law: some points on charter parties and syndicated loans. Liber amicorum Guido Alpa. London 2007 s. 475 ff.* Det bör understrykas, att frågeställningen har förekommit till diskussion i flera olika framställningar i nordisk rätt.

<sup>3</sup> Vid sidan av spörsmål som är relaterade till Brexit kan detta bl.a. gälla frågor som har samband med Covid 19. Båda frågorna har inte minst under det senaste året kommit att få särskild betydelse, när det gäller relationerna mellan engelska och andra kontraktsparter i EU-länder. Även om jag i förevarande sammanhang inte ska särskilt beröra just dessa frågeställningar, måste de i olika avseenden beaktas av avtalsskrivaren.

i svensk och dansk rätt främst genom bestämmelserna i tredje kapitlet Avtalslagen, där särskilt 36 § kan nämnas i sammanhanget. Härtill kan användningen av lojalitetsprincipen ha vissa konsekvenser, vartill dessutom kommer olika avtalstolkningsprinciper, som i övrigt utvecklats i rättspraxis. Vid sidan av situationer, där en part kan åberopa en särskild regel eller en avtalsbestämelse som rättslig grund för ändring av avtalet kan avtalsparter även i andra fall (exempelvis ekonomiska) ha anledning att genom förhandling försöka uppnå en ändring av avtalet.<sup>4</sup>

I engelsk rätt har avtalsrätten, som bekant, huvudsakligen utvecklats i common law, där den traditionella tolkningsprincipen baserad på ordalydelsens betydelse länge omhuldats, i engelsk rätt i högre grad än i kontinentaleuropeisk och även nordisk rätt. Dock har även i engelsk rätt dels vissa lagregler successivt tillkommit som medfört inskränkningar i den ovan nämnda principen, dels även olika förändringar skett i rättspraxis, som i vissa avseenden har närmast engelsk avtalsrätt till motsvarande förhållanden i den centraleuropeiska rättsbildningen på området.<sup>5</sup>

Som bekant brukar man också peka på skillnader mellan vissa principer i engelsk avtalsrätt och i centraleuropeisk (och även nordisk) rätt. Så gäller i engelsk rätt t.ex. fortfarande ”doctrine of consideration” vid ingående av avtal, och vid tolkning av avtal har principen om ”parol evidence rule” fortfarande bärkraft, även om den har naggats i kanten i olika avseenden.<sup>6</sup> Vidare utgår vid tolkningen av avtal engelska domare i allmänhet i högre grad än exempelvis svenska och danska från avtalets text (alltså en mera bokstavstrogen eller lexikalisk tolkning), även om den principen reviderats bl.a. genom den successivt utvecklade tolkningsregeln rörande ”business common

<sup>4</sup> Ofta anses en mager förlikning vara väl så bra som ett fördelaktigt domslut, inte minst med tanke på att transaktionskostnaderna kan nedbringas och en part kan ägna sig åt företagets verksamhet i stället för åt arbete för att tillfredsställa en domstol. Noteras kan också, att svenska domstolar i allt högre grad kommit att falla tillbaka på olika skälighetsresonemang vid tolkning av avtal och tillämpning av avtalsprinciper, något som skulle kunna anses medföra en lägre grad av förutsebarhet beträffande avtalsrättsliga utslag.

<sup>5</sup> Noteras bör att i engelsk rätt termen ”civil law” snarare används för att beteckna centraleuropeisk rätt än vad som i nordisk rätt brukar innefattas i ”civilrätt”, se t.ex. Merriman & Perez-Pedorno, *The civil law tradition*. 4 uppl. 2018, Cartwright, *An introduction of English contract law for the civil lawyer*. 3 uppl. Hart Publishing 2016.

<sup>6</sup> Denna senare fråga har i svensk rätt diskuterats exempelvis av Hellner, *The parol evidence rule och tolkningen av skriftliga avtal*. Festskrift till Bertil Bengtsson Stockholm 1993 s. 185 ff, och Adlercreutz, *Om den rättsliga betydelsen av skriftlig avtalsform och om integrationsklausuler*. Festskrift till Jan Ramberg Stockholm 1996 s. 17 ff.

sense”, som kommit att få större roll.<sup>7</sup> Härtill kommer som nämnts, att den lojalitetsprincip (i engelsk terminologi ung. motsvarad av ”good faith and fair dealing”), som i kontinentaleuropeisk rätt och även i nordisk rätt anses ha betydelse, i engelsk rätt inte vunnit allmänt erkännande vid avtalstolkning, även om den kommit att få en del tillskyndare och även gjort avtryck i rättspraxis fr.a. i anslutning till s.k. ”relational contracts”.<sup>8</sup> Någon allmän regel om krav på ”good faith” i samband med förhandling finns dock inte i engelsk rätt, något som också kommit till uttryck i nyare rättspraxis.

Doktrinen om ”consideration” kan komma att få särskild praktisk betydelse i samband med omförhandling av avtal, och vidare kan användningen av s.k. ”sub contract”- klausuler i samband med omförhandling spela stor roll. Dessutom kan användningen av s.k. NOA-klausuler (No Oral Amendments) ha betydelse i sammanhanget. Hithörande frågor ska nedan något diskuteras i anslutning till frågan om omförhandling av avtal.<sup>9</sup>

Vid sidan av dessa frågor ska ytterst översiktligt nedan i 3.3. beröras några andra spörsmål, som kan ha betydelse i sammanhanget, nämligen spörsmålen om ”promissory estoppel” respektive ”waivers”.

Ytterligare ett spörsmål, som kan noteras i sammanhanget, men som jag inte här ska närmare gå in på, rör betydelsen av uttrycket ”without prejudice”

<sup>7</sup> Denna princip har kommit till uttryck bl.a. av Lord Hoffmann i rättsfallet *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Brownwich Building Society* [1998] 1 WLR 896. Se bl.a. diskussionen i Rosengren, *Engelsk avtalstolkning i ett svenskt perspektiv*. SvJT 2010 s. 1 ff. Gorton har i en artikel *Ord betyder något – men vad?* JT 2020–2021 nr 4 s. 855 ff. med utgångspunkt från en diskussion mellan Lord Sumption och Lord Hoffmann diskuterat den vidare utvecklingen i engelsk rätt under senare år. Se diskussionen mellan Lord Sumption och Lord Hoffmann, där den förre i *A question of taste. The Supreme Court and the interpretation of contracts* ((2016–2017) 8 The UK Supreme Court Yearbook 74) skarpt kritiserat Lord Hoffmanns tolkningsuppfattning och dennes svar i *Language and lawyers* ((2018) 134 LQR 553).

<sup>8</sup> Utom när det gäller speciella kontraktsrelationer, exempelvis försäkringsavtal och bolagsavtal, har engelsk rätt traditionellt inte erkänt någon underförstådd lojalitetsprincip. Under senare år har i viss rättspraxis en lojalitetsskyldighet försiktigt börjat utvecklas med avseende på s.k. ”relational contracts”. Sådana avtal sträcker sig över tid och tar avstamp i visst samarbete mellan parterna, exempelvis vid joint venture-avtal. Se exempelvis rättsfallet *Bates v. Post Office* [2019] EWHC 606 (QB) och *Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corporation Ltd.* [2013] EWHC 111 (QB).

<sup>9</sup> I svensk rätt diskuterade Grönfors i sin framställning *Omförhandling* Stockholm 1995 olika frågor med avseende på omförhandling, dock inte specifikt de spörsmål som tas upp nedan. Eric M. Runesson har i Värbok till Axel Adlercreutz, Lund 2007 s. 451 ff. diskuterat vissa hithörande frågor i *Bidrag till frågan om existensen av en omförhandlingsplikt och dess innehåll*. Det är sannolikt svårt att i engelsk rätt än så länge se en sådan skyldighet med mindre parterna avtalsvis är överens därom.

(WP)<sup>10</sup> i samband med omförhandling. Denna fråga förekom till bedömning av Court of Appeals i fallet *BGC Brokers v. Tradition (UK) Ltd.* som en del i en omförhandling. Till följd av omständigheterna i fallet ansåg dock domstolen, att WP-bestämmelsen inte kunde anses omfattas av omförhandlingsavtalet.<sup>11</sup>

### 3. Något om omförhandling av avtal

#### 3.1 Några övergripande utgångspunkter

Om man tar avstamp i en av de inledningsvis nämnda avtalsrättsliga utgångspunkterna, dvs. att parterna är bundna av det ingångna avtalet, innebär detta inte nödvändigtvis, att avtalet under alla omständigheter ska tillämpas utan förändring under hela avtalsperioden. I flera avtal tas genom olika avtalsbestämmelser höjd för konsekvenser av vissa ändrade förhållanden, men beträffande vissa förändringar finns inga avtalslösningar, utan i sådana fall får parterna falla tillbaka på olika rättsregler eller principer. I förevarande artikel bortser jag från sådana olika avtalsbestämmelser, som nära nog regelmässigt återfinns i internationella B2B-avtal under olika benämningar av typ *force majeure*, *hardship*, *krig* o.likn.<sup>12</sup> Denna typ av avtalsklausuler har också samband med vissa rättsprinciper som utvecklats gradvis i relation till särskilda händelser av typ omöjlighet och *force majeure*, m.a.o. olika slag av ändrade förhållanden. Den situationen kan då inträffa, att parterna mot bakgrund av en *force majeure*-klausul eller liknande ändå inte kan komma överens om hur bestämmelsen ska tillämpas, vilket kan ge upphov till tolkningsproblem.<sup>13</sup>

Vid sidan av dessa klausul typer återfinns i internationella B2B-avtal ofta även andra bestämmelser om möjlighet till ändringar i avtalet; i vissa fall finns avtalsbestämmelser avseende omförhandling av särskilt slag och under

<sup>10</sup> En ungefärlig översättning av ”without prejudice to ... right” kan vara ”utan förfång för ... rätt”, dvs om förhandlingar sker ”w.p. to my legal rights” innebär det att en förhandling inte ska inverka på mina juridiska rättigheter, utan dessa ska kvarstå trots förhandlingarna. Ofta brukar parterna i samband med omförhandling föra in i diskussionerna en W.P.-bestämmelse.

<sup>11</sup> [2019] EWCA Civ. 1937.

<sup>12</sup> Beträffande sådana *force majeure*-klausuler resp. *hardship*klausuler se exempelvis i *Unidroit Principles of Commercial Law*.

<sup>13</sup> Se nedan under 3.2. och 3.3.

vissa omständigheter.<sup>14</sup> Det förekommer exempelvis, att avtalsparterna enas om en skrivning av typ ”att detta avtal får inte ändras” i avsikt att förhindra ändringar i avtalsförhållandet, men i sådana fall kan parterna enligt många rättsordningar ändå gemensamt enas om en förändring av avtalet.<sup>15</sup> Det är förmodligen vanligare, att parterna genom en speciell klausul föreskriver, att avtalet endast kan ändras genom parternas skriftliga överenskommelse, och i andra fall kan i stället förekomma, att en avtalsändring måste underskrivas av personer i motsvarande position som de som ursprungligen undertecknade avtalet. Det finns m.a.o. variationer beträffande de lösningar som parterna kan enas om med avseende på hur avtalsbestämmelser utformas. De kan då visa sig som mer eller mindre användbara i den individuella situationen och kan som nämnts ha olika syften och med varierande konsekvenser.

Det kan också noteras, att diskussioner om avtalsändringar kan ske redan från det ögonblick, då avtalet ingicks till det ögonblick, då det ska genomföras, men beroende på avtalstypen även under dess genomförande. I synnerhet när det gäller avtal, som löper över tid, kan sådana frågeställningar aktualiseras. Ett avtal kan innehålla särskilda bestämmelser om rätt för en eller båda parter att under vissa förutsättningar begära omförhandling av avtalet (exempelvis genom en hardshipklausul), men även om avtalet saknar en särskild omförhandlingsklausul kan parterna gemensamt komma överens om att de på ett eller annat sätt vill göra ändringar i det pågående avtalsförhållande.

Det är situationer av det senare slaget, som här ska något beröras, dvs. situationer, där parterna av olika skäl, utan att avtalet innehåller någon bestämmelse om en sådan rätt, väljer att ta upp förhandlingar om och avtala om ändring av avtalet och då också om de parametrar som ska vara föremål för omförhandlingen. Motsvarande frågor kan också uppkomma vid parternas förlikningsförhandlingar i anslutning till en uppkommen tvist. När det gäller frågan om omförhandling måste också uppmärksammas några olika slags s.k. ”boiler plate”-bestämmelse, dvs. avtalsklausuler av exempelvis typ

<sup>14</sup> Exempelvis Gorton, *Covidepidemin – ”frustration” och force majeure*. I Festskrift till Rolf Dotevall, Lund 2020 s. 207 ff. med hänvisningar.

<sup>15</sup> När det gäller förståelsen av en sådan skrivning har rättspraxis varierat något, se nedan i 6. Beträffande s.k. boilerplates generellt, se exempelvis *Boiler plate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, Giuditta Cordero-Moss, ed., Cambridge 2011, som innehåller flera artiklar där hithörande frågor diskuteras. Se även Gorton, L., *Boilerplatesklausuler*. Erhvervsjuridisk Tidskrift (2009) s. 170 ff. med hänvisningar. Det är inte uteslutet, att svenska och engelska domstolar skulle komma fram till olika resultat vid bedömningen av denna typ av avtalsbestämmelser.

”no oral amendments” (NOA), dvs. en klausul som sätter vissa ramar för hur en ändring av ett avtal ska genomföras av parterna (exempelvis av innebörd att ett sådant ändringsavtal inte får ingås muntligt, osv.).<sup>16</sup>

Vad jag här främst avser att diskutera är alltså ändringsavtal, som avtalsparterna kommer överens om, utan att det ursprungliga avtalet innehåller en uttrycklig bestämmelse rörande en sådan möjlighet.

### **3.2 Omförhandling under vissa omständigheter, där särskild avtalsbestämmelse saknas**

Under ett pågående avtalsförhållande kan således olika omständigheter inträffa, där oenighet uppstår mellan avtalsparterna. Detta kan leda till, att parterna börjar diskutera, hur avtalet ska tolkas i ett visst avseende utan att de lyckas komma överens. Detta kan i sin tur leda till, att parterna går vidare och tar upp en diskussion om omförhandling av avtalet. I många fall sker en sådan omförhandling ganska formlöst, och utan att några vidare komplikationer inträffar. Tillägget eller ändringen kan då ske genom en enkel utväxling av meddelanden om vad man kommit överens om.<sup>17</sup> Diskussionen kan emellertid också leda till att parterna tvingas genomföra mera formaliserade ändringar. Den typ av frågor som här diskuteras uppkommer främst i anslutning till avtal, som löper över tid, men de kan också förekomma i sådana avtal, där avtalet ska genomföras i ett senare skede än då det ingicks. Situationerna kan med andra ord variera.

Även om avtalet saknar särskilda bestämmelser om, när och hur ändringar kan göras, kan parterna alltså komma att avtala om en ändring av det pågående avtalsförhållandet. Detta är naturligt, eftersom parterna gemensamt härskar över avtalsförhållandet, åtminstone om inte ursprungsavtalet uttryckligen föreskriver förbud mot ändringar.<sup>18</sup> De situationer som kan uppkomma hänger främst samman med förändringar avseende omständigheter, som kan innebära ekonomiska svårigheter för ena parten att fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet, och där parterna försöker finna en väg ur en oenighet för att förhindra att avtalet inte kommer att kunna genomföras.

De kan exempelvis komma överens om en ändring av avtalsvillkoren för att förhindra att den ena parten blir insolvent, något som skulle kunna medföra en ännu större och oönskad olägenhet för båda parterna. I sådana fall rör

<sup>16</sup> Cordero-Moss på flera ställen.

<sup>17</sup> Detta är en situation, som i efterhand kan visa sig otillfredsställande.

<sup>18</sup> På denna punkt kan skillnader finnas mellan synsätten i olika rättsordningar.

det sig då vanligen om, att förhållanden inträder, som parterna inte förutsåg eller åtminstone inte tog höjd för, när avtalet ingicks.<sup>19</sup> I den nya situationen kan parterna då komma fram till, att de under de uppkomna omständigheterna avstår från att kräva att avtalet ska genomföras på det sätt som avtalet föreskriver (och som det under omständigheterna blivit svårt eller omöjligt för åtminstone den ena av dem att uppfylla). I stället kan de då avtala, om vissa ändringar i avtalet, som båda uppfattar som tillräckligt intressanta för att en sådan tilläggsöverenskommelse ska göras. En säljare kan exempelvis av olika skäl föredra att göra en tilläggsöverenskommelse med köparen för att undvika att denne blir insolvent och inte alls kan fullgöra sina åtaganden. Säljaren kan exempelvis komma fram till, att mer fördelaktiga betalningsvillkor för köparen, kan vara en bättre lösning för säljaren, än att köparen blir insolvent, även om utfallet skulle bli mindre fördelaktigt för säljaren, än om det ursprungliga avtalet följts. Det kan också röra sig om, att prisförändringar uppkommit, och att säljaren inte i tid skaffat in den produkt som ska säljas till det lägre pris som utgjort en utgångspunkt för avtalet.<sup>20</sup>

På motsvarande sätt kan i samband med ett fraktavtal som löper över tid inträffa, att fraktmarknaden sjunker avsevärt, så att den avtalade frakt- eller hyresnivån inte längre ger ena parten tillräcklig ekonomisk täckning med avseende på transportåtagandet. I stället för att då försöka framtvinga att avtalsförpliktelse ska genomföras i enlighet med avtalet enligt dess ursprungliga lydelse, kan parterna då avtala om att frakten/hyran sänks eller höjs (beroende på omständigheterna) till en sådan nivå, som båda parter under omständigheterna anser vara möjliga att leva med trots avvikelser från avtalet.

Situationerna kan m.a.o. variera betydligt, och de kan skilja sig åt, när det gäller olika kontraktstyper, och likaså kan lösningarna i enskilda fall skifta. Det är, som indikerats, inte alldeles ovanligt, att risken för att motparten ska bli insolvent kan leda till, att parterna enas om en ändring av avtalet för att en sådan konsekvens ska undvikas. För att möjliggöra för befraktaren att gå med på en ändring av befraktningsvillkoren, kan redaren i sin tur exempelvis acceptera en förlängning av befraktningsavtalet på villkor som parterna i

<sup>19</sup> I stället för att som Rodhe gjorde i sin framställning *Obligationsrätt*, Lund 1956, nämligen att genomgående använda termerna borgenär och gäldenär har jag här valt att beroende på avtalsituationen hänföra dem till säljare och köpare, redare och befraktare etc.

<sup>20</sup> Här bortser jag därmed från den situation som ofta kan aktualiseras i ett sådant sammanhang, nämligen att köpare eller säljare p.g.a. inträdande prisförändringar i stället vill komma ur avtalet.



den uppkomna situationen bedömer som acceptabla. Skulle parterna vara överens om en förändring av avtalet i den nu diskuterade riktningen kan det vara nödvändigt, att de noggrant överväger hur förändringen av avtalet ska utformas och hur avtalet sedan ska genomföras.

Detta innebär, att när oenighet uppkommer under avtalet, parterna måste överväga vilka åtgärder som kan vara att föredra med hänsyn till den uppkomna situationen, och att de som alternativ till tvist och domstolsförhandling enas om ett ändringsavtal.<sup>21</sup> Om avtalet är underkastat engelsk rätt är det då också nödvändigt för parterna att ta hänsyn till vissa speciella förhållanden, som kan ha betydelse i samband med den berörda omförhandlingen.

En fråga, som parterna måste beakta rör hur doktrinen om ”consideration” kan få betydelse; ett annat problem att diskutera rör konsekvenserna i de fall då parterna förhandlar på basis av en ”sub. contract”- bestämmelse eller en avtalsbestämmelse av ”No Oral Amendment”-karaktär.<sup>22</sup> Det är dessa frågor, som här ska något skärskådas. Det ska inskjutas, att det inte är ovanligt, att flera av de berörda punkterna kan förekomma till bedömning i samma fall.<sup>23</sup> I sådana fall kan det då bli frågan, om att en av punkterna faller bort vid den slutliga bedömningen av tvisten. Dessförinnan ska dock några ord nämnas om ”promissory estoppel” resp. ”waiver”, som kan visa sig ha praktisk betydelse i sammanhanget.

### 3.3 Spörsmålet om ”promissory estoppel” resp. ”waiver”

En i sammanhanget närliggande fråga rör således användningen av doktrinen om s.k. ”promissory estoppels”, en fråga som också kan komma att spela roll i anslutning till de övriga spörsmål som nedan ska beröras. Frågan ska dock inte behandlas närmare här, men det kan finnas anledning att nämna några ord beträffande läran, som också samspelar med frågan om ”waivers” (eftergift, där part av olika skäl har eller anses ha avstått från sin rätt enligt avtalet, alltså ett uppgivande av en rättighet, en fråga som kan vara av processrättslig

<sup>21</sup> Se exempelvis Runesson, E. *Rekonstruktion av ofullständiga avtal*. Stockholm 1996 och dens., *Avtals- och tvistlösningsförhandling*. Stockholm 2003 och Grönfors, K., *Omförhandling*. Stockholm 1995.

<sup>22</sup> Den berörda bestämmelsen NOA (No Oral Amendments) går ofta i stället under benämningen NOM (No Oral Modification). Såvitt jag förstått används dessa båda benämningar utan åtskillnad, och jag har här huvudsakligen utgått från NOA, även om i vissa fall uttrycket NOM använts.

<sup>23</sup> Exempelvis det nedan i punkterna 4 och 6 nämnda fallet *Rock Advertising v. MWB Business*.

betydelse men även kan anses gränsa till spörsmål om passivitet i nordisk rätt).<sup>24</sup> Doktrinen om ”promissory estoppel” kan exempelvis användas för att förhindra en part från att agera på ett sätt som inte är förenligt med uttalanden som gjorts under förhandlingarna.<sup>25</sup> Doktrinen har under senare tid exempelvis vidareutvecklats i engelsk rätt i fallet *Central London Property Trust Limited v. High Trees House Limited*.<sup>26</sup>

En fråga om användningen av doktrinen om ”waiver” i anslutning till force majeure förekom till bedömning i *Delta Petroleum (Caribbean) Ltd. v. BVI Electric Corporation*.<sup>27</sup> Här uppstod en situation, som nödvändiggjorde en ändring i kontraktet. Parterna kunde dock inte komma överens. Frågan hamnade slutligen hos Privy Council, som därför fick ta ställning till huruvida leverantören i ett ”supply contract” kunde förlita sig på en force majeureliknande bestämmelse för att undvika leveransskyldighet avseende vidare uppfyllelse.

Här innehöll det aktuella kontraktet en bestämmelse i ett leveranskontrakt, varigenom parterna under vissa omständigheter befriades från fullgöringskyldighet. En sådan omständighet var, bl.a. att en närbelägen lagringsanläggning stängdes (en möjlighet som var känd för båda parter, och som man därför hanterat i kontraktet). Under sådana förhållanden var Delta ”at liberty to withhold, reduce or suspend the deliveries to such extent as [Delta] may in its absolute discretion think fit.” Uttrycket ”force majeure” användes inte i kontraktet, men den bestämmelse som fanns, hade en liknande effekt. Deltas anläggning stängdes och Delta informerade BVIEC om att man åberopade klausulen till befrielse från sitt åtagande. Trots detta lyckades Delta ordna leveranser från sin anläggning i Antigua. Eftersom detta innebar en fördyring försökte Delta förhandla fram en prishöjning, en förhandling som dock misslyckades, varvid Delta på nytt gjorde gällande befrielse enligt avtalsbestämmelsen och informerade om att man inte avsåg att vidare leverera.

<sup>24</sup> I engelsk rätt har utvecklats olika verktyg för att hantera olika frågor av den typ som i nordisk rätt brukar diskuteras under ”passivitet”. ”Estoppel” har vad jag förstått närmast en process- och materiellrättslig bakgrund medan användningen av s.k. ”waivers” närmast motsvarar avstående från en rättighet men som också kan tangera frågan om passivitet i anslutning det avtalsrättsliga sammanhanget.

<sup>25</sup> Noteras bör dock att detta inte innebär ett erkännande av en lojalitetsprincip under avtalsförhandlingar, utan det krävs speciella förhållanden, där olika parametrar har utkristalliserats.

<sup>26</sup> [1947] KB 130. Se bl.a. diskussionen i Cheshire, Fifoots & Furmston's *Law of contract*. Utgiven av Michael Furmston, 16 uppl. London 2012 s. 129 ff.

<sup>27</sup> [2020] UKPC (Privy Council) of Appeal No. 0029 (2019).

BVIEC menade dock, att Delta genom att fortsätta leveranserna via Antigua hade accepterat leveranser på de ursprungliga villkoren, även om leveranserna skedde från den alternativa anläggningen trots fördyringen.

Underdomstolarna gav BVIEC rätt i tvisten och ålade även Delta ”specific performance”, dvs skyldighet att prestera enligt kontraktet även om det innebar leverans från Antigua på oförändrade villkor.<sup>28</sup>

Twisten gick vidare till Privy Council, som bedömde frågan på ett annat sätt. Överdomstolen kom fram till, att som bestämmelsen hade utformats innebar den flexibilitet för Delta, medan leveranserna fortsatte.<sup>29</sup> Denna flexibilitet innefattade allt från en modifierad eller reducerad prestation till ingen skyldighet alls, snarare än en ”binary, all or nothing choice... to be exercised only once or at a single point in time.” De olika möjligheterna uteslöt inte varandra, varför det inte var frågan om ”waiver by election”. Delta kunde därför åberopa prestationsbefrielse under klausulen så länge befrielseomständigheterna pågick. Delta ansågs inte ha gett BVIEC någon klar och entydig indikation, om att man avsåg att fortsätta leverera från Antigua i enlighet med det ursprungliga kontraktet, och därför ansågs Delta ha kvar sin rätt att åberopa prestationsbefrielse. Privy Council kom fram till sitt domslut baserat på innebörden av ”waiver” och hur denna skulle förstås i förhållande till omständigheterna i fallet.

#### 4. Omförhandling i relation till ”consideration”-doktrinen

En utgångspunkt i common law är alltså, att en förändring av ett avtal liksom det ursprungliga ingåendet av ett avtal kräver, att ”consideration” erhållits från motparten.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> ”Specific performance” kan i engelska språket avse olika saker. I obligationsrättsliga sammanhang utgör ”specific performance” en skyldighet för gäldenär att utföra avtalad prestation, en motsvarighet till fullgörelse i exempelvis svensk köprätt. I engelsk rätt utgör normalt skadestånd påföljden vid kontraktsbrott, och endast i speciella fall kan ”specific performance” utkrävas. ”Specific performance” har sin grund i ”equity” snarare än i common law. Se bland många andra Hudson, *The law of finance*. 2 uppl. London 2013 19–86 ff.

<sup>29</sup> Förenklat kan sagas, att Privy Council är en motsvarighet till Supreme Court i vissa rättsliga ärenden som rör förhållandena inom Commonwealth.

<sup>30</sup> Frågan om ”consideration” diskuterades i samband med reformarbetet beträffande avtalsrätten av Law Commission, se exempelvis Chloros, A.G., *The doctrine of consideration and the reform of the law of contract. A comparative analysis*. International and comparative law quarterly, 1968, vol. 17 p. 137 ff.

Som nämnts ovan kan behovet av avtalsförändringar hänga samman med att ekonomiska omständigheter inträffar, där ena parten utan att ha någon rätt till detta enligt avtalet, önskar få till stånd en ändring av avtalet, exempelvis en förlängning av avtalet eller förändring av betalningsvillkoren etc. På liknande sätt kan också ena parten försöka få motparten att godta viss tilläggsbetalning för att rättidig leverans ska kunna ske osv. Situationerna kan alltså variera, och olika lösningar kan aktualiseras beroende på omständigheterna.

En utgångspunkt för denna omständighet i förevarande betraktelse kan i det nu diskuterade avseende tas i fallet *Stilk v. Myricks*, där domstolen hade kommit fram till att utförandet av en redan existerande kontraktuell skyldighet inte kunde anses utgöra ”consideration” bara för att den andra parten lämnat ett nytt löfte med i stort sett samma villkor, som det ursprungliga.<sup>31</sup> Detta fall anses utgöra en utgångspunkt för den engelska uppfattningen i nu aktuellt avseende.

Detta fall följdes flera decennier senare bl.a. av *Foakes v. Beer* från slutet av 1800-talet, där House of Lords förklarade, att borgenärens löfte att acceptera delbetalning men på i övrigt oförändrade villkor inte kunde ses som tillräcklig ”consideration”.<sup>32</sup> Inte heller uppskov med erläggande av avbetalningar i flera trancher kunde anses utgöra ”consideration”, och därmed hade inget bindande tilläggsavtal uppkommit. Här hade alltså ingen motprestation lämnats av gäldenären, utan det var endast gäldenärens åtagande, som hade ändrats i en för denne fördelaktig riktning. M.a.o. saknades det nödvändiga kravet på ”consideration”, och därmed hade inget bindande ändringsavtal uppkommit. I fallet klargjordes kravet på att någon form av ”consideration” måste förekomma i anslutning till omförhandlingen.

I ett senare fall, *Williams v. Roffey Bros. & Nicholls (Constructors) Ltd.* kom Court of Appeal fram till att genomförandet av en existerande kontraktuell förpliktelse kunde anses utgöra ”consideration”, ifall en ”practical benefit” kunde anses ha lämnats till löftesgivaren som ersättning.<sup>33</sup> I fallet hade Roffey fått finansiella svårigheter och kunde därför inte utföra sina kontraktuella åtaganden enligt det ursprungliga ingångna avtalet med Williams. För att undvika att behöva betala vite till motparten i ett annat avtal (det underliggande avtalet) till följd av försening gick Williams med på att kompensera Roffey med ytterligare ett belopp om GBP 5.000, förutsatt att Roffey slut-

<sup>31</sup> (1809) 170 ER 1168.

<sup>32</sup> (1884) 9 App. Cas. 605.

<sup>33</sup> [1989] EWCA Civ. 5.

förde sina ursprungliga åtaganden. Roffey avbröt dock arbetet, sedan Williams vägrat att fullgöra betalningarna (en del hade erlagts). Roffey krävde att Williams skulle fullgöra sina betalningar, men Williams vägrade betala med hänvisning till att ingen ”consideration” lämnats. Här kom Court of Appeal dock fram till, att den ”practical benefit” som lämnats utgjorde ”consideration”, dvs den omständigheten att Williams inte behövde betala något vite i enlighet med det underliggande avtalet. Mot den bakgrunden fann Court of Appeal således, att Williams hade skyldighet att betala det överenskomna tilläggsbeloppet till Roffey.

I engelsk juridisk doktrin har man kommit att ifrågasätta, hur väl den här domen passar med den tidigare domen *Foakes v. Beer*. I Roffeyfallet hade nämligen inte någon ändring skett beträffande Roffeys åtaganden i förhållande till det ursprungliga avtalet, utan det var bara Williams, som åtagit sig att betala en högre ersättning i sitt avtal med Roffey. På så sätt har enligt ett antal författare därmed uppkommit en spänning mellan det tidigare House of Lords-avgörandet och den senare domen.<sup>34</sup> Argument har framförts såväl för uppfattningen att en spänning uppkommit mellan de båda avgörandena som för att den senare domen med hänsyn till omständigheterna kunde anses vara i samklang med det tidigare House of Lords-avgörandet.

Frågan kom så att på nytt aktualiseras i *Rock Advertising Ltd v. MWB Business Exchange Centres Ltd*.<sup>35</sup>, som kom upp till bedömning av Supreme Court. Tvisten här avsåg ändringar beträffande ett hyresförhållande, och i fallet kom både frågan om betydelsen i sammanhanget av en ”NOA”-klausul samt den om ”consideration” upp till bedömning. Rock gjorde gällande, att man gjort en muntlig omförhandling med MWB, där man erlagt ett belopp för uppskov med hyra. Enligt MWB hade dock någon ”consideration” inte lämnats, och vidare hade Rock inte följt avtalet, som innehöll en ”entire agreement”-klausul som också innefattade en skyldighet i enlighet med en ”NOA”-klausul.<sup>36</sup> Underrätten kom fram till att MWB godtagit ändringen

<sup>34</sup> Denna spänning uppfattades också i *Re Selectmove* [1995] 1 WLR 474. Här diskuterades frågan om ”consideration” i anslutning till frågan om ”estoppel”.

<sup>35</sup> [2018] UKSC 24.

<sup>36</sup> Av kuriositetsskäl kan nämnas att i fallet hänvisning bl.a. gjordes till ett uttalande av den berömda amerikanske domaren Cardozo i fallet *Alfred Beatty v. Guggenheim Exploration Company and others* (1919) 225 NY 380 på s. 387 f. där han uttalade: ”Those who make a contract, may unmake it. The clause which forbids a change, may be changed like any other. The prohibition of oral waiver, may itself be waived..... Whenever two men contract, no limitation self-imposed can destroy their power to contract again...” Jfr vidare nedan under 6.

och att "consideration" lämnats, men att det förelåg ett problem med avseende på kravet på skriftlighet enligt "NOA"-bestämmelsen.

Enligt Court of Appeal medförde inte "NOA-klausulen" att en muntlig förändring av avtalet var utesluten, eftersom parterna hade rätt att gemensamt komma överens om en förändring trots bestämmelsen i ursprungsavtalet. Dessutom ansåg domstolen, att den betalning som lämnats jämte löfte om framtida betalningar utgjorde tillräcklig "consideration", och domstolen kom mot den bakgrunden fram till, att det muntliga ändringsavtalet räckte, så länge de överenskomna betalningarna gjordes.<sup>37</sup>

Fallet gick vidare till Supreme Court, som hade en annan uppfattning än Court of Appeal i det förra hänseendet, nämligen att Rock Advertising till följd av den tillämpliga klausulen inte kunde göra gällande förändringar som gjorts muntligen.

Trots att Supreme Court knappast fann, att "expectations of practical value" kunde anses utgöra "good consideration" och höll med om de skäl som framförts för att en åtskillnad (distinguish) kanske borde göras mellan det nu aktuella fallet och det tidigare avgörandet, valde domstolen att inte medge prövningstillstånd i detta avseende. Men som nämnts, fann Supreme Court att NOA-klausulen var giltig och avgörande för frågan om att någon avtalsförändring kunde göras.<sup>38</sup> Vad avser frågan om "consideration" valde Supreme Court alltså att ligga lågt.

En möjlig konklusion att dra av de båda fallen är dock att parterna måste vara försiktiga, när de avtalar om ändringar i ett existerande avtal, ifall avtalet inte ger en uttrycklig möjlighet till det, och att de måste vara noggranna vid utformningen av ändringsavtalet.<sup>39</sup> M.h.t. "doctrine of consideration" bör parterna m.a.o. i ändringsavtalet ha med något som måste uppfattas som motprestation.

<sup>37</sup> Domstolen föll tillbaka på det ovan nämnda fallet *Williams v. Roffey Bros.* [1989] EWCA Civ. 5, där löftet att erlagga ett större belopp ansågs utgöra tillräcklig "consideration". Vidare gjordes i fallet en hänvisning till fallet *In re Selectmove Ltd.* [1993] EWCA Civ. 8, där bl.a. konstaterades, att ett löfte att betala en redan existerande skuld inte kunde utgöra "consideration", men där rörde huvudfrågan snarare "estoppel"-läran.

<sup>38</sup> Till denna fråga återkommer jag ytterligare något nedan i avsnitt 6.

<sup>39</sup> Hänvisning kan här också göras till ett annat fall, *Trafica Marine Limited v. Trafigura Trading LLC* [2020] EWHC 1986 (Comm). Här var det dock inte frågan om en "sub"-klausul i anslutning till omförhandlingen, utan huruvida klausulen under de i fallet rådande omständigheterna var att se som en förutsättning för att bindande avtal uppkommit eller snarare som ett uppfyllelsevillkor.

## 5. Omförhandling i förhållande till kontraktsbestämmelsen ”subject to contract”

Ett annat spørsmål som kan uppkomma i anslutning till omförhandling av ett avtal, är som nämnts ovan, att omförhandlingen sker mot bakgrund av ett ”sub.”- villkor. Avsikten med ett sådant villkor är, att ingen av parterna ska vara bunden, förrän avtalet är slutförhandlat, och parterna således enats om bundenhet. I engelsk rätt finns ett antal rättsfall, som belyser spørsmålet, och här ska endast några från senare tid nämnas som illustration till frågan.

I fallet *Joanne Properties Ltd v. Moneything Capital Ltd.*<sup>40</sup> kom den där aktuella ”sub”-frågan upp till bedömning. Tvisten togs upp till bedömning av Court of Appeal, sedan underrätten hade kommit fram till, att ett bindande ändringsavtal uppkommit till följd av den korrespondens som skett mellan de inblandade advokaterna, trots att omförhandlingen skett mot bakgrund av en ”sub. contract”-bestämmelse. Eftersom fakta i fallet inte är alldeles enkla återger jag nedan omständigheterna i domen i lite mera detalj.

Bakgrunden var, att parterna ingått ett låneavtal, enligt vilket låntagaren hade lämnat säkerhet i form av en ”charge” över sin egendom.<sup>41</sup> Sedan låntagaren inte fullgjort sin betalningsskyldighet uppstod oenighet mellan parterna, och låntagaren hävdade att både låneavtalet och säkerheten hade tillkommit under ”undue influence” (ung. otillbörlig påverkan).<sup>42</sup> Detta fick till följd att långivare och låntagare kom överens om en kompromiss, som skulle ligga till grund för vidare förhandlingar.

Förlikningsförhandlingarna ledde till att parterna kom överens om att fastigheten skulle säljas, och att sedan kostnaderna för försäljningen och lånebeloppet avräknats, ett belopp om GBP 140.000 skulle hållas avskilt i avvaktan på att domstol skulle avgöra, hur beloppet skulle fördelas mellan parterna. Frågan rörde, huruvida bindande avtal för parterna uppnåtts vid förhandlingarna mellan de inblandade advokaterna.

Förhandlingarna skedde i olika sekvenser, där parterna inte kommit överens, men senare lämnade kärandens ombud per telefon en offert med förutsättningarna ”without prejudice and subject to contract”. Svarandeombudet noterade, att detta var en ”firm offer with instructions from [the clai-

<sup>40</sup> [2020] EWCA Cic. 1541.

<sup>41</sup> Med ”charge” avses i nu berört avseende en företeelse i engelsk rätt som påminner om en företagsinteckning.

<sup>42</sup> Det är inte alldeles lätt att jämföra ”undue influence” med förhållandena i svensk rätt, men det är frågan om omständigheter som närmast kan anses svara mot vad som i svensk rätt faller under förhållandena i AvtL §§ 30,31 eller 33.

mant]...and if accepted, that was the matter concluded....” Senare lämnade svarandens ombud per email en offert med överskriften ”without prejudice and subject to contract.” Erbjudandet innebar accept av det avskilda beloppet ”mechanics and terms to be agreed.”

Kärandens ombud svarade samma dag i ett email med överskriften ”without prejudice and subject to contract”. Svaret inleddes med orden ”Agreed” och uttalade att kärandeombudet skulle samordna med svarandens advokat för att ”put a proposal to you to achieve the desired end.” Därpå svarade svarandens ombud med ett utkast till samtyckesorder med vissa tilläggsbestämmelser. Detta brev hade överskriften ”subject to contract”. Något avtal i enlighet med orderutkastet kom dock aldrig till stånd, och svaranden vände sig till domstol för att erhålla en domstolsorder enligt de diskuterade villkoren. Enligt käranden hade något bindande avtal inte uppkommit. Underdomstolen kom fram till att bindande avtal uppkommit, en dom som käranden överklagade.

Court of Appeal kom fram till motsatt slut. Lewinson J. noterade, att om parternas avsikt varit att ett rättsligt bindande avtal skulle uppkomma, måste detta bedömas objektivt och i förhållande till kontexten. Domaren underströk, att det viktigaste i det avseendet utgjordes av orden ”subject to contract”. Härvid hänvisades bl.a. till hans uttalande i ett annat rättsfall: ”The meaning of that phrase is well-known. What it means is that (a) neither party intends to be bound either in law or in equity unless and until a formal contract is made; and (b) that each party reserves the right to withdraw until such time as a binding contract is made.”<sup>43</sup>

Domstolen konstaterade också, att när förhandlingarna påbörjats ”subject to contract”, så gäller det villkoret under tiden, tills parterna kommit fram till det motsatta förhållandet, antingen uttryckligen eller underförstått.<sup>44</sup> Något uttryckligt avtal i den riktningen hade inte kommit till stånd i förevarande fall, och mot bakgrund av förhandlingarna fann domstolen vidare att det inte fanns några omständigheter som innebar, att tröskeln för användningen av bestämmelsen ”subject to contract” hade förändrats. Enligt Court of Appeal hade underdomstolen därmed inte tagit tillräcklig hänsyn till den rättsliga betydelsen av ”subject to contract”.

Utslaget i Court of Appeal bekräftar den uppfattning som råder i engelsk rätt när det gäller ”sub.contract”- bestämmelsen.

<sup>43</sup> *Generator Developments Ltd. v. Lidl UK GmbH* [2018] EWCA Civ. 396.

<sup>44</sup> En sådan omständighet hade Supreme Court kommit fram till i fallet *RTS Flexible Systems Ltd. v. Molkerei Alois Müller GmbH & Co. KG* [2010] UKSC 14.



## 6. ”No oral amendment”-klausuler (NOA)

Utöver de situationer, där man inte alls tagit höjd för ändringar i avtalet, förekommer också, fr.a. i avtal som löper över tid, avtalsbestämmelser som anger vissa ramar för hur en avtalsförändring ska kunna göras. Det rör sig då om avtalsbestämmelser av en typ som ofta går under beteckningen *boiler plates*.<sup>45</sup> En sådan klausultyp är ”no oral amendment” (NOA), som också berörts ovan i avsnitt 4. Inte minst B2B kontrakt, som sträcker sig över tid, innehåller ofta klausuler av denna typ, dvs med den innebörden, att sådana ändringar i förhållande till det ursprungliga avtalet som parterna vill genomföra, ska ske i en särskild ordning, eller åtminstone ska de inte ske på visst sätt exempelvis genom en muntlig överenskommelse. Avsikten med detta är i allmänhet att viss ordning och reda ska åstadkommas i avtalsrelationen för att missförstånd ska undvikas.

I engelsk common law finns viss rättspraxis där ”no oral amendments”-klausuler upprätthålls, men det finns också fall med motsatt utgång. I engelsk doktrin har flera författare givit stöd för uppfattningen att klausulen bör gälla.<sup>46</sup>

I det ovan i avsnitt 4 nämnda fallet *Rock Advertising Ltd* slog Supreme Court fast att NOM-bestämmelser är gällande och bindande. Lord Sumption uttryckte tre praktiska fördelar med bestämmelsen med vilken majoriteten av domare höll med:

”The first is that it attempts to undermine written agreements by informal means, a possibility which is open to abuse, for example in raising defences to summary judgment. Secondly, in circumstances where oral discussions can easily give rise to misunderstandings and crossed purposes, it avoids disputes not just about whether a variation was intended but also about its exact terms. Thirdly a measure of formality in recording variations makes it easier for corporations to police internal rules restricting the authority to agree them.”

<sup>45</sup> Se exempelvis diskussionerna i *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. (Ed. Giuditta Cordero-Moss) Cambridge 2011, där hithörande frågor diskuteras i flera olika perspektiv, dels med avseende på olika klausultyper, dels med avseende på hur klausulerna behandlas i olika rättsordningar.

<sup>46</sup> Bland andra exempelvis Mc Kendrick, E., *The legal effect of an anti-oral variation clause*, (2017) 32 *Journal of International Banking Law and Regulation* 439 och Morgan, J., *Contracting for self-denial: on enforcing “No oral modification clauses”*. (2017) *CLJ* 589. Jfr också Peel, E., *The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law*. I *Boilerplate clauses...* (Ed. Giuditta Cordero-Moss). Cambridge 2011 s. 129 ff.

Lord Sumption ger därmed uttryck för samma uppfattning som flera förespråkare för klausulens bindande verkan uttalat. Detta innebär, att parterna i de situationer där de vill göra en ändring i ett kontrakt bör undersöka, om detta innehåller en bestämmelse av nu anført slag, och vad den kan anses innebära i det enskilda fallet.

Lord Sumption uttalade i detta avseende bl.a. följande:

”7. At common law there are no formal requirements for the validity of a simple contract... The reasons which are almost invariably given for treating No Oral Modification clauses as ineffective are (i) that a variation of an existing contract is itself a contract; (ii) that precisely because the common law imposes no requirement of form on the making of contracts, the parties may agree informally to dispense with an existing clause which imposes requirements of form; and (iii) they must be taken to have intended to do this by the mere act of agreeing a variation informally when the principal agreement required writing.”

## 7. Några avslutande synpunkter

Om ett avtalsförhållande underkastas engelsk rätt, finns det skäl för avtalsparterna att vara uppmärksamma på vad detta kan innebära, ifall det skulle bli frågan om förhandlingar avseende ändringar av avtalet. Av de ovan nämnda exemplen kan vissa slutsatser dras, när det gäller hur avtalsparterna i vissa olika sammanhang bör hantera omständigheterna i samband med omförhandlingen. Som en utgångspunkt kan det vara skäl för parterna att notera risken för att en engelsk domstol går tillbaka till och utgår från avtalets ordalydelse (dvs i sammanhanget vad som står i det ursprungliga avtalet), även om det skett en uppmjukning av tidigare ståndpunkter i engelsk rätt i det avseendet. Fortfarande förefaller engelska domstolar i högre grad än kontinentaleuropeiska och svenska ta hänsyn till ordalydelsen i ett kontrakt och vad som i olika sammanhang anses följa av ordens innebörd. Även om engelsk avtalstolkning har sin bas i avtalets ordalydelse har hänsyn också successivt kommit att tas till andra faktorer, inte minst genom den parameter som ofta går under beteckningen ”business common sense”. Det är emellertid inte alldeles klart, hur långt denna sträcker sig och när den ev. ska användas i olika sammanhang. Vidare måste i sammanhanget den omständigheten beaktas, att engelska domstolar inte är benägna att falla tillbaka på en allmän lojalitetsplikt.

Som diskuterats ovan kan ”doctrine of consideration” spela kontraktsskrivaren ett spratt vid utformningen av avtal där engelsk rätt är tillämplig,

liksom (och i det sammanhanget kanske ännu mer försåtligt) vid omförhandling av avtal. Avtalsskrivaren måste m.a.o. vara medveten om, att läran finns, och att det är viktigt att ta hänsyn till den. Det finns alltså skäl för parterna att vara noggranna med att i samband med omförhandling och i omförhandlingsavtalet på något sätt se till att ”consideration” lämnats.

När det gäller ”NOM-klausuler” (eller ”NOA”-klausuler) eller ”subject to contract-klausuler” är det likaså viktigt, att avtalsparterna är medvetna om att engelska domstolar kan komma att tillämpa sådana tämligen strikt, och att en omförhandling då kan visa sig inte komma att få den effekt som åtminstone ena parten tänkt sig.

Det är givetvis vanskligt att lämna några övergripande råd i anslutning till de olika situationer som kan uppkomma i samband med omförhandling. Det kan röra sig om olika situationer, där parterna har olika förhållanden att ta hänsyn till. Åtminstone i de fall där förhandlingarna sker med hänsyn till engelsk rätt, finns det då anledning för parterna att ta hänsyn till vissa förhållanden:

- Den part som söker uppnå ändrade villkor i ett existerande kontrakt bör själv acceptera några ändringsfördelar för motparten till vilka denna inte är berättigad enligt ursprungsavtalet för att därmed ”consideration” ska finnas som grund för en avtalsändring.
- Avtalsparterna måste ta hänsyn till, om det finns en NOM-bestämmelse i ursprungsavtalet. Om en sådan finns bör man se till att följa de formella kraven som föreskrivs i den.
- Om det inte finns en NOM-klausul i det existerande avtalet, kan det ändå vara av betydelse för part att insistera på att alla ändringsförhandlingar sker ”sub. contract”, och att alla förhandlingar noggrant noteras i skrift.

Slutligen ska också noteras, att den ovan nämnda ”doctrine of estoppel” kan få betydelse i anslutning till omförhandlingarna, på så sätt, att den kan komma att spela roll, när det gäller uttalanden (garantier?) som gjorts under ändringsförhandlingarna. Om avsikten är att vissa rättigheter enligt ursprungsavtalet ska bevaras, ska detta göras klart, och helst framgå i skrift och skrivas på av båda parter. Part bör också avstå från att agera på ett sätt som inte är konsistent med de rättigheter som avtalet ger upphov till för att undvika att ge intryck av att man inte har för avsikt att genomdriva eller utöva dem. Med andra ord: Klarhet och tydlighet är tillrådig. Men detta är

*Lars Gorton*

kanske ett memento som inte bara gäller vid omförhandling och naturligtvis bara är tillämpligt, om detta är vad part eller parterna vill uppnå.