



GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN

Juridiska Institutionen  
Juristprogrammet  
Examensarbete, 30 högskolepoäng  
HT 2011

# *Culpa in contrahendo*

---

*En analys av det prekontraktuala skadeståndsansvaret*

**Författare:** Robin Palmgren

**Handledare:** Juha Karhu

**Ämnesområde:** Förmögenhetsrätt

# Innehållsförteckning

<b>Abstract</b> .....	<b>4</b>
<b>Förkortningar</b> .....	<b>5</b>
<b>1 Inledning</b> .....	<b>6</b>
1.1 Bakgrund .....	6
1.2 Syfte och frågeställning.....	7
1.3 Avgränsningar .....	7
1.4 Metod och material.....	8
1.5 Disposition .....	10
<b>2 Teoretisk bakgrund och kontextuellt ramverk</b> .....	<b>12</b>
2.1 Rättsliga utgångspunkter: problemet med avbrutna avtalsförhandlingar.....	12
2.2 Förhandling på egen risk: bakomliggande rättsekonomiska motiv.....	13
2.3 Rättssystematisk placering av ansvaret .....	15
2.3.1 Grunden för skadeståndsansvaret: kontrakts- och deliktsteori .....	16
2.3.2 Den uttunnade deliktsteorin .....	17
<b>3 Lojalitetspliktens uppkomst</b> .....	<b>19</b>
3.1 Inverkan av ett letter of intent på lojalitetsplikten.....	21
3.2 Avtalsrättsliga formföreskrifter och lojalitetsplikten .....	23
<b>4 Lojalitetspliktens innebörd</b> .....	<b>26</b>
4.1 Grundläggande skyldighet: om kravet på intention att ingå avtal.....	26
4.2 Upplysnings- och klargörandeplikten .....	27
4.2.1 Upplysningspliktens innebörd .....	28
4.2.2 Gränserna för upplysningspliktens räckvidd.....	29
4.2.3 Särskilt om upplysningsplikt om parts egna ekonomiska förhållanden.....	30
4.3 Skyldigheten att inte vilseleda.....	32
4.4 Tystnadsplikten .....	33
4.5 Medverkansplikten .....	34
4.5.1 Särskilt om medverkan till suspensiva villkors uppfyllande .....	35

<b>5</b>	<b>Skadeståndsbedömningen .....</b>	<b>37</b>
5.1	Objektiva rekvisit .....	37
5.2	Subjektiva rekvisit .....	38
5.2.1	Uppsåt .....	38
5.2.2	Vårdslöshet .....	39
<b>6</b>	<b>Skadeståndets omfattning .....</b>	<b>42</b>
<b>7</b>	<b>En utvidgad lojalitetsplikt: krav på sakliga skäl för att avbryta en förhandling? ...</b>	<b>44</b>
<b>8</b>	<b>Sammanfattande slutsatser .....</b>	<b>47</b>
	<b>Käll- och litteraturförteckning.....</b>	<b>50</b>

# Abstract

This thesis analyzes under what conditions a negotiating party can be held liable for *culpa in contrahendo* when the negotiations have not led to a binding contract. Furthermore, this essay examines whether a negotiating party, when the negotiations have proceeded to a certain point, should have to present proper reasons before breaking off the negotiations in order to avoid precontractual liability.

As a general rule, while negotiations are going on, any party is free to break off these negotiations at any time and for any reason without incurring liability. The parties negotiate at their own risk and are not compensated for any costs endured during the precontractual stage. This standpoint can be motivated by inter alia the principle of freedom of contract and theories on economic efficiency. To counteract disloyal and opportunistic behavior however, the doctrine of *culpa in contrahendo* has been developed under Swedish law to inflict precontractual liability in certain circumstances. Liability for *culpa in contrahendo* is based on essentially non-contractual principles even though liability arises in what can be described as a quasi-contractual situation.

Once the negotiations have been ongoing for some time and reached a certain phase of development, a duty of loyalty arises between the parties. The duty of loyalty gives rise to certain obligations which limits the freedom of action of the parties. These obligations can be categorized into a duty to disclose certain information, a duty not to deceive, a duty of confidentiality and a duty to contribute to the formation of the contract. The duty of loyalty also demands that a negotiating party has an overall intention to enter into an agreement.

A violation of any of the obligations emanating from the duty of loyalty can under certain circumstances give rise to precontractual liability in accordance with the doctrine of *culpa in contrahendo*. A prerequisite for liability is that the tortious party should have realized that his conduct risked causing the other party economic loss. The injured party must in return have displayed a legitimate trust in the tortious party's behavior. Liability on the ground of *culpa in contrahendo* includes compensation for the injured party's reliance interests. As a general rule however, a party should not have to provide proper reasons to withdraw from negotiations except in cases where the counterparty has started the fulfillment of the contract.

*Culpa in contrahendo* is nowadays accepted as a general principle of Swedish law. Still, the possibility to obtain damages from a disloyal counterparty is limited. Precontractual liability should therefore be seen as an exception, damages are only awarded for evidently disloyal behavior and the general rule is still that the parties negotiate at their own risk.

# Förkortningar

AMN	Aktiemarknadsnämnden
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
EU	Europeiska unionen
FB	Föräldrabalken (1949:381)
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalken (1970:994)
JT	Juridisk Tidskrift
KöpL	Köplagen (1990:931)
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
PECL	Principles of European Contract Law
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SvJT	Svensk Juristtidning
UNIDROIT	The International Institute for Unification of Private Law

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Som huvudregel gäller att en part<sup>1</sup> i en avtalsförhandling kan undandra sig förhandlingarna utan att ange några som helst skäl. En sådan regel möjliggör emellertid illojalt agerande från en opportunistisk motpart. I svensk rätt har därför vissa principer för parts prekontraktuella skadeståndsansvar – ansvaret för culpa in contrahendo – utvecklats i praxis. Culpa in contrahendo kan beskrivas som ett samlingsbegrepp för allehanda klandervärda beteenden i samband med avtalsförhandlingar.<sup>2</sup> I denna framställning behandlas både skada orsakad av uppsåt och skada orsakad av vårdslöshet under begreppet culpa in contrahendo.

För att motverka vårdslösa förhandlingar är det viktigt att allvarligare former av illojalt beteende kan leda till skadeståndsskyldighet. Samtidigt förutsätter marknadsekonomiska överväganden att parterna är fria att avbryta en förhandling och att de har ett eget ansvar att skydda sina intressen genom t.ex. olika former av föravtal. Det är med beaktande av dessa motstående intressen som principerna för culpa in contrahendo skall tillämpas.

Det råder sedan länge enighet i doktrinen kring att parter i ett avtal har en viss *kontraktuell* lojalitetsplikt gentemot varandra.<sup>3</sup> En avtalspart kan i allmänhet inte ensidigt hävda sina egna intressen till förfång för motparten utan att bli skadeståndsskyldig. Förekomsten av en *prekontraktuell* lojalitetsplikt har dock historiskt sett givits lite uppmärksamhet i svensk rätt.<sup>4</sup> Problematiken är relevant eftersom strandade förhandlingar ofta ger upphov till frågor kring huruvida avtalsbundenhet föreligger, och om så inte är fallet, huruvida någon part kan göras skadeståndsskyldig på grund av klandervärdt beteende under förhandlingarna. Den här uppsatsen avser att behandla förutsättningarna för den senare, d.v.s. när en part kan göras ansvarig för culpa in contrahendo.

I svensk rätt har inställningen till ersättning för ren förmögenhetsskada traditionellt varit negativ och praxis har varit restriktiv vad gäller att utdöma skadestånd på grund av culpa in contrahendo. På senare år märks emellertid ett ökat intresse både inom Sverige och internationellt för dessa frågor. Mot bakgrund av denna uppmärksamhet avser jag med denna uppsats utreda förutsättningarna för att göra en part ansvarig för culpa in contrahendo.

---

<sup>1</sup> Begreppet part kan vara något missvisande eftersom det ofta förknippas med en person som är bunden av ett avtal. I denna uppsats används dock begreppet part eller förhandlingspart, om inget annat anges, för att beskriva en avtalsmässigt obunden fysisk eller juridisk person.

<sup>2</sup> Se Rodhe (1984) s. 337.

<sup>3</sup> Se Nicander (1995/96) s. 31.

<sup>4</sup> Jfr Herre (2005) s. 641 samt Holm (2004) s. 95.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Möjligheterna att göra en förhandlingspart ekonomiskt ansvarig för klandervärt agerande i samband med avtalsförhandlingar är ett inom svensk rätt oklart och relativt outforskat område. Syftet med denna uppsats är därför 1) att analysera förutsättningarna för att en förhandlingspart skall kunna göras ansvarig för culpa in contrahendo i samband med en avbruten avtalsförhandling. Vidare syftar uppsatsen 2) till att analysera huruvida det, de lege ferenda, bör ske en utvidgning av ansvaret för culpa in contrahendo på så vis att en förhandlingspart måste presentera sakliga skäl för att avbryta en avtalsförhandling när den passerat en viss gräns. För att uppnå syftet med uppsatsen krävs det att följande fyra delfrågor utreds:

- Kan det sägas uppstå en lojalitetsplikt mellan parterna i en avtalsförhandling och i vilket skede uppstår denna i så fall?
- Vilka förpliktelser består den prekontraktuella lojalitetsplikten av mer konkret?
- Hur görs skadeståndsbedömningen vid prekontraktuellt skadeståndsansvar?
- Hur beräknas skadeståndet vid prekontraktuellt skadeståndsansvar?

Som utgångspunkt för uppsatsen görs antagandet att avtalsförhandlingar leder till att vissa förpliktelser uppstår mellan parterna vilket sätter gränser för deras handlingsfrihet, och att överträdelser av dessa gränser kan medföra skadeståndsskyldighet. Fokus ligger på den prekontraktuella lojalitetsplikten och dess centrala roll för bedömningen av ansvaret för culpa in contrahendo.

## 1.3 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar endast culpa in contrahendo i kommersiella sammanhang där avtal inte senare kommer till stånd.<sup>5</sup> Skadeståndsskyldigheten vid vårdslöst genomförda förhandlingar där avtal senare sluts regleras numera bl.a. av KöpL och frågan är därför inte av större intresse i detta sammanhang.<sup>6</sup> Vidare kommer en huvudmans ansvar för en mellanmans agerande in contrahendo inte heller att beröras.

En med culpa in contrahendo ofta sammanhängande fråga är huruvida bindande avtal anses ha uppkommit. Detta är i allmänhet den första frågan som aktualiseras vid en tvist. När det väl konstaterats att avtalsbundenhet inte föreligger uppkommer frågan om ersättningsanspråk. I denna uppsats kommer emellertid inte frågan om olika former för avtalsslut eller frågan om

---

<sup>5</sup> Uppsatsen fokuserar huvudsakligen på culpa in contrahendo i tvåpartsrelationer även om analysen i flertalet fall är relevant även då fler parter är inblandade.

<sup>6</sup> Se Kleineman (1991/92) s. 126 ff. I den mån KöpL:s regler kan tillämpas analogt kan de dock vara av intresse för denna framställning.

när ett bindande avtal anses ha uppkommit att beröras i någon större utsträckning. Frågor kring avtalsbildning är ett mycket brett område som rymmer flera olika frågeställningar och skulle därför vara för omfattande att utreda i detta sammanhang.

Vidare kommer inte heller culpa in contrahendo inom ramen för LOU att beröras. Offentlig upphandling utgör på många sätt ett eget rättsområde som är föremål för särskild reglering. Denna reglering präglas av särskilda hänsynstaganden som inte gör sig gällande utanför upphandlingsområdet. Vidare föreligger tvingande EU-rättslig reglering på området. Det skulle därför föra för långt att behandla culpa in contrahendo inom ramen för LOU i denna uppsats. Följaktligen utelämnas denna problematik helt.

Vad gäller frågan om rättsverkan av culpa in contrahendo kommer endast skadestånd att behandlas. Det har inom doktrinen anförts att avtalsbundenhet skulle kunna inträda i vissa extremfall av culpa in contrahendo.<sup>7</sup> Detta är emellertid en fråga som ligger utanför ramen för denna uppsats. Vad gäller skadeståndsbedömningen kommer inte frågor om jämkning eller medverkansansvar att beröras.

## 1.4 Metod och material

Uppsatsen är skriven med en rättsdogmatisk metod med vissa rättsekonomiska och komparativa inslag. Vad gäller den rättsdogmatiska delen har fokus lagts på de traditionella rättskällorna lag, förarbeten, praxis och doktrin.

Framställningen tar utgångspunkt i grunderna för det prekontraktuella ansvaret. Med detta avses utgångspunkterna för culpa in contrahendo som rättsligt fenomen, de bakomliggande rättsekonomiska motiven samt den rättsliga kategoriseringen av skadeståndsansvaret. Således kan uppsatsen sägas ta avstamp i mer abstrakta problemställningar kring strukturella frågor och rättsekonomisk teori för att sedan röra sig mot det konkreta, d.v.s. analysen kring de faktiska förutsättningarna för prekontraktuellt skadeståndsansvar.

Frågor kring rättssystematik och strukturer avfärdas ofta som irrelevanta eller ointressanta.<sup>8</sup> Jag kan instämma i att allmänna redogörelser kring dylika frågor kan sakna relevans om de saknar syfte. Även den hängivne rättsdogmatikern, som arbetar inom systemet, har dock nytta av att förstå grunderna kring systemets uppbyggnad.<sup>9</sup> Därför anser jag det motiverat att i denna uppsats kort inleda med rättssystematiska frågor och grunderna för skadeståndsansvaret eftersom jag menar att detta underlättar förståelsen för ämnet samt

---

<sup>7</sup> Se Ramberg (2010) s. 65 som menar att detta kan utläsas av NJA 2006 s. 638.

<sup>8</sup> Jfr Lehrberg (2006) s. 19 ff. som diskuterar formens betydelse inom juridiken.

<sup>9</sup> Se Lehrberg (2006) s. 21 f som beskriver avfärdandet av frågor om systematik som den moderna forskningens fundamentala misstag.



har en praktisk betydelse vid argumentationen kring hur rättsinstitutet culpa in contrahendo skall tillämpas.

Vad gäller de komparativa och rättsekonomiska inslagen måste vissa förtydliganden göras. Som tidigare nämnts har prekontraktuellt ansvar på senare år ägnats en del uppmärksamhet i utländsk doktrin. Samtidigt har ämnet traditionellt behandlats sparsamt både i svensk praxis och doktrin. Detta motiverar enligt min mening att titta även utanför Sveriges gränser för att fastställa konturerna för det prekontraktuella skadeståndsansvaret.

Komparativa studier bygger på antagandet att det föreligger skillnader och likheter mellan rättssystem som är viktiga att studera för förståelse av rätten.<sup>10</sup> Det skall dock särskilt påpekas att avsikten inte varit att göra någon heltäckande redogörelse för, eller jämförelse med, utländsk rätt i denna framställning. Endast när det tillfört något till analysen har jag valt att lyfta fram lösningar eller argument från utlandet. Ibland är det själva lösningen som sådan som är av intresse för analysen men i många fall är det de bakomliggande argumenten som är det viktiga för förståelsen av problematiken kring culpa in contrahendo.

De länder jag valt att söka argument från är England, Tyskland och Frankrike. England har valts eftersom dess rättssystem skiljer sig väsentligt från Sveriges. Det engelska systemets annorlunda sätt att hantera frågor om prekontraktuellt ansvar har bidragit med intressanta synpunkter till analysen. Tyskland har främst valts för att dess rättssystem traditionellt har influerat det svenska och för att culpa in contrahendo anses härstamma från den tyska rätten. Frankrike har valts för att visa på ett civil law-system där det prekontraktuella ansvaret reglerats något annorlunda än i Sverige.

Farhågor framställs ofta angående komparativa studier när det gäller risken att jämföra rättsregler av olika innebörd och risken att rycka regler ur sitt sammanhang och ur sin rättsliga struktur. En annan svårighet med komparativ analys är givetvis kulturella och språkliga skillnader mellan länder. Det gäller mot denna bakgrund att vara medveten om att övergripande skillnader mellan rättsordningar kan medföra att regleringen av det prekontraktuella ansvaret ser annorlunda ut och det finns skäl att vara försiktig vid jämförelser med utländsk rätt. Då syftet i detta fall endast varit att använda utländskt material som exempel för att bidra till analysen bedömer jag dock inte detta som ett problem. För att ytterligare begränsa riskerna med att använda utländskt material har jag valt att titta på reglernas funktion snarare än form vid jämförelser med utländsk rätt.

---

<sup>10</sup> Jfr Denk (2002) s. 7 för en diskussion om komparativa studier inom statsvetenskapen.

När det kommer till de rättsekonomiska inslagen så har detta perspektiv valts eftersom det prekontraktuella ansvaret har vissa ekonomiska dimensioner. Dessutom är de aktörer vars beteende är föremål för uppsatsen näringsidkare vilka bedriver ekonomisk verksamhet som syftar till att skapa vinst. En ekonomisk infallsvinkel ligger därmed nära till hands. Inte heller här har dock avsikten varit att göra en fullständig rättsekonomisk analys av det prekontraktuella ansvaret utan endast, att där det tillför något, komplettera analysen med en ekonomisk infallsvinkel.

Det har i doktrinen anförts att utsagor baserade på rättsekonomiska argument inte kan påverka gällande rätt eftersom de inte utgör en rättskälla.<sup>11</sup> I denna uppsats används emellertid endast rättsekonomiska argument för att försöka fastställa vilka tolkningslinjer som är mer effektiva än andra i situationer där tydligt rättskällestöd saknas. Detta innebär således inte att rättsekonomiska argument tillerkänns status av rättskälla.

Avslutningsvis skall något sägas om materialet till uppsatsen. Då frågor kring prekontraktuell lojalitetsplikt samt culpa in contrahendo saknar lagreglering har fokus främst lagts vid praxis och doktrin. En svårighet har varit att culpa in contrahendo oftast berörs kortfattat inom ramen för traditionella läroböcker inom den allmänna avtalsrätten. Därför har det varit nödvändigt att söka stöd i fördjupande artiklar och avhandlingar inom området. Dessutom har vissa internationella rättskällor använts.<sup>12</sup> Rättskällevärdet av dessa s.k. kodifieringar av internationellt handelsbruk har ifrågasatts.<sup>13</sup> Eftersom detta material i första hand används som exempel för att bidra till analysen kan emellertid diskussionen om dess formella status i stort undvikas.

## 1.5 Disposition

Uppsatsen är huvudsakligen uppbyggd i kronologisk ordning utifrån de olika momenten i bedömningen över vad som krävs för att göra en förhandlingspart ansvarig för culpa in contrahendo. Således följer framställningen i stort den ovan angivna frågeställningen om lojalitetspliktens uppkomst och innebörd samt frågorna kring skadeståndsbedömningen. Detta är även den ordning som dessa frågor aktualiseras rent tidsmässigt.

Även om vissa delar är mer beskrivande än andra har jag medvetet valt att inte göra en strikt uppdelning på en teoretisk och en analytisk del. Min förhoppning är att det blir mer pedagogiskt att väva in analysen i den löpande texten. För att undvika missförstånd har jag försökt vara tydlig med att påpeka när jag framför egna åsikter eller drar egna slutsatser.

---

<sup>11</sup> Se Dotevall (1989) s. 52.

<sup>12</sup> Se t.ex. UNIDROIT principles eller PECL.

<sup>13</sup> Se dock Ramberg (2010) s. 28 som menar att dessa kodifieringar utgör en svensk rättskälla.

Mer konkret är den fortsatta framställningen disponerad enligt följande. Först följer ett kapitel (2) om de rättsliga utgångspunkterna för ansvaret för culpa in contrahendo, de rätts-ekonomiska motiven bakom det prekontraktuella ansvaret samt dess rättssystematiska placering. Kapitlet syftar till att sätta ämnet i sin kontext och ge ett teoretiskt ramverk för uppsatsen samtidigt som min förhoppning är att det ska introducera läsaren till ämnet. Därefter följer ett kapitel (3) om lojalitetspliktens uppkomst där jag analyserar när i tiden en prekontraktuell lojalitetsplikt kan sägas inträda och hur lojalitetsplikten påverkas av förekomsten av ett letter of intent eller att förhandlingarna rör ett formalavtal. Sedan följer ett kapitel (4) om lojalitetspliktens innebörd där jag utreder mer konkret vad den prekontraktuella lojalitetsplikten kan sägas innebära.

Efter de två kapitlen om lojalitetsplikten följer ett kapitel (5) om själva skadeståndsbedömningen. Jag har valt att göra en traditionell skadeståndsrättslig uppdelning på detta kapitel och därför berörs först de objektiva och sedan de subjektiva rekvisiten för skadestånd. Därefter följer ett kapitel (6) om själva skadeståndsberäkningen som behandlar frågan om skadeståndets storlek. Sedan följer ett kapitel (7) om huruvida det bör ske en utvidgning av ansvaret för culpa in contrahendo så att det skall krävas sakliga skäl för att avbryta en förhandling som pågått en viss tid. Uppsatsen avslutas med ett kapitel (8) där jag sammanställer mina slutsatser och gör några avslutande reflektioner.

## 2 Teoretisk bakgrund och kontextuellt ramverk

### 2.1 Rättsliga utgångspunkter: problemet med avbrutna avtalsförhandlingar

Det följande avsnittet syftar till att redogöra för varför problematiken kring culpa in contrahendo är relevant samt till att utreda det rättsliga stödet för att göra en part skadeståndsskyldig i samband med en avbruten förhandling. I centrum för denna fråga står konflikten mellan å ena sidan den negativa kontraheringsfriheten och å andra sidan lojalitetsplikten. I det följande skall denna problematik illustreras mer ingående.

Som stark huvudregel gäller att avtalsförhandlingar sker på egen risk, d.v.s. att varje part i en förhandling står den ekonomiska risken för att förhandlingarna avbryts utan att avtal kommer till stånd.<sup>14</sup> Detta kan ur en annan synvinkel ses som ett utflöde av avtalsfriheten. I det moderna affärslivet föregås dock oftast avtalsslut av större betydelse av omfattande och långdragna förhandlingar.<sup>15</sup> Ibland kan parterna redan under förhandlingarna ådra sig kostnader. Detta kan bero på att en part behöver vidta åtgärder för att säkerställa en framtida verkställighet av avtalet och därför t.ex. köper in visst material, upptar ett nytt lån eller kanske avbryter andra pågående affärsförbindelser. I takt med att avtalen blir allt mer komplicerade ökar också kravet på information vilket ytterligare ökar kostnaderna för parterna. Eftersom transaktionskostnaderna ofta uppgår till betydande belopp kan det vara angeläget för parterna att förhandlingarna leder till slutligt avtal. Problem uppstår emellertid om förhandlingarna av någon anledning avbryts utan att avtal har kommit till stånd.

I centrum för denna problematik står, som redan nämnts, konflikten mellan å ena sidan den negativa kontraheringsfriheten och å andra sidan den på senare år inom svensk rätt allt mer uppmärksammade lojalitetsplikten. Samtidigt som det får anses vara en grundläggande rättighet att parter själva får välja vilka de vill eller inte vill ingå avtal med, möjliggör en sådan reglering opportunistiskt handlande från en illojal motpart. Genom att utnyttja att bindande avtal inte har kommit till stånd kan en förhandlingspart spekulera på motpartens bekostnad. För att motverka sådan illojal spekulation har vissa principer för culpa in contrahendo utvecklats i praxis. Som skall beröras mer nedan (se kapitel 3) kan en lojalitetsplikt sägas uppstå mellan parterna i en förhandling vilket till viss del förpliktar dem att ta hänsyn till varandras intressen.

---

<sup>14</sup> Se Ramberg (2010) s. 63, Hellner (1993) s. 38 samt Kleineman (1987) s. 429.

<sup>15</sup> Se här och i det följande Lehrberg (2006) s. 135 ff.

Någon generell lagbestämmelse om culpa in contrahendo saknas i svensk lagstiftning.<sup>16</sup> Av såväl art. 2.1.15 UNIDROIT principles som art. 2:301 PECL framgår dock ett skadeståndsansvar för förhandlingar i strid med ”good faith”. Dessa bestämmelser har i doktrinen tagits som intäkt för att culpa in contrahendo är en allmän rättslig princip i svensk rätt.<sup>17</sup> Praxis på området är sparsam men HD har i ett antal fall bekräftat att skadestånd kan utgå enligt principerna för culpa in contrahendo.<sup>18</sup>

Det enda fall där skadestånd utdömts är emellertid NJA 1963 s. 105. Fallet rörde en svensk affärsman E, verksam i Venezuela, som förde förhandlingar med G angående anställning som VD i ett colombianskt bolag. Efter en tids förhandlingar enades parterna om villkoren för anställningen. Avtalet skulle dock inte träda i kraft förrän det, i enlighet med colombiansk lag, godkänkts av bolagsstämman. G översände dock redan innan bolagsstämmans godkännande ett telegram till E med en uppmaning till honom att inställa sig i Colombia för att påbörja anställningen. E avvecklade då sin affärsrörelse i Venezuela och begav sig till Colombia. När avtalet senare inte godkändes av bolagsstämman yrkade E skadestånd av G. HD uttalade bl.a. att telegrammet var ägnat att vilseleda och att G därmed var skadeståndsskyldig på grund av vårdslöshet. Rättsfallet visar således att culpa in contrahendo är en accepterad rättsprincip i svensk rätt.

## 2.2 Förhandling på egen risk: bakomliggande rättsekonomiska motiv

Ovan har redogjorts för den *rättsliga* bakgrunden till det prekontraktuella ansvaret och problematiken kring avbrutna förhandlingar. I följande avsnitt skall utredas vilka *ekonomiska* överväganden som ligger bakom den ur avtalsfriheten stammande huvudregeln att parterna inte ersätts för kostnader som de ådrar sig under förhandlingsstadiet.

Motiven bakom huvudregeln att förhandlingar sker på egen risk torde delvis kunna hämtas från vissa rättsekonomiska grundantaganden. På ett övergripande plan anses avtalsfrihet enligt rättsekonomisk teori bidra till ekonomisk effektivitet i form av s.k. paretoeffektivitet.<sup>19</sup> Detta anses eftersträvansvärt eftersom ekonomisk effektivitet i sin tur bidrar till välbstånd både

---

<sup>16</sup> Jfr dock Karlgren (1954) s. 19 ff. som anger ett antal specialfall av culpa in contrahendo som varit föremål för lagreglering. Som exempel nämns 9 kap. 7 § 2 st. FB som reglerar skadeståndsskyldighet för underårig som vilselett sin motpart angående sin behörighet. Vidare anges 2 st. i lag (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av psykisk störning samt 25 § AvtL som exempel på lagreglering av culpa in contrahendo.

<sup>17</sup> Jfr bl.a. Ramberg (2010) s. 63 f som synes mena att art. 2.1.15 UNIDROIT principles utgör ett sådant bevis.

<sup>18</sup> Se bl.a. NJA 1990 s. 745, NJA 1978 s. 147 samt RH 1996:154. I inget av fallen utgick dock något skadestånd.

<sup>19</sup> Se Svensson (2005) s. 232. Paretoeffektivitet innebär att minst en av avtalsparterna får det ”bättre” genom avtalet utan att någon annan part får det ”sämre”. Se Dahlman (2004) s. 54 ff.

för individen och för samhället i stort.<sup>20</sup> En frivillig transaktion mellan rationella avtalsparter anses vidare alltid leda till ökat välbefinnande.<sup>21</sup>

Problemet är emellertid att olika faktorer bidrar till att vad som i teorin skulle varit ett ömsesidigt fördelaktigt avtal, ändå inte kommer till stånd. En sådan faktor är transaktionskostnader. Något förenklat kan detta begrepp sägas innefatta de kostnader som är förbundna med att ingå avtal.<sup>22</sup> Vid företagsförvärv är det t.ex. vanligt att köparen vill göra en due diligence av målbolaget.<sup>23</sup> Sådana företagsbesiktningar utförs ofta med hjälp av rådgivare och tenderar att vara kostsamma. Ur rättsekonomisk synvinkel spelar det ingen roll hur dessa transaktionskostnader är uppdelade mellan parterna, så fort de överstiger den s.k. kvasiräntan lönar det sig inte för parterna att ingå avtal.<sup>24</sup>

Enligt rättsekonomisk teori skall rättsregler användas för att på olika sätt försöka minska transaktionskostnaderna för att öka möjligheterna för att avtal kommer till och därmed också öka samhällets välbefinnande.<sup>25</sup> Rättsreglerna bör utformas för att ge parter de rättigheter och skyldigheter som hade uppstått om alla välbefinnandsskapande avtal hade kommit till stånd.<sup>26</sup> Juridiken skall således användas för att i så stor utsträckning som möjligt försöka efterlikna ett tillstånd utan transaktionskostnader. På så vis främjas ekonomisk effektivitet. Skadeståndsrättsliga regler är ett typexempel på sådana regler som lämpar sig för att styra beteenden och minska transaktionskostnaderna.

För att maximera den ekonomiska effektiviteten bör skadeståndsreglerna utformas på sådant vis att de totala samhällskostnaderna minimeras. Ur ekonomisk synvinkel är det önskvärt att en part åläggs att under skadeståndsansvar vidta de skadeförebyggande åtgärder där marginalvinsten är större än marginalkostnaden.<sup>27</sup> Om kostnaderna för extra skadeförebyggande åtgärder däremot överstiger den ytterligare skada dessa åtgärder skulle förhindra är det inte ekonomiskt effektivt att försöka förebygga denna ytterligare skada. Således skall något skadeståndsansvar inte inträda för underlåtenhet att vidta sådana försiktighetsåtgärder.

---

<sup>20</sup> Se Dahlman (2004) s. 75.

<sup>21</sup> Se Dahlman (2004) s. 79.

<sup>22</sup> Transaktionskostnader kan delas upp på kostnader för kontakt, kontrakt och kontroll. Se Cooter (2004) s. 91 f samt Dahlman (2004) s. 84 ff.

<sup>23</sup> Se Sevenius (2003) s. 99 ff.

<sup>24</sup> Kvasiräntan kan något förenklat beskrivas som differensen mellan avtalets värde för köparen och avtalets värde för säljaren. Se Dahlman (2004) s. 78 samt s. 88.

<sup>25</sup> Se Dahlman (2004) s. 90 f.

<sup>26</sup> Se här och i det följande Dahlman (2004) s. 103 ff.

<sup>27</sup> Se här och i det följande Dahlman (2004) s. 117 ff. samt Shavell (2004) s. 177 ff.

Genom att använda rättsregler för att föreskriva skadeståndsskyldighet i den mån en viss nivå av förebyggande åtgärder inte vidtas kan således ekonomisk effektivitet främjas. På detta vis efterliknas ett tillstånd utan transaktionskostnader där motsvarande effekt anses uppstå på grund av att alla välståndsskapande avtal hade kommit till stånd. I ett sådant tillstånd hade en skadevållare på avtalsrättslig väg ålagts att vidta vissa förebyggande åtgärder eftersom detta hade varit ekonomiskt effektivt.<sup>28</sup>

Eftersom det från ett samhällsekonomiskt perspektiv inte är önskvärt att förhindra alla typer av skador har skadeståndsrätten även till uppgift att reglera vem som skall stå risken för de skador som det inte är samhällsekonomiskt försvarbart att förhindra.<sup>29</sup> Risken för sådana kostnader skall den part stå som har lägst kostnad för att bära denna risk.<sup>30</sup>

Det är enligt min mening mot bakgrund av dessa grundläggande rättsekonomiska överväganden som man skall se huvudregeln om att förhandlingar sker på egen risk. Endast i vissa situationer är det ekonomiskt försvarbart att ålägga en förhandlingspart att under skadeståndsansvar förebygga att en motpart ådrar sig transaktionskostnader. Den enkla anledningen till detta är att i inledningsfasen av en förhandling är det oftast lättast för parterna att själva minimera sina egna kostnader. Det är således som huvudregel inte ekonomiskt effektivt att ålägga förhandlingsparterna under skadeståndsansvar att försöka minimera varandras kostnader. I ett tillstånd utan transaktionskostnader, där parterna själva valt att reglera kostnadsfördelningen, hade således huvudregeln varit att var och en bär sina egna kostnader i inledningsfasen av en förhandling.

### **2.3 Rättssystematisk placering av ansvaret**

I detta avsnitt skall frågan om det prekontraktuella ansvarets *rättsliga grund* analyseras mer ingående. Denna problematik är av intresse eftersom den skada som orsakas av avbrutna avtalsförhandlingar i de flesta fall saknar samband med person eller sakskada.<sup>31</sup> Följaktligen handlar det om en s.k. ren förmögenhetsskada, jfr 1 kap. 2 § SkL. Ren förmögenhetsskada utanför kontraktsrelationer ersätts enligt huvudregeln i 2 kap. 2 § SkL om skadan har samband med brott.<sup>32</sup> Bestämmelsen har kommit att uppfattas som en spärregel för skadestånd för ren

---

<sup>28</sup> Se Dahlman (2004) s. 109.

<sup>29</sup> Se Dahlman (2004) s. 137. Jfr även Shavell (2004) s. 257 för en diskussion om skadeståndsrättens roll vad gäller spridning av risk mellan olika parter.

<sup>30</sup> Se Dahlman (2004) s. 139 ff.

<sup>31</sup> Se Lehrberg (2006) s. 138.

<sup>32</sup> Liknande bestämmelser finns i tysk rätt, jfr 823 samt 826 §§ BGB.

förmögenhetsskada utan samband med brott.<sup>33</sup> Regeln har emellertid luckrats upp genom ett antal rättsfall angående bl.a. skadeståndsskyldighet för felaktigt värderingsintyg.<sup>34</sup>

### 2.3.1 Grunden för skadeståndsansvaret: kontrakts- och deliktsteori

Eftersom culpa in contrahendo i majoriteten av fallen rör ren förmögenhetsskada blir frågan på vilken grund ersättning skall utgå.<sup>35</sup> Problemet är att varken avtalsbundenhet eller skadestånd till följd av brott kan anföras som stöd för skadeståndsansvar. I grunden berör frågan således hur culpa in contrahendo rättsligt skall kategoriseras. I doktrinen har främst två olika synsätt gjort sig gällande, kontrakts- respektive deliktsteorin.<sup>36</sup> Antingen uppfattas ansvaret för culpa in contrahendo enligt dessa teorier som en del av avtalsrätten eller som ett utomobligatoriskt ansvar.<sup>37</sup>

Den närmare kategoriseringen av skadeståndsansvaret har praktisk betydelse vid tillämpningen eftersom argument som gör sig gällande i en kontraktsrelation helt kan sakna värde i utomobligatoriska förhållanden eller åtminstone vara kraftigt försvagade.<sup>38</sup> Likaså kan argument för skadestånd hänförligt till ett utomobligatoriskt förhållande sakna relevans i en kontraktsrelation. Som skall beröras mer nedan (se kapitel 5) kan detta få konkret betydelse för frågor kring bl.a. preskription och bevisbörda.<sup>39</sup>

Uppfattningen att culpa in contrahendo hänför sig till avtalsrätten har motiverats med att det prekontraktuella skadeståndsansvaret är ett nödvändigt inslag i reglerna om avtalslut för att mildra de negativa effekterna av den ”allt eller inget”-syn som alltjämt präglar de svenska reglerna om avtals uppkomst.<sup>40</sup> Vidare har det i doktrinen anförts att likhetsprincipen talar för att skadestånd kan utgå på grund av vårdslöst genomförda förhandlingar som inte leder till avtal eftersom sådant skadestånd kan utgå om avtal kommer till stånd mellan parterna. Denna kontraktuella syn på skadeståndsansvaret har även motiverats med att förhandlingsparterna hålls samman genom ett kontrakt- eller kvasikontrakträttsligt band trots att avtal inte kommit till stånd.<sup>41</sup> Att notera är även att i tysk rätt hänförs culpa in contrahendo till det avtalsrättsliga

---

<sup>33</sup> Se Kleineman (1987) s. 83.

<sup>34</sup> Se NJA 1987 s. 692 där skadestånd utgick för ren förmögenhetsskada utan samband med brott.

<sup>35</sup> Se här och i det följande Lehrberg (2006) s. 138 ff.

<sup>36</sup> Se här och i det följande Karlgren (1954) s. 13 ff.

<sup>37</sup> En tredje möjlighet vore att se culpa in contrahendo som en självständig företeelse, varken att hänföra till kontraktsrätten eller den utomobligatoriska skadeståndsrätten, och som motiveras av behovet av en sanktion i det enskilda fallet mot klandervårt beteende. Se Lehrberg (2006) s. 143 f samt Lorenz (1990) s. 177.

<sup>38</sup> Se här och i det följande Lehrberg (2006) s. 139 samt s. 143 f. Jfr även Karlgren (1954) s. 16 som diskuterar skillnaderna mellan de praktiska konsekvenserna av att skadeståndsansvaret är grundat på antingen kontrakts- eller deliktsteorin.

<sup>39</sup> Se Karlgren (1954) s. 16 not 11.

<sup>40</sup> Se här och i det följande Lehrberg (2006) s. 139 f.

<sup>41</sup> Se Karlgren (1954) s. 14.



området och där beskrivs förhandlingssituationen just som kvasikontraktuell.<sup>42</sup> Detta har motiverats med att det prekontraktuella ansvaret har större likheter med kontraktsrätten än med den utomobligatoriska skadeståndsrätten.<sup>43</sup> Att hänföra ansvaret till avtalsrättens område torde även motiveras av att ren förmögenhetsskada, likt svensk rätt, som huvudregel inte utgår i utomobligatoriska förhållanden enligt tysk rätt.

Det andra synsättet, att culpa in contrahendo är att hänföras till det utomobligatoriska området, kan motiveras med olika argument. Ett i doktrinen framfört tillvägagångssätt är att stödja sig på en analog tillämpning av 2 kap. 2 § SkL.<sup>44</sup> Av förarbetena till regeln framgår att bestämmelsen inte är avsedd att ligga till grund för motsatsslut och att det inte föreligger hinder för utveckling av ett mer utvidgat skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada genom praxis.<sup>45</sup> Problemet med denna motivering är att det i kommersiella sammanhang oftast är en juridisk person som utgör den skadevållande förhandlingsparten.<sup>46</sup> Endast fysiska personer kan emellertid göra sig skyldiga till brott och därmed ansvara för ren förmögenhetsskada enligt 2 kap. 2 § SkL. Vidare kan den uppkomna skadan ofta vara resultatet av ett samlat beteende från olika personer utan att det går att peka ut en person som ensamt skyldig. Även om det går att identifiera en ensam person gäller enligt 4 kap. 1 § SkL att i den mån det rör sig om en anställd krävs synnerliga skäl för att personen skall bli skadeståndsskyldig.

För att en analog tillämpning av 2 kap. 2 § SkL skall framstå som logisk krävs därför att man även gör en analog tillämpning av 3 kap. 1 § SkL om principalansvar. Rör det sig om en högt uppsatt person kan möjligen även organteorin användas för att komma till samma resultat.<sup>47</sup> Av intresse är att enligt fransk rätt utgår skadestånd på grund av prekontraktuellt ansvar enligt allmänna utomobligatoriska regler för skadestånd på grund av vårdslöshet.<sup>48</sup> Detta torde dock kunna förklaras med att fransk rätt inte förefaller ha någon regel motsvarande 2 kap. 2 § SkL. Därmed aktualiseras inte samma problematik som i svensk rätt.

### **2.3.2 Den uttunnade deliktsteorin**

Enligt min mening bör man för att bedöma det prekontraktuella skadeståndsansvarets rättsliga hemvist och dess förhållande till 2 kap. 2 § SkL anlägga ett något annorlunda angreppssätt än vad som redogjorts för ovan. Beskrivningen av ett band som håller parterna samman förefaller något konstlad. Om culpa in contrahendo är att hänföra till avtalsrätten bör dessutom som

---

<sup>42</sup> Se Lake (1994) s. 201 ff.

<sup>43</sup> Se här och i det följande Lorenz (1990) s. 176 f.

<sup>44</sup> Se Lehrberg (2006) s. 140.

<sup>45</sup> Se prop. 1972:5 s. 568.

<sup>46</sup> Se här och i det följande Lehrberg (2006) s. 140 ff.

<sup>47</sup> Jfr Lehrberg (2006) s. 141 som anför organansvar som en möjlig grund att göra en juridisk person ansvarig.

<sup>48</sup> Se Lake (1994) s. 198.

konsekvens ersättning utgå i linje med det positiva kontraktsintresset, vilket i princip skulle vara detsamma som avtalsbundenhet. Mer adekvat är att se culpa in contrahendo som ett utomobligatoriskt ansvar att tillämpa i en situation som möjligen kan beskrivas som på sin höjd kvasikontraktuell eller kontraktsliknande.<sup>49</sup> Hur man benämner denna situation är dock av mindre betydelse. Det viktiga är att fastställa att det är huvudsakligen utomobligatoriska principer som skall vara vägledande för ansvarsbedömningen.

Vad gäller motiveringen till varför utomkontraktuellt skadestånd skall utgå trots 2 kap. 2 § SkL anser jag att utgångspunkt bör tas i ändamålen till denna regel. Som Karlgren anför har man antagit att ett alltför vidsträckt ansvar för ren förmögenhetsskada skulle riskera att hämma rörelsefriheten i samhället.<sup>50</sup> Skadeståndsansvaret skulle riskera att bli oöverblickbart då diverse olika handlingar eller underlåtenheter skulle riskera leda till ansvar. Det är således en form av floodgate-argument som ligger bakom 2 kap. 2 § SkL, rädslan för att ett alltför utvidgat tillämpningsområde skulle riskera att få skadeståndsanspråken att ”svämma över”.<sup>51</sup>

Motiven bakom 2 kap. 2 § SkL förefaller enligt min mening högst berättigade. Men istället för att söka göra ett analogislut bör man försöka finna ett avgränsande moment som kan användas för att begränsa skadeståndsskyldigheten i enlighet med motiven. Likt Björkdahl anser jag denna avgränsande faktor kunna vara lojalitetsplikten.<sup>52</sup> Genom att begränsa skadeståndsskyldigheten till att endast omfatta de parter som står i lojalitetsplikt till den skadelidande avgränsas kretsen av skadeståndsberättigade på ett tydligt sätt och risken för översvämning av skadeståndskrav minskar. Det skall påpekas att det inte rör sig om någon gradvis avgränsning utan lojalitetsplikten, och de där ur stammande förpliktelserna att tillvarata motpartens intressen, torde inträda i ett slag.<sup>53</sup> Sammanfattningsvis är således skälen till att 2 kap. 2 § SkL inte utgör hinder för skadestånd att lojalitetsplikten avgränsar den skadeståndsskyldiga kretsen på ett betydande vis och att skadeståndsskyldighet därmed är förenligt med motiven till regeln. Med en annan benämning skulle den för detta arbete valda lösningen kunna benämnas som en form av uttunnad deliktsteori, d.v.s. att culpa in contrahendo är ett utomobligatoriskt ansvar att tillämpa i vad som kan benämnas för en kontraktsliknande eller kvasikontraktuell situation.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Jfr Lehrberg (2006) s. 143 f som tycks mena att culpa in contrahendo skall ses som en självständig företeelse att tillämpa i en kvasikontraktuell situation.

<sup>50</sup> Se Karlgren (1954) s. 12 f.

<sup>51</sup> Se Björkdahl (2007) s. 284 f.

<sup>52</sup> Se Björkdahl (2007) s. 290 f.

<sup>53</sup> Se Björkdahl (2007) s. 294 f som menar att en gradvis avgränsning av det utomobligatoriska området skulle göra situationen alltför svårhanterlig. Björkdahls åsikt förefaller välgrundad då det torde vara mer praktiskt att endast bedöma om parterna är över eller under lojalitetströskeln och låta alla förpliktelser inträda samtidigt.

<sup>54</sup> Jfr Karlgren (1954) s. 16 som diskuterar den uttunnade deliktsteorin.

### 3 Lojalitetspliktens uppkomst

Ovan har konstaterats att culpa in contrahendo är en allmän rättsgrundsats baserad på utomobligatoriska principer. Det är lojalitetsplikten som avgränsar kretsen av skadelidande och motiverar att skadestånd skall utgå trots regeln i 2 kap. 2 § SkL. I det följande skall utredas *när i tiden* som en lojalitetsplikt kan sägas inträda mellan parterna i en förhandling.

NJA 1978 s. 147 kan anföras som stöd för att en lojalitetsplikt inträder mellan parterna redan innan de träffat slutligt avtal. Fallet rörde en förhandling om upplåtelse av lokal mellan en fastighetsägare och ett livsmedelsföretag. Parterna ingick ett muntligt projekteringsavtal samtidigt som fastighetsägaren ådrog sig omfattande kostnader för att iordningställa lokalen efter livsmedelsföretagets önskemål. När sedan förhandlingarna avbröts uppstod fråga om huruvida livsmedelsföretaget var ansvarigt för dessa kostnader till följd av projekteringsavtalet alternativt på grund av culpa in contrahendo. HD uttalade att livsmedelsföretaget inte åtagit sig att stå för några kostnader på avtalsrättslig väg och att ”*Genom projekteringsavtalet kan därför endast anses ha uppkommit förpliktelser för parterna att samarbeta med sikte på en framtida lokalupplåtelse och därvid ta skäligen hänsyn till medkontrahentens intressen.*” Dock ansågs ingen vårdslöshet kunna åläggas livsmedelsföretaget varför skadestånd inte utgick.

Även i NJA 1990 s. 745 behandlades frågan om lojalitetspliktens inträde. Fallet rörde förhandlingar mellan två parter, Bertil L och SRM, angående exklusiv försäljningsrätt till en vakuumpump i Sverige. Avtalet var beroende av att SRM å sin sida erhöll licensrättigheterna till pumpen från en tredje part. Trots att SRM förvärvade licensrättigheterna ingicks emellertid aldrig något avtal om exklusiv försäljningsrätt med Bertil L. HD uttalade att förhandlingarna nått så långt att parterna var inriktade på att ingå avtal ifall SRM skulle erhålla licensrättigheterna till pumpen och att ”*det vid denna tid hade uppkommit vissa förpliktelser för bolaget att ta hänsyn till Bertil L:s intressen*”.

Nicander har i anledning av NJA 1990 s. 745 uttalat att lojalitetsplikten inträder när relationen mellan parterna har blivit så nära att part har fog att ådra sig kostnader i förlitan på att avtal kommer att nås.<sup>55</sup> Lehrberg ansluter sig i stort till denna åsikt då han synes mena att en lojalitetsplikt inträder då förhandlingarna har fortskridit en viss tid och en part, med motpartens vetskap, har ådragit sig kostnader för att förbereda avtalet.<sup>56</sup> Adlercreutz menar dock

---

<sup>55</sup> Se Nicander (1995/96) s. 47.

<sup>56</sup> Se Lehrberg (2006) s. 144 f.

att lojalitetsplikt inte kan inträda under förhandlingsstadiet utan först när parterna har enats om huvuddragen i avtalet.<sup>57</sup>

Björkdahl menar att NJA 1990 s. 745 samt NJA 1978 s. 147 visar att lojalitetsplikten inträder då förhandlingarna objektivt sett har nått så långt att parterna är inriktade på att ingå avtal om inget oförutsett inträffar.<sup>58</sup> Förhandlingarna har då nått så långt att parterna inte längre har något berättigat intresse av att kunna förhandla på egen risk. Istället är det intresset av att kunna lita på parternas ambition att få till ett avtal som gör sig gällande. Björkdahl menar vidare att förekomsten av en formaliserad överenskommelse (likt ett projekteringsavtal) samt att förhandlingarna har nått långt är indikatorer på att förhandlingarna har nått ett skede där parterna är inriktade på att ingå avtal.<sup>59</sup>

Frågan uppstår då hur praxis och de redovisade uttalandena i doktrinen skall tolkas för att kunna formulera en generell regel om när lojalitetsplikten inträder. Ur rättsekonomisk synvinkel är det viktigt att den dispositiva rätten utformas på ett sätt som är tydlig och står i överensstämmelse med hur parterna själva hade reglerat frågan.<sup>60</sup> Annars kommer regeln inte uppfattas som ändamålsenlig och riskerar att hämma ekonomisk effektivitet.

Vid en jämförelse med tysk rätt kan konstateras att ett speciellt förtroendeförhållande anses uppstå direkt mellan parterna när förhandlingarna inleds oavsett om avtal senare kommer till stånd.<sup>61</sup> Tyska domstolar anser också generellt att lojalitetsplikten uppstår i ett tidigt skede.<sup>62</sup> Engelsk rätt däremot erkänner ingen skyldighet att förhandla enligt ”good faith”<sup>63</sup> och någon lojalitetsplikt inträder således överhuvudtaget inte innan avtal har kommit till stånd.<sup>64</sup> Detta motiveras med bl.a. just svårigheten att på ett tydligt vis fastställa när denna lojalitetsplikt uppkommer.<sup>65</sup> Vidare anses det finnas en risk att en lojalitetsplikt skulle ha en avskräckande effekt och att parter skulle undvika att ingå i förhandling då utsikterna att nå ett slutligt avtal bedöms som små. Dessutom anses det finnas en risk att avtalsförhandlingar som trots allt kommer till stånd förhastas för att få till ett avtal fortare. I fransk rätt är det prekontraktuella skadeståndsansvaret inte uppbyggt kring en lojalitetsplikt utan bygger på en

---

<sup>57</sup> Se Adlercreutz (1987) s. 495.

<sup>58</sup> Se här och i det följande Björkdahl (2007) s. 290 ff.

<sup>59</sup> Se Björkdahl (2007) s. 292 ff.

<sup>60</sup> Se Dahlman (2004) s. 93 f.

<sup>61</sup> Se Lake (1994) s. 203.

<sup>62</sup> Se Lake (1994) s. 205.

<sup>63</sup> Begreppet ”good faith” är inte helt klarlagt till sin innebörd men torde vara något vidare än vad som i svensk rätt avses med lojalitetsplikt. Begreppet ligger dock ändå tillräckligt nära för att ligga till grund för jämförelser. Se Munukka (2007) s. 33.

<sup>64</sup> Se Munukka (2007) s. 20 samt Lake (1994) s. 171 f.

<sup>65</sup> Se här och i det följande Lake (1994) s. 176 not 26.

allmän culparegel.<sup>66</sup> Detta hänger samman med att det prekontraktuella skadeståndsansvaret av systematiska skäl inte anses kunna baseras på förpliktelser.

Enligt min mening torde en regel om lojalitetspliktens inträde kunna formuleras enligt följande. Lojalitetsplikten uppstår då förhandlingarna har nått ett sådant skede att parterna är inriktade på att ingå slutligt avtal samtidigt som ena parten inser risken att motparten ådrar sig kostnader som kan komma att bli onyttiga. En sådan regel står i överensstämmelse med praxis och ovan redovisade uttalanden i doktrinen samtidigt som rättsekonomens krav tillgodoses i möjligaste mån. Dessutom minskas risken för att de negativa effekter med en prekontraktuell lojalitetsplikt som diskuterats i engelsk doktrin skall uppkomma. Här föreslagna regel torde även ha stöd i NJA 1963 s. 105 vilket, som ovan nämnts, är det enda fall i praxis där skadestånd utdömts. Fallet behandlar inte uttryckligen lojalitetspliktens inträde. Av omständigheterna framgår dock att parterna var inriktade på att ingå avtal, det enda som återstod var bolagsstämmans godkännande. Samtidigt måste G ha insett risken för att E:s kostnader skulle bli onyttiga.

Huvudregeln är fortfarande att förhandlingar sker på egen risk. Som visats ovan kräver rättsekonomiska överväganden att parter tillåts förhandla utan att ådra sig några förpliktelser. Detta argument blir emellertid svagare ju längre förhandlingarna fortskrider. Vid den tidpunkt som här föreslås som lojalitetspliktens inträde är intresset av att kunna ådra sig kostnader i förlitan på att slutligt avtal skall nås starkare än intresset av att förhandla på egen risk.

### 3.1 Inverkan av ett letter of intent på lojalitetsplikten

Vid större avtalsförhandlingar som t.ex. vid ett företagsförvärv är det vanligt förekommande att parterna utfärdar en s.k. avsiktsförklaring (letter of intent). Det råder i stor utsträckning oklarhet kring rättsverkningarna av ett letter of intent där parterna endast uttrycker en vilja att i framtiden ingå avtal.<sup>67</sup> Klart är emellertid att ett letter of intent kan innehålla *enskilda klausuler* som är bindande för parterna och som medför skadeståndsskyldighet vid överträdelser.<sup>68</sup> Exempel på sådana klausuler är en skyldighet att inte förhandla med andra eller att iaktta sekretess. Mer oklarhet har åtminstone tidigare gällt angående betydelsen av ett letter of intent för bedömningen av en parts ansvar för culpa in contrahendo.

Enligt engelsk rätt gäller att letters of intent med innebörden att parterna åtar sig att förhandla "in good faith" inte accepteras.<sup>69</sup> Anledningen till detta är att dylika avtal anses

---

<sup>66</sup> Rättsfiguren culpa in contrahendo existerar därför inte. Se här och i det följande Munukka (2007) s. 25.

<sup>67</sup> Se Ramberg (2010) s. 66 f.

<sup>68</sup> Se Adlercreutz (2002) s. 114 f samt Ramberg (2010) s. 67.

<sup>69</sup> Se här och i det följande Lake (1994) s. 172.

alldeles för osäkra till sin natur och att det anses svårt att uppskatta en eventuell skada. Även i svensk doktrin har det uttryckts en skepsis till att ett letter of intent skulle ha någon självständig betydelse för bedömningen om skadestånd på grund av klandervärt beteende i samband med avtalsförhandlingar. Adlercreutz har i denna del med hänvisning till NJA 1978 s. 147 uttalat att culpa in contrahendo är en förutsättning för att ett letter of intent skall leda till skadeståndsansvar.<sup>70</sup>

I NJA 1990 s. 745 utfärdade SRM ett brev där man informerade Bertil L om att bolaget hade slutit ett samarbetsavtal med ägaren till licensrättigheterna till vakuumpumpen. I brevet angavs också att Bertil L, enligt samarbetsavtalet, gavs rätt att ingå avtal om försäljningsrätt till pumpen. När sådant avtal senare inte kom till stånd mellan Bertil L och SRM anförde Bertil L att brevet utgjorde en uttrycklig avsiktsförklaring med innebörd att SRM hade för avsikt att ingå avtal med Bertil L och genom att frångå denna avsiktsförklaring hade bolaget gjort sig skadeståndsskyldigt. HD uttalade i denna del att brevet inte kunde uppfattas som en avsiktsförklaring men att för bedömningen av culpa in contrahendo så hade ”*det ifrågavarande brevetts karaktär ingen avgörande betydelse*”. Kleineman menar att rättsfallet klargör att det sätt man karakteriserar handlingar som utbyts mellan parterna inte har någon avgörande betydelse och att skadeståndsansvaret för en avsiktsförklaring endast är att betrakta som ett specialfall av culpa in contrahendo.<sup>71</sup>

Med hänsyn till NJA 1990 s. 745 samt tydliga uttalanden i doktrinen får det enligt min mening anses klarlagt att ett letter of intent varken självständigt kan leda till skadeståndsansvar eller är en nödvändig förutsättning för skadeståndsansvar för culpa in contrahendo. Därmed är dock inte sagt att ett letter of intent inte kan ha någon påverkan på lojalitetsplikten.

Vid en jämförelse med utländsk rätt kan konstateras att ett letter of intent enligt fransk rätt anses förstärka lojalitetsplikten mellan parterna.<sup>72</sup> Enligt tysk rätt gäller att enbart det faktum att en part avbryter förhandlingarna generellt inte leder till skadeståndsansvar.<sup>73</sup> Däremot kan falska eller felaktiga uppgifter i ett letter of intent leda till skadeståndsansvar om de medför att motparten ådrar sig kostnader. Ett exempel på ett sådant fall är felaktiga uppgifter om sannolikheten att avtal kommer till stånd.

Enligt min mening bör ett liknande synsätt som enligt fransk och tysk rätt kunna anföras även i svensk rätt. Ett letter of intent bör därmed kunna förstärka en redan uppkommen

---

<sup>70</sup> Se Adlercreutz (1987) s. 502.

<sup>71</sup> Se Kleineman (1991/92) s. 136 f.

<sup>72</sup> Se Lake (1994) s. 200.

<sup>73</sup> Se här och i det följande Lake (1994) s. 205.

lojalitetsplikt.<sup>74</sup> En överträdelse av ett letter of intent kan dock inte självständigt vara tillräckligt för skadeståndsansvar utan utgör endast en av många faktorer som bedöms när en domstol tar ställning till huruvida en förhandlingspart kan göras skadeståndsskyldig. Även direkt felaktiga uppgifter i ett letter of intent bör kunna anföras som grund för skadeståndsskyldighet i den mån de lett till att motparten åsamkats onödiga kostnader.

### 3.2 Avtalsrättsliga formföreskrifter och lojalitetsplikten

Ovan har föreslagits en regel för när lojalitetsplikten skall anses uppkomma i en avtalsförhandling och det har konstaterats att ett letter of intent på sin höjd kan anses ha en förstärkande effekt på lojalitetsplikten. I det följande skall utredas i vad mån lojalitetsplikten påverkas av att förhandlingarna rör ett avtal som kräver vissa formföreskrifter. Här tas utgångspunkt i kraven för fastighetsavtalet i 4 kap. 1 § JB. Analysen torde dock ha bäring även på andra formalavtal.<sup>75</sup>

I NJA 1973 s. 175 pågick förhandlingar mellan byggnadsingenjören H och läkaren K angående köp av en tomt med tillhörande enfamiljsvilla. Eftersom K avsåg använda bottenvåningen som läkarpraktik vidtog H, på K:s önskemål, omfattande ändringsarbeten för att anpassa villan för K:s ändamål. Parterna antog att avtal skulle komma till stånd och de reglerade därför inte frågan om kostnaderna för ändringsarbetena. I slutändan avbröt dock K förhandlingarna med motiveringen att priset blivit för högt. H, som åsamkats betydande merkostnader, yrkade skadestånd av K med anledning av bl.a. att K genom vårdslöshet vilselett honom att ådra sig kostnader (övriga grunder bortses ifrån här). Samtliga instanser nekade ersättning på denna grund. HD, vars motivering är mycket kortfattad, synes ha fäst vikt vid att formföreskrifterna för fastighetsköp inte skall kunna kringgå då man uttalade att K *”har ej kunnat ådraga sig någon förpliktelse enbart genom löfte om köp av fastigheten”*.

NJA 1973 s. 175 har i doktrinen tagits till intäkt för att något skadestånd vid culpa in contrahendo ej kan utgå vid fastighetsköp.<sup>76</sup> Av intresse är att HD i NJA 1974 s. 526 kom fram till att förekomsten av ett handpenningavtal skall tolkas som en uppgörelse om rätt till skadestånd i det fall att köparen drar sig ur affären även om det saknas en förverkandeklausul.

---

<sup>74</sup> Denna åsikt synes ha visst stöd i doktrinen. Se Adlercreutz (2002) s. 115 samt Adlercreutz (1987) s. 495 ff. Se även Munukka (2007) s. 422 f som synes mena att förekomsten av ett letter of intent kan utvidga lojalitetsplikten innebärande att parterna på allvar blir skyldiga att beakta varandras anbud.

<sup>75</sup> Se Kleineman (1993/94) s. 457 f där Kleineman hävdar att liknande problematik gör sig gällande vid t.ex. avtalad skriftform.

<sup>76</sup> Se t.ex. Grauers (2007) s. 69 f och Munukka (2007) s. 429. Jfr dock Kleineman (1993/94) s. 442 ff. som menar att rättsfallet inte kan åberopas som stöd för att skadestånd inte kan utgå vid culpa in contrahendo vid förhandlingar om fastighetsköp. Kleineman uttalar på s. 443 att bl.a. kärandens sätt att utforma sin talan bidragit till att *”något besked egentligen inte kan ha givits om HD verkligen avsåg att ta ställning till om ansvar för culpa in contrahendo kunde göras gällande”*.

I ett senare rättsfall, RH 1996:154, pågick förhandlingar mellan Norrmejerier och NCC angående köp av en fastighet. Förhandlingarna hade pågått under längre tid men avbröts då NCC:s representant inte hade behörighet att ingå avtal och NCC:s styrelse inte godkände affären. På grund av prisras på bostadsmarknaden förlorade den aktuella fastigheten i värde och Norrmejerier yrkade skadestånd av NCC på grund av oaktsamt genomförda förhandlingar av NCC:s representant. I en mycket utförlig motivering kommer hovrätten slutligen fram till att formföreskrifterna för fastighetsköp inte hindrar skadeståndsskyldighet. Eftersom NCC:s representant inte kunde tillskrivas någon vårdslöshet utgick dock inget skadestånd.

Med hänsyn till avgörandena ovan får det anses oklart huruvida lojalitetsplikten och därmed också skadeståndsbedömningen påverkas av förekomsten av formföreskrifter.<sup>77</sup> Vid en komparativ utblick kan konstateras att liknande farhågor rörande möjligheterna att kringgå formföreskrifterna för fastighetsköp framställts i tysk doktrin.<sup>78</sup> Fransk rätt å andra sidan gör ingen skillnad på prekontraktuellt ansvar vid fastighetsköp och skadeståndsansvaret vid andra typer av avtal.<sup>79</sup> Detta torde enligt min mening delvis kunna förklaras med att fransk rätt inte uppställer några formkrav för fastighetsköp. Engelsk rätt har dock intagit en strikt syn vad gäller skadeståndsansvaret vid fastighetsköp och erkänner inget sådant ansvar vid avbrutna förhandlingar.<sup>80</sup> Det kan misstänkas att det även här är rädslan för att underminera formkraven för fastighetsköpet som ligger bakom detta ställningstagande i engelsk rätt.

Enligt min mening föreligger inga övertygande argument för att särbehandla det prekontraktuella ansvaret vid fastighetsavtal eller andra formalavtal. Motiven bakom en sådan regel torde vara risken för att formföreskrifterna i 4 kap. 1 § JB kringgås och att avtalsbundenhet uppkommer indirekt genom skadeståndsansvaret.<sup>81</sup> Ett av de bärande skälen bakom 4 kap. 1 § JB är i sin tur att formföreskrifter anses förebygga förhastade beslut att sälja fastigheter.<sup>82</sup> Ur rättsekonomisk synvinkel är det dock svårt att se någon anledning till att särbehandla lojalitetsplikten vid fastighetsköp. Även vid formalavtal torde det vara ekonomiskt effektivt att parterna åläggs en viss lojalitetsplikt när förhandlingarna har pågått en viss tid. Motiven bakom 4 kap. 1 § JB torde snarare vara grundade på rättspolitiska överväganden om att fast egendom är ett viktigt förmögenhetsobjekt och att förhastade försäljningar därmed bör förhindras. Det kan dock ifrågasättas om detta argument verkligen

---

<sup>77</sup> Jfr Holm (2004) s. 97 som anför att rättsläget i Sverige synes vara förhållandevis osäkert. Jfr även Cartwright (2008) s. 330 för en diskussion om det svenska rättsläget.

<sup>78</sup> Se Cartwright (2008) s. 318 f.

<sup>79</sup> Se här och i det följande Cartwright (2008) s. 316 f samt s. 333 ff.

<sup>80</sup> Se Cartwright (2008) s. 313 f samt s. 334 f.

<sup>81</sup> Se hovrättens motivering i RH 1996:154.

<sup>82</sup> Se prop. 1970:20 del B s. 122 ff. där det bl.a. anges att ett ofta framfört argument är att formkravet anses få till effekt att en fastighetsöverlåtelse sker först efter moget övervägande.



har bäring på kommersiella transaktioner.<sup>83</sup> Dessutom förefaller det något långsökt att formkravet skulle kunna kringgås eftersom det inte handlar om att tillerkänna en skadelidande ersättning till det positiva kontraktsintresset. Det kan således inte bli frågan om någon indirekt bundenhet.

Skälen för att tillerkänna en rätt till skadestånd även i samband med avtalsförhandlingar rörande formalavtal torde vara desto större. Jag ansluter mig här till Kleinemans åsikt som synes gå ut på att en skadeståndsrätt är nödvändig för att undvika stötande effekter och förhindra att det uppstår en situation av skadeståndsrättslig immunitet.<sup>84</sup> Man kan ifrågasätta skälen till att göra skillnad på förekomsten av ett handpenningavtal utan förverkandeklausul och den situation som var för handen i NJA 1973 s. 175. Att parterna har ingått ett handpenningavtal gör inte den skadelidande mer skyddsvärd. Det får anses otillfredsställande att rätten till skadestånd bestäms utifrån en närmast slumpartad omständighet som huruvida det föreligger ett handpenningavtal. Det är förekomsten av ett skadevällande beteende som utgör grunden för ansvaret, inte handpenningavtalet. Formkravet bör således inte användas för att ge indirekt skydd åt klandervårt beteende i avtalsförhandlingar rörande fastighetsköp utan likt fransk rätt bör dessa situationer behandlas enligt de sedvanliga reglerna för prekontraktuellt ansvar.

---

<sup>83</sup> Se här och i det följande RH 1996:154 där hovrätten bl.a. anger att formkravet är befogat vid affärer mellan privatpersoner men inte i affärer mellan kommersiella parter.

<sup>84</sup> Se här och i det följande Kleineman (1993/94) s. 440 samt s. 453 ff.

## 4 Lojalitetspliktens innebörd

Efter att ha formulerat en generell regel om lojalitetspliktens inträde i avtalsförhandlingarna blir nästa steg att utreda *mer konkret vad* lojalitetsplikten kan sägas innebära. På ett övergripande plan kan lojalitetsplikten beskrivas som en allmän rättsgrundsats med innebörden att en part inte ensidigt kan hävda sina intressen till förfång för motparten.<sup>85</sup> Den prekontraktuella lojalitetsplikten har av Holm framställts som ”*en rad aktivitets- eller omsorgsförpliktelser, vilka skall jämna vägen fram till ett visst mål.*”<sup>86</sup> Förpliktelseernas innebörd kan omfatta olika skyldigheter och dessa är i viss mån beroende av omständigheterna i det enskilda fallet, såsom t.ex. branschpraxis och partsbruk.<sup>87</sup> Viktigt att påpeka är dock att de olika förpliktelseerna inte inträder förrän en lojalitetsplikt, enligt ovan formulerade regel, har uppkommit mellan parterna.<sup>88</sup>

I den följande framställningen (avsnitt 4.1–4.5) skall de olika förpliktelser som kan tänkas följa av lojalitetsplikten närmare utredas och analyseras. Det skall dock påpekas att av den prekontraktuella lojalitetspliktens natur följer att någon exakt definition av dess innehåll, eller någon skarp skiljelinje mellan de olika förpliktelseerna, inte alltid kan göras.<sup>89</sup> Nedan följer dock ett försök till att strukturera och analysera de olika förpliktelser som kan sägas begränsa parternas handlingsfrihet efter lojalitetspliktens inträde.

### 4.1 Grundläggande skyldighet: om kravet på intention att ingå avtal

Som utgångspunkt följer av lojalitetsplikten ett krav på att det skall föreligga en intention att ingå avtal.<sup>90</sup> När en förhandling har fortskridit viss tid bör parterna kunna förlita sig på att motparten inte skapar ogrundade förväntningar om att avtal kan komma att ingås. Detta krav på intention att ingå avtal utgör ett minimikrav av vad lojalitetsplikten kan sägas innebära.

En med kravet på intention sammanhängande fråga rör konkurrerande förhandlingar. Under det inledande förhandlingsstadiet är det vanligt att parter bedriver flera parallella förhandlingar för att sondera marknaden.<sup>91</sup> Frågan är om uppkomsten av lojalitetsplikten

<sup>85</sup> Se Nicander (1995/96) s. 31 samt Taxell (1997) s. 65 ff.

<sup>86</sup> Se Holm (2004) s. 87.

<sup>87</sup> Jfr Nicander (1995/96) s. 32 samt Björkdahl (2007) s. 309 vars uppfattningar huvudsakligen torde överensstämma med denna beskrivning av förpliktelseernas innebörd.

<sup>88</sup> Se Björkdahl (2007) s. 309.

<sup>89</sup> Jfr Munukka (2007) s. 431 som menar att den prekontraktuella lojalitetsplikten är vagare till sin utformning än den kontraktuella lojalitetsplikten och lämnar större utrymme för spekulation och opportunism.

<sup>90</sup> Se här och i det följande Björkdahl (2007) s. 296 f.

<sup>91</sup> Utgångspunkten är att detta är fullt tillåtet. Se Björkdahl (2007) s. 337.

förändrar rättsläget så att konkurrerande förhandlingar som utgångspunkt inte längre anses tillåtna. Här förefaller åsikterna variera något i doktrinen.<sup>92</sup>

Enligt min mening torde rättsekonomiska överväganden tala för att någon skyldighet att inte bedriva konkurrerande förhandlingar inte föreligger. Tanken om den fria marknaden förhindrar en sådan inskränkning av parternas handlingsfrihet. Möjligheten att förhandla fritt får anses vara en grundläggande beståndsdel i marknadsekonomin.<sup>93</sup> I ett tillstånd utan transaktionskostnader är det även svårt att se att parter frivilligt hade avtalat om att som huvudregel iaktta exklusivitet i förhandlingarna.

Vid en komparativ jämförelse kan också konstateras att övervägande stöd finns för att parallella förhandlingar som utgångspunkt är tillåtna. Enligt engelsk, fransk och tysk rätt gäller som stark huvudregel att konkurrerande förhandlingar är tillåtna så länge parterna inte har kommit överens om något annat.<sup>94</sup> Dock förefaller sådant agerande kunna antyda att part saknar intention att ingå avtal vilket kan leda till skadeståndsansvar.<sup>95</sup>

Övervägande skäl talar således enligt min mening för att det inte föreligger någon skyldighet att iaktta någon förhandlingsexklusivitet trots att det uppkommit en lojalitetsplikt mellan parterna. Likt vad som gäller i ovan angiven utländsk rätt bör dock konkurrerande förhandlingar kunna antyda en bristande intention att ingå avtal, vilket strider mot lojalitetsplikten. Även om åsikterna till viss del går isär i doktrinen torde majoriteten ändå anse att konkurrerande förhandlingar är tillåtna.<sup>96</sup> Det står dock självklart parterna fritt att genom avtal föreskriva exklusivitet och att parallella förhandlingar inte är tillåtna.

## 4.2 Upplivnings- och klargörandeplikten

I ett optimalt avtal har båda parter fullständig information om alla relevanta omständigheter.<sup>97</sup>

I verkligheten föreligger dock oftast en kunskapsasymmetri. Trots detta är utgångspunkten i alla avtalsförhandlingar att parterna själva ansvarar för att de innehar tillräcklig kunskap för att kunna göra korrekta affärsmässiga bedömningar.<sup>98</sup> Detta måste självklart vara huvudregeln även när lojalitetsplikten har inträtt. I doktrinen synes dock den rådande uppfattningen vara att

---

<sup>92</sup> Se Nicander (1995/96) s. 47 som menar att någon skyldighet att inte bedriva konkurrerande förhandlingar inte föreligger. Jfr dock Adlercreutz (1987) s. 498 som synes mena att förekomsten av ett letter of intent förhindrar att parterna bedriver konkurrerande förhandlingar oavsett om detta uttryckligen reglerats i överenskommelsen.

<sup>93</sup> Jfr Simonsen (1997) s. 222 för diskussion om de ekonomiska argumenten bakom att tillåta konkurrerande förhandlingar under det prekontraktuella stadiet.

<sup>94</sup> Se Cartwright (2008) s. 119 ff.

<sup>95</sup> Se Cartwright (2008) s. 121 ff.

<sup>96</sup> Se t.ex. Björkdahl (2007) s. 340 samt Nicander (1995/96) s. 47.

<sup>97</sup> Se Hultmark (1991/92) s. 701.

<sup>98</sup> Se Björkdahl (2007) s. 317.

det föreligger någon form av upplysnings- och klagörandeplikt<sup>99</sup> under det prekontraktuella stadiet.<sup>100</sup> En prekontraktuell upplysningsplikt får även sägas ha visst lagstöd i 4 § 2 st. samt 6 § 2 st. AvtL som föreskriver avtalsverkan vid underlåten reklamation mot en sen eller oren accept om mottagaren inser att avsändaren utgår från att accepten kommit fram i tid alternativt att accepten är ren.<sup>101</sup> Frågan är då vad upplysningsplikten kan sägas innebära mer konkret.

#### 4.2.1 Upplysningspliktens innebörd

Det torde inte föreligga någon allmän skyldighet att upplysa motparten om hur denne skall agera för att göra en förmånlig affär. Upplysningsplikten kräver således inte att part informerar motparten om sådana omständigheter som att en konkurrent har billigare priser, mer förmånliga villkor, mer ändamålsenliga produkter m.m.<sup>102</sup> En sådan regel skulle naturligtvis vara föga ändamålsenlig i det moderna affärlivet.

Upplysningsplikten torde endast gälla för mer kvalificerade förhållanden. Ramberg har i detta avseende identifierat fem omständigheter som måste vara uppfyllda för att upplysningsplikt skall föreligga under det prekontraktuella stadiet.<sup>103</sup> För upplysningsplikt krävs 1) faktisk kännedom om en omständighet, 2) att motparten saknar kännedom om denna omständighet, 3) att part har vetskap om att motparten saknar sådan kännedom, 4) att part har insikt om omständighetens betydelse för motparten samt 5) att motparten typiskt sett kan förvänta sig att bli upplyst om förhållandet.

De förhållanden som en part typiskt sett kan förvänta sig att bli upplyst om torde vara begränsade. Det rör sig framförallt om omständigheter rörande motpartens egen prestation eller verksamhetsområde.<sup>104</sup> Således föreligger en upplysningsplikt om en part önskar skjuta fram förhandlingarna eller om det inte längre föreligger förutsättningar att ingå avtal.<sup>105</sup> Det samma gäller för förhållanden som en part har särskild inblick i.<sup>106</sup> Upplysningsplikten omfattar dock inte sådan information som motparten inte har tillgång till på grund av bristande ansträngningar eller information som endast är svår att få tag på. Jämförelse kan här göras med tysk rätt där parter i en förhandling anses ha en skyldighet att upplysa om

---

<sup>99</sup> En klagörandeplikt aktualiseras då en part lämnar uppgifter som visserligen är korrekta men som ger en missvisande bild över de rätta förhållandena. Se Hultmark (1993) s. 20 som benämner detta för korrigeringsplikt.

<sup>100</sup> Se Herre (2005) s. 643, Nicander (1995/96) s. 46 samt Holm (2004) s. 88. Jfr även Simonsen (1997) s. 192 ff.

<sup>101</sup> Se Ramberg (2010) s. 114 f, Holm (2004) s. 88 samt Nicander (1995/96) s. 47. Liknande bestämmelser återfinns i tysk rätt, se t.ex. 149 § BGB.

<sup>102</sup> Se Munukka (2007) s. 431 f.

<sup>103</sup> Se här och i det följande Hultmark (numera Ramberg) (1993) s. 19 samt s. 78 ff. Jfr även 17 § 2 st. 2 p. KöpL.

<sup>104</sup> Se Björkdahl (2007) s. 318.

<sup>105</sup> Se Björkdahl (2007) s. 297. Jfr även Grönfors (1995) s. 62 f som gör ett uttalande om upplysningsplikten.

<sup>106</sup> Se här och i det följande Björkdahl (2007) s. 318.

omständigheter av stor betydelse och som kan påverka huruvida avtal kommer till stånd.<sup>107</sup> Detta torde huvudsakligen överensstämma med vad som gäller enligt svensk rätt.<sup>108</sup> Björkdahl har i detta sammanhang vidare anfört att det kan sägas finnas en upplysningsplikt rörande omständigheter av betydelse för bedömningen av huruvida motpartens särskilda ändamål med förhandlingarna kan uppfyllas, om dessa omständigheter är svårupptäckta eller oväntade till sin art.<sup>109</sup>

Praxis visar att HD har varit obenägen att ålägga en part en långtgående upplysningsplikt. I NJA 1978 s. 147 hade fastighetsägaren i ett tidigt skede av förhandlingarna vidtagit kostsamma förändringsarbeten av en lokal för att anpassa den till ett livsmedelsföretags önskemål inför en framtida upplåtelse av lokalen. I NJA 1990 s. 745 hade Bertil L ådragit sig betydande kostnader för förberedelser av marknadsföringen av vakuumpumpen. I båda fallen påpekar HD att avtalet var beroende av flera osäkra faktorer och att de nedlagda kostnaderna därmed innebar ett risktagande. I NJA 1978 s. 147 uttalade HD särskilt att livsmedelsföretaget ”*i ett affärsförhållande av detta slag haft fog att förutsätta, att motparten själv skulle kunna tillvarata sina intressen ...*”.

#### 4.2.2 Gränserna för upplysningspliktens räckvidd

För att fastställa gränserna för upplysningspliktens räckvidd kan ett huvudsakligen rätts-ekonomiskt perspektiv anläggas. En långtgående upplysningsplikt kan sägas vara önskvärt ur ekonomisk synvinkel eftersom det anses minska transaktionskostnaderna.<sup>110</sup> Parterna behöver då inte lägga ner lika stora kostnader på att införskaffa information inför en förhandling. Samhällsekonomiskt är det ändamålsenligt med en snabb kunskaps- och informations-spridning och en långtgående upplysningsplikt kan antas bidra till sådana effekter. Å andra sidan är det ekonomiskt önskvärt att parter försöker öka sin kunskap inom det område som de gör affärer inom. Denna kunskap är dock oftast kostsam att införskaffa. En vedertagen negativ effekt av en långtgående upplysningsplikt anses därför enligt rättsekonomisk teori vara att parter ges incitament att inte investera i kunskap.<sup>111</sup>

Det får anses vara naturligt att det blir mindre attraktivt att investera i kunskap om man riskerar att behöva dela denna med motparten under hot om skadeståndsansvar. Ur rätts-ekonomisk synvinkel torde således enligt min mening övervägande skäl tala för en restriktiv upplysningsplikt. Upplysningsplikten begränsas också naturligt av den undersökningsplikt

---

<sup>107</sup> Se Lake (1994) s. 204.

<sup>108</sup> Jfr Björkdahl (2007) s. 320 för en sammanfattning av hur Björkdahl uppfattar gällande rättsläge.

<sup>109</sup> Se Björkdahl (2007) s. 320. Björkdahls uppfattning får även sägas ha visst stöd i 17 § 2 st. 2 p. KöpL.

<sup>110</sup> Se här och i det följande Hultmark (1993) s. 10 ff.

<sup>111</sup> Se Shavell (2004) s. 331 ff.

som anses åvila parterna.<sup>112</sup> Typiskt sett är upplysningsplikten svagare rörande sådan information som är allmänt tillgänglig.<sup>113</sup> I allmänhet får en part som inte ansträngt sig för att få tillgång till sådan information skylla sig själv.

Praxis på området bekräftar även att upplysningsplikten skall ges en restriktiv innebörd och får därmed anses ligga i linje med de presenterade rättsekonomiska slutsatserna och principerna för parternas undersökningsplikt. NJA 1978 s. 147 samt NJA 1990 s. 745 torde visa att någon upplysningsplikt angående ekonomiskt risktagande som huvudregel inte föreligger.<sup>114</sup> En motsatt regel skulle innebära att part kan överflytta affärsrisken med avtalet på motparten vilket inte kan anses som ändamålsenligt. Stöd för att det inte föreligger upplysningsplikt angående ekonomiskt risktagande kan även hämtas från engelsk rätt där en förhandlingspart inte anses ha någon skyldighet att informera om sådant risktagande.<sup>115</sup> Detta gäller även vid misstanke om att slutligt avtal inte kommer att nås.

Björkdahl har uttalat att en upplysningsplikt angående ekonomiskt risktagande i undantagsfall kan föreligga om motparten ådrar sig kostnader som är helt onödiga för förhandlingarna.<sup>116</sup> En förutsättning är dock enligt Björkdahl att motparten intar en underlägsen ställning, har ansträngt ekonomi eller saknar insikt om de relevanta förhållandena. Problemet med ett sådant resonemang är enligt min mening att parterna vid kommersiella förhandlingar oftast är jämställda företag, dock med olika kärnkompetens. Man skulle i och för sig kunna tänka sig att en part till följd av motpartens kärnkompetens förväntar sig att bli upplyst om förhandlingarna relevanta omständigheter gällande ekonomiskt risktagande. Enligt min mening torde dock en upplysningsplikt endast kunna aktualiseras i undantagsfall, t.ex. om motparten begår stora misstag eller liknande. Någon mer allmän upplysningsplikt angående ekonomiskt risktagande hänförligt till parts kärnkompetens borde inte föreligga. Av marknadsekonomiska överväganden följer att företag måste kunna använda kärnkompetensen som ett konkurrensmedel och upplysningsplikten får inte medföra att affärsrisken med avtalet riskerar att överflyttas.

#### **4.2.3 Särskilt om upplysningsplikt om parts egna ekonomiska förhållanden**

En i doktrinen diskuterad problematik, som hänger ihop med den ovan berörda frågan om ekonomiskt risktagande, rör upplysningsplikt gällande de egna ekonomiska förutsättningarna

<sup>112</sup> Se Nicander (1995/96) s. 46 samt Hultmark (1993) s. 18.

<sup>113</sup> Se Hultmark (1993) s. 14.

<sup>114</sup> Se Björkdahl (2007) s. 323 ff. som menar att NJA 1990 s. 745 samt NJA 1978 s. 147 visar att det inte föreligger någon upplysningsplikt då motparten drar på sig överdrivna eller tidiga kostnader i en förhandling.

<sup>115</sup> Dock kan ansvar inträda om en förhandlingspart gjort falska uttalanden om sin intention att ingå avtal. Se Cartwright (2008) s. 234 f.

<sup>116</sup> Se här och i det följande Björkdahl (2007) s. 325 f.

att genomföra avtalet.<sup>117</sup> Björkdahl menar att det inte föreligger någon skyldighet att upplysa om de egna ekonomiska förutsättningarna för att ingå avtal förutom i fall då ett förtigande skulle utgöra brottsligt vilseledande.<sup>118</sup> Inte heller rörande ekonomiska förutsättningar hänförliga till yttre förhållanden föreligger någon sådan upplysningsplikt enligt huvudregeln.

Enligt min mening torde Björkdahls ståndpunkt kunna motiveras även utifrån parternas egen undersökningsplikt. Till följd av förekomsten av offentliga register hos bl.a. Bolagsverket kan en part ta del av viss finansiell information om motparten. Att informationen är allmänt tillgänglig torde därför utesluta upplysningsplikt i många fall. Som konsekvens av detta resonemang skulle det motsatsvis kunna hävdas att en upplysningsplikt föreligger angående information om ekonomiska förhållanden som inte är allmänt tillgängliga.<sup>119</sup> Ur ett rättsekonomiskt perspektiv torde dock en sådan ordning som huvudregel inte vara ändamålsenlig. Detta eftersom i grunden ”friska” bolag då skulle riskera att gå miste om en affär på grund av tillfälliga ekonomiska problem.<sup>120</sup> En viss upplysningsplikt rörande icke offentlig information kan dock vara motiverat. Enligt min mening borde en upplysningsplikt kunna omfatta en i framtiden nära förestående konkurs då det inte är ekonomiskt försvarbart att låta motparten ådra sig kostnader trots en stark misstanke om konkurs.<sup>121</sup> Möjligen skulle man även kunna tänka sig en upplysningsplikt om finansieringen av ett projekt riskerar att innebära allvarliga problem för en av parterna.<sup>122</sup> Att en part underlåter att upplysa om sådana omständigheter torde i vart fall kunna antyda att parten saknar intention att ingå avtal.

En upplysningsplikt rörande yttre ekonomiska förhållanden torde som regel vara uteslutet då det skulle möjliggöra att överflytta den ekonomiska risken på motparten.<sup>123</sup> Det skall fortfarande vara tillåtet att utnyttja sin egna överlägsna affärsskicklighet. Vanligen är det även omöjligt att ha säker kunskap om yttre ekonomiska förhållanden varför en upplysningsplikt även av det skälet inte aktualiseras.<sup>124</sup> I undantagsfall, då part har kännedom om icke offentlig information avseende mer konkreta omständigheter, torde dock en upplysningsplikt kunna aktualiseras.

---

<sup>117</sup> För diskussion om denna fråga se t.ex. Björkdahl (2007) s. 327 ff., Munukka (2007) s. 428, Karlgren (1954) s. 106 samt Simonsen (1997) s. 201 ff.

<sup>118</sup> Se här och i det följande Björkdahl (2007) s. 329. Björkdahl menar att detta kan utläsas av NJA 1960 s. 529 samt NJA 2002 s. 17.

<sup>119</sup> Jfr Hultmark (1993) s. 13 ff. som diskuterar upplysningsplikt rörande icke offentlig information.

<sup>120</sup> Se Björkdahl (2007) s. 328 f.

<sup>121</sup> Jfr Karlgren (1954) s. 106. Jfr även Munukka (2007) s. 428 där Munukka uttalar att modern doktrin är mer välvilligt inställd till en upplysningsplikt rörande de egna ekonomiska förhållandena. Av intresse är att en franchisetagare brukar genom avtal föreskrivas en löpande rapporteringsskyldighet angående ekonomin. Möjligen kan man i vissa situationer tänka sig en liknande skyldighet även på det prekontraktuella stadiet.

<sup>122</sup> Jfr Simonsen (1997) s. 202 som synes förespråka en liknande upplysningsplikt.

<sup>123</sup> Se här och i det följande Björkdahl (2007) s. 329 f samt Simonsen (1997) s. 200.

<sup>124</sup> Se Hultmark (1993) s. 22.

### 4.3 Skyldigheten att inte vilseleda

En med upplysningsplikten nära sammanhängande fråga rör parts ansvar för vilseledande uppgifter.<sup>125</sup> Vid en översikt av doktrinen synes den rådande uppfattningen vara att det föreligger någon form av skyldighet att inte vilseleda sin motpart under förhandlingarna.<sup>126</sup> Även enligt art. 2.1.15 UNIDROIT principles anses ett exempel på förhandlingar i ”bad faith” vara att en part lämnar oriktiga uppgifter.<sup>127</sup> Björkdahl har i detta hänseende anfört att det anses vara en självklarhet att den som lämnar uppgifter om sin prestation också ansvarar för att uppgifterna är korrekta.<sup>128</sup>

Inte alla lämnade uppgifter i en förhandling kan emellertid leda till ett uppgiftsansvar. Uppgifterna måste vara av viss konkretion och ha påverkat motparten.<sup>129</sup> Det råder viss konsensus inom doktrinen om att part endast ansvarar för sådana uppgifter som det är befogat för motparten att fästa tillit till.<sup>130</sup> Därutöver har det anförts att part även ansvarar för sådana uppgifter, som det visserligen inte är befogat för motparten att fästa tillit till, men som part vet är felaktiga. Därutöver krävs att part haft insikt om att de felaktiga uppgifterna har påverkat motparten. Då ligger den vilseledande parten närmast till hands att bära kostnaderna. Regeln om ett uppgiftsansvar har även stöd i praxis. I NJA 1963 s. 105 uttalade HD att G:s telegram, som uppmanade E att avveckla sin rörelse i Venezuela och inställa sig i Colombia, var ägnat att vilseleda. Med hänsyn till G:s position i det colombianska bolaget hade det varit befogat för E att fästa tillit till telegrammet.

Ur rättsekonomisk synvinkel torde ett visst ansvar för vilseledande uppgifter inte vara kontroversiellt. Det är troligt att parter i ett tillstånd utan transaktionskostnader hade valt att avtala om att det skall föreligga ett visst uppgiftsansvar. Det förefaller även naturligt att parterna hade valt att avtala om att inte vilseleda varandra. Att gränsen för ansvaret dras vid uppgifter som det är befogat för motparten att fästa tillit till framstår även som ändamålsenligt då det inte är ekonomiskt effektivt att skydda obefogade förväntningar. Givetvis kan uppgiftsansvaret inte dras för långt. Det måste fortfarande vara tillåtet att, inom ramen för förhandlingsspelet, undanhålla information eller i viss mån uppge rent felaktiga uppgifter i syfte att få motparten att lämna ett mer fördelaktigt bud.<sup>131</sup> Även om det kan vara befogat för

---

<sup>125</sup> Ansvaret för oriktiga uppgifter kan i viss mån ses som en del av upplysningsplikten. I doktrinen har det dock i vissa fall ansetts ändamålsenligt att behandla dessa separat. Jfr i detta avseende t.ex. Hellner (2010) s. 71.

<sup>126</sup> Se t.ex. Björkdahl (2007) s. 310 ff. samt Lehrberg (2006) s. 144 f.

<sup>127</sup> Se UNIDROIT principles (1994) s. 50.

<sup>128</sup> Se Björkdahl (2007) s. 310.

<sup>129</sup> Se Björkdahl (2007) s. 311.

<sup>130</sup> Se Kleineman (1987) s. 430 ff. Se även här och i det följande Björkdahl (2007) s. 312 f.

<sup>131</sup> Se Björkdahl (2007) s. 315 som kallar sådant beteende för taktiska manövrer.



motparten att fästa tillit till sådana uppgifter kan dylikt vilseledande ändå inte leda till ansvar. Denna ståndpunkt torde enligt min mening även ligga i linje med etablerad praxis inom näringslivet.

#### 4.4 Tystnadsplikten

Under förhandlingar lämnar parterna ofta ut känslig information. Detta kan vara nödvändigt för att motparten skall kunna utforma ett anbud eller förbereda avtalets verkställighet. Normalt ingår parterna ett sekretessavtal där de åtar sig att inte använda eller sprida vidare den information de tagit del av. Vid en genomgång av doktrinen synes det dock finnas stöd för att en viss tystnadsplikt, som ett utflöde av lojalitetsplikten, kan föreligga även utan uttryckligt avtal.<sup>132</sup> Här skall denna tystnadsplikt utredas närmare.

En prekontraktuell tystnadsplikt utan grund i avtal kan sägas ha lagstöd genom 6 § FHL. Bestämmelsen ålägger skadeståndsskyldighet för röjande av vissa uppgifter som part tagit del av i samband med en affärsförbindelse och gäller även i de fall då avtal inte har kommit till stånd.<sup>133</sup> För att regeln skall bli tillämplig krävs dock att vissa relativt snäva rekvisit skall vara uppfyllda, bl.a. måste den röjda informationen utgöra en affärshemlighet enligt 1 § FHL.

Även i de fall rekvisiten i FHL inte uppfylls är parterna skyldiga att iaktta en viss tystnadsplikt.<sup>134</sup> Stöd för detta finns i art. 2.1.16 UNIDROIT principles samt art. 2:302 PECL. Som huvudregel upphör lojalitetsplikten när förhandlingarna avbryts.<sup>135</sup> Vad gäller tystnadsplikten kan denna förpliktelse dock tänkas bestå även en tid efter förhandlingarna.

Enligt min mening kan en tystnadsplikt utan stöd i avtal motiveras utifrån en rad argument. Till en början får tystnadsplikten ses som ett nödvändigt utflöde av den upplysningsplikt som anses följa med lojalitetsplikten. Om parterna i en förhandling är skyldiga att upplysa motparten om vissa omständigheter är det också naturligt att motparten är skyldig att hemlighålla denna information. På så vis uppnås balans i parternas skyldigheter. Ett annat argument som framförts i doktrinen är att part som lämnar känslig information i en förhandling hamnar i ett beroendeförhållande till motparten och därför är skyddsvärd.<sup>136</sup> Björkdahl anför som det starkaste argumentet för en tystnadsplikt att det inte är accepterat att utan ersättning utnyttja annans arbete.<sup>137</sup> Även om detta argument är tilltalande bör man dock även

---

<sup>132</sup> Se Nicander (1995/96) s. 46 f, Ramberg (2010) s. 39 samt Björkdahl (2007) s. 341 ff. Jfr även Holm (2004) s. 101 f och Simonsen (1997) s. 187 ff.

<sup>133</sup> Se prop. 1987/88:155 s. 42.

<sup>134</sup> Se Nicander (1995/96) s. 46 f samt Björkdahl (2007) s. 341 ff.

<sup>135</sup> Jfr här och i det följande Nicander (1995/96) s. 48 f som diskuterar förekomsten av en postkontraktuell lojalitetsplikt.

<sup>136</sup> Se Björkdahl (2007) s. 341 f.

<sup>137</sup> Se Björkdahl (2007) s. 342.

här anlägga ett rättsekonomiskt perspektiv. Som ovan anförts är det visserligen ekonomiskt önskvärt att information sprids snabbt. Utan en tystnadsplikt skulle dock, precis som vid en långtgående upplysningsplikt, incitament skapas för parter att inte investera i kunskap. En sådan utveckling är inte ekonomiskt fördelaktig varför en tystnadsplikt enligt min mening måste gälla även utan stöd i avtal.

En komparativ utblick ger vidare stöd för att en prekontraktuell tystnadsplikt bör kunna erkännas. Som ett utflöde av reglerna om culpa in contrahendo gäller enligt tysk rätt att en part är skyldig att behandla information från motparten som hemlig och inte använda den till skada för motparten.<sup>138</sup> Enligt engelsk rätt gäller en tystnadsplikt enligt doktrinen om ”breach of confidence”.<sup>139</sup> Även fransk rätt erkänner en prekontraktuell tystnadsplikt.<sup>140</sup> De motiv som anförts i utländsk rätt för en prekontraktuell tystnadsplikt torde överensstämma med de skäl som framförts i svensk doktrin, nämligen att det är klandervärt att utnyttja en parts arbete utan ersättning och att förtroendeförhållandet mellan parterna motiverar en viss tystnadsplikt.<sup>141</sup>

Sammantaget torde således övervägande skäl tala för att en viss tystnadsplikt gäller i svensk rätt såsom ett utflöde av lojalitetsplikten. Detta gäller även utan uttryckligt avtal. I den mån FHL är tillämplig torde lagens regler gälla före reglerna om culpa in contrahendo.

## 4.5 Medverkansplikten

Utgångspunkten är att parterna i en förhandling är fria att när som helst dra sig ur. Detta följer av den negativa kontraheringsfriheten.<sup>142</sup> Det finns dock ett starkt stöd i doktrinen för att en viss medverkansplikt föreligger som ett utflöde av lojalitetsplikten.<sup>143</sup> HD har även erkänt en medverkansplikt i NJA 1973 s. 248.<sup>144</sup> Rättsfallet rörde ett köpekontrakt innehållande en låneklausul. Eftersom säljaren avsiktligt hade försummat att medverka till att lånet beviljades fann HD att avtalet ändå skulle anses bindande. Hur långt denna medverkansplikt sträcker sig är dock oklart.

En vägran att medverka till att avtal kommer till stånd kan uppfattas som att parten saknar en intention att ingå avtal, vilket som ovan nämnts, i allmänhet strider mot lojalitetsplikten.<sup>145</sup> Under det s.k. förhandlingsstadiet är det tillåtet för parterna att sondera marknaden och be-

---

<sup>138</sup> Se Cartwright (2008) s. 345 f.

<sup>139</sup> Se Cartwright (2008) s. 339 f samt Simonsen (1997) s. 186.

<sup>140</sup> Det råder dock viss debatt i den franska doktrinen kring huruvida informationen måste vara ny och exklusiv. Se Cartwright (2008) s. 343 f.

<sup>141</sup> Se Cartwright (2008) s. 343 samt s. 345 f.

<sup>142</sup> Se Munukka (2007) s. 424.

<sup>143</sup> Se Munukka (2007) s. 424. Jfr dock Lindskog (2001) s. 79 not 128 som förefaller vara av motsatt åsikt.

<sup>144</sup> Jfr dock NJA 1995 s. 437 som enligt Munukka (2007) s. 424 f möjligen talar emot en medverkansplikt.

<sup>145</sup> Se Björkdahl (2007) s. 334.

driva förhandlingar mer eller mindre seriöst. Från och med lojalitetspliktens inträde krävs emellertid att det föreligger en viss seriositet hos parterna.<sup>146</sup>

I NJA 1978 s. 147 var frågan om medverkansplikt uppe för bedömning. I fallet hävdade fastighetsägaren att livsmedelsföretaget hade dröjt alltför länge med att göra den marknadsundersökning som senare ledde till att de drog sig ur affären. HD uttalade att genom det muntliga projekteringsavtalet som parterna ingått, hade det uppkommit förpliktelser för båda parterna att samarbeta för att få till stånd ett avtal. HD fann emellertid att livsmedelsföretaget i tillräcklig grad medverkat till att avtalet skulle komma till stånd. Av omständigheterna i fallet är det svårt att peka på någon enskild omständighet att lägga till grund för bedömningen av bristande medverkan. Björkdahl menar därför att rättsfallet ger stöd för att det krävs konkreta omständigheter, inte bara allmänna klagomål på att motparten är långsam, för att en underlåten medverkan skall vara skadestandsgrundande.<sup>147</sup> Enligt Björkdahl gäller vidare att medverkansplikten generellt endast omfattar de fall där en underlåten medverkan resulterar i att part spekulerar på motpartens bekostnad.<sup>148</sup>

Enligt min mening talar rättsekonomiska överväganden för att medverkansplikten inte kan vara alltför sträng eftersom tröskeln för att ingå förhandlingar då skulle riskera att bli för hög. Självfallet måste parter i första hand ha rätt att beakta sina egna intressen i förhandlingar och de kan inte tvingas anpassa sig till motpartens önskemål och synpunkter.<sup>149</sup> En motsatt ordning skulle hota grunderna för avtalsfriheten och de ekonomiska överväganden som underbygger denna. En huvudregel om att parterna kan dra sig ur förhandlingarna när som helst medför även att de kan förhandla förutsättningslöst.<sup>150</sup> Jag instämmer dock i Björkdahls åsikt om att en medverkansplikt gäller i de situationer då part annars skulle kunna spekulera på motpartens bekostnad. Annars skulle part kunna avvakta hur förhållandena utvecklar sig och sedan eventuellt dra sig ur förhandlingarna om avtalet visar sig bli oförmånligt. En sådan ordning skulle innebära att affärsrisken med avtalet överflyttas på ett illojalt sätt.

#### **4.5.1 Särskilt om medverkan till suspensiva villkors uppfyllande**

Ett i praktiken vanligt förekommande villkor är att avtalet villkoras av styrelsens eller bolagsstämmans godkännande (s.k. suspensiva villkor).<sup>151</sup> På så sätt markeras att avtalet överstiger de förhandlandes beslutskompetens och normalt torde ett sådant villkor medföra att motparten

---

<sup>146</sup> Se Björkdahl (2007) s. 296 f.

<sup>147</sup> Se Björkdahl (2007) s. 336 f.

<sup>148</sup> Se Björkdahl (2007) s. 334 ff.

<sup>149</sup> Jfr Simonsen (1997) s. 207 som diskuterar intressemotställningarna vid bedömningen av medverkansplikten.

<sup>150</sup> Se Munukka (2007) s. 424.

<sup>151</sup> Det förekommer även att kommuner använder suspensiva villkor. Se i detta avseende t.ex. NJA 1998 s. 610 där ett avtal villkorades av kommunfullmäktiges godkännande.

inte bör kunna förutsätta avtal.<sup>152</sup> I vissa fall kan dock ett godkännande av styrelsen eller annat beslutsorgan framstå som en ren formalitet. Ett sådant fall är NJA 1963 s. 105 där det framförhandlade avtalet om anställning för E i G:s bolag var villkorat av bolagsstämmans godkännande. HD uttalade i anledning av detta att E med hänsyn till G:s ställning i bolaget hade skäl att förutsätta att bolagsstämmans godkännande inte skulle bli något problem och att *”Kravet på bolagsstämmans godkännande måste fastmera i förevarande läge hava för E framstått såsom praktiskt betydelselöst.”*

Frågan om suspensiva villkor har även varit uppe för bedömning i AMN.<sup>153</sup> Fallet rörde ett uppköpererbjudande av samtliga aktier och konvertibla skuldebrev i Perstorps AB. Bakom erbjudandet stod det av Industri Kapital AB ägda bolaget Perstorps Intressenter AB. Av villkoren framgick att Perstorps Intressenter AB, genom Industri Kapital AB, erhållit bindande lånelöften. Dessa var dock villkorade av resultatutvecklingen i Perstorps AB. Med anledning av negativ resultatutveckling drogs lånelöften sedermera tillbaka och därmed också uppköpererbjudandet. AMN uttalade att i linje med den allmänna lojalitetsplikten i prekontraktuella förhållanden kräver god sed på aktiemarknaden att budgivaren aktivt medverkar till att lånevillkoren uppfylls. AMN kom vidare fram till att Perstorps Intressenter AB inte vidtagit några åtgärder för att bidra till att lånevillkoret uppfylldes och att det därför inte var visat att bolaget *”tillgodosett den lojalitetsplikt som från synpunkten av god sed på aktiemarknaden måste gälla för en budgivare i den uppkomna situationen”*.

AMN:s uttalande är intressant eftersom det antyder att det kan föreligga en medverkansplikt till att suspensiva villkor uppfylls. I doktrinen har dock framförts åsikten att fallet endast berör lojalitetsplikten inom aktiemarknadsrätten.<sup>154</sup> Enligt min mening torde dock en viss plikt att försöka övervinna hinder för avtalets ingående föreligga även utanför aktiemarknadsrätten. Annars är risken stor att suspensiva villkor används för att illojalt spekulera på motpartens bekostnad. Det torde t.ex. inte vara tillåtet att internt, inför t.ex. styrelsen eller bolagsstämman, motarbeta ett framförhandlat avtal även om saklig kritik givetvis är tillåtet att framföra. En part torde kunna åläggas att på ett sakligt och ändamålsenligt vis driva frågan om suspensiva villkors uppfyllelse inför behörigt organ eller tredje part.<sup>155</sup> NJA 1973 s. 248 får även sägas utgöra stöd för ståndpunkten att det föreligger en medverkansplikt till suspensiva villkors uppfyllande.

---

<sup>152</sup> Se Munukka (2007) s. 426.

<sup>153</sup> Se här och i det följande AMN 2000:20.

<sup>154</sup> Se Munukka (2007) s. 427.

<sup>155</sup> Jfr Simonsen (1997) s. 211 ff. för diskussion om parts skyldighet att försöka övervinna hinder för avtalet.

## 5 Skadeståndsbedömningen

Efter att ha utrett *när* lojalitetsplikten kan sägas inträda och *vilka* förpliktelser som följer av lojalitetsplikten, återstår nu att utreda *hur* själva skadeståndsbedömningen skall gå till. Inte alla överträdelser av lojalitetsplikten kan leda till skadeståndsansvar utan det krävs någon form av avgränsning.

Till följd av det prekontraktuella ansvarets oklara rättsgrund har fråga uppstått kring vilka regler om preskription, bevisbörda, reklamation m.m. som skall tillämpas.<sup>156</sup> En lösning vore att tillämpa KöpL:s specialregler om t.ex. preskription och reklamation såsom varande allmänna avtalsrättsliga grundsatser.<sup>157</sup> Eftersom det prekontraktuella ansvaret enligt min mening är att hänföra till det utomkontraktuella området (se avsnitt 2.3) anser jag emellertid att utomobligatoriska regler skall tillämpas vad gäller dessa frågor.

Nedan skall utredas vilka omständigheter som behöver vara uppfyllda för att en ytterligare avgränsning av den skadelidande kretsen skall kunna uppnås.

### 5.1 Objektiva rekvisit

Till de objektiva rekvisiten brukar hänföras ansvarsgrund, skada och adekvat kausalitet.<sup>158</sup> Dessa rekvisit torde inte kräva någon närmare problematisering varför de endast skall beröras kortfattat. Ansvarsgrunden i fall av culpa in contrahendo är en överträdelse av någon av de ovan nämnda (se kapitel 4) förpliktelserna som uppstår som följd av lojalitetspliktens inträde i avtalsförhandlingarna. Vad gäller skadan har redan konstaterats (se avsnitt 2.3) att denna vanligen utgörs av en ren förmögenhetsskada och att 2 kap. 2 § SkL inte utgör hinder för skadeståndsskyldighet.

Inte heller kravet på adekvat kausalitet torde vålla några större problem. I NJA 1990 s. 745 kunde inte Bertil L:s talan bifallas eftersom det inte styrkts att han hade lidit någon skada. Detta har tagits till intäkt för att det saknades ett orsakssamband mellan skadan och det påstått klandervärda beteendet.<sup>159</sup> I NJA 1963 s. 105 uttalade HD att det inte kunde antas något annat än att om E erhållit upplysning om osäkerheten kring att anställningsavtalet skulle godkännas så skulle han inte ha rest till Colombia utan stannat i Venezuela. Detta är enligt

---

<sup>156</sup> Se Karlgren (1954) s. 16. Jfr även Kleineman (1991/92) s. 128 ff. där Kleineman utreder möjligheterna att göra analogier från KöpL:s regler vid vissa fall av culpa in contrahendo.

<sup>157</sup> Se bl.a. 32 § 2 st. KöpL.

<sup>158</sup> Jfr Cooter (2004) s. 310 ff. där dessa rekvisit diskuteras utifrån rättsekonomisk teori.

<sup>159</sup> Se Ramberg (2010) s. 65. Jfr dock Munukka (2007) s. 429 som menar att rättsfallet är svårtolkat på så vis att domen antingen kan tolkas som att skadestånd inte utgick på grund av bevisproblem eller som att skadestånd inte utgick eftersom skada inte uppkommit under perioden som SRM dröjde med att underrätta Bertil L om att avtal inte skulle ingås.

min mening ett uttryck för adekvanskravet. Således torde det inte råda något tvivel om att adekvat kausalitet mellan skadan och det klandervärda agerandet är ett krav för skadeståndsansvar.

## 5.2 Subjektiva rekvisit

Det subjektiva rekvisitet kan delas upp på fall av uppsåt och fall av vårdslöshet. Det kan dock ifrågasättas om det överhuvudtaget behövs något subjektivt rekvisit. Ett tänkbart alternativ vore att det räcker med en konstaterad överträdelse av lojalitetsplikten för att skadeståndsskyldighet skall uppstå. Adlercreutz har i detta hänseende uttalat att skadeståndsbedömningen skall göras utifrån en riskfördelningsprincip där den part som står närmast att bära risken åläggs kostnaden.<sup>160</sup> En sådan regel torde vara ändamålsenlig ur rättsekonomisk synpunkt. Som diskuterats ovan (se avsnitt 2.2) bygger ekonomiska antaganden på att den part som har lägst kostnad skall bära risken och skadeståndsrätten torde inte vara främmande för en sådan kostnadsfördelningsprincip.

En riskfördelningsprincip torde dock ha svagt stöd i doktrinen i övrigt.<sup>161</sup> I praxis förefaller man även ha antagit att någon form av subjektivt rekvisit är nödvändigt för att skadestånd skall kunna utgå. Både i NJA 1978 s. 147 och RH 1996:154 torde huvudanledningen till att skadestånd inte utgick ha varit att skadevällaren inte kunde tillskrivas någon vårdslöshet. Slutsatsen blir därför som jag ser det att antingen uppsåt eller vårdslöshet krävs för att skadestånd skall utgå. Nedan skall dessa båda begrepp utredas var för sig.

### 5.2.1 Uppsåt

Inom ramen för marknadsekonomi gäller att konkurrenter får tillgripa relativt långtgående metoder för att försämra varandras ställning på marknaden. Alla former av beteenden kan dock inte accepteras. Uppsåtsfallen avser de fall där en part avsiktligt har vilselett sin motpart i samband med en avtalsförhandling. Som exempel på sådant agerande kan anges att part inleder förhandlingar endast i syfte att komma åt affärshemligheter eller att förhandlingar inleds endast för att hindra en konkurrent från att sluta avtal med motparten.<sup>162</sup> Att dylikt uppsåtligt agerande är skadeståndsgrundande torde knappast vara kontroversiellt. Även vid en komparativ utblick kan konstateras att en part som uppsåtligt orsakar sin motpart skada genom att förhandla i syfte att på något vis skada sin motpart gör sig skadeståndsskyldig en-

---

<sup>160</sup> Se Adlercreutz (1987) s. 512.

<sup>161</sup> Se Björkdahl (2007) s. 344 samt Kleineman (1991/92) s. 132 ff. Kleineman uttalar dock, med hänvisning till NJA 1986 s. 696 att HD inte är främmande för att tillämpa en ”närmare att bära risken motivering”.

<sup>162</sup> Se Kleineman (1993/94) s. 449 samt Holm (2004) s. 100. Jfr även Björkdahl (2007) s. 296 f.

ligt såväl engelsk, fransk som tysk rätt.<sup>163</sup> Här skall därför inte någon närmare utredning om fall av *dolus in contrahendo* göras.<sup>164</sup>

## 5.2.2 Vårdslöshet

Till skillnad mot de uppsåtliga fallen av klandervärt beteende in *contrahendo* är konturerna för culpabedömningen desto oklarare och därför av större intresse att analysera. Kleineman har uttalat att för skadeståndsansvar krävs att part genom oaktsamt vilseledande förmått motparten att vidta en disposition eller att göra ett antagande angående avtalsprestationens karaktär.<sup>165</sup> Enligt Kleineman skall utgångspunkt tas i en affärsetisk norm som består av hur en kommersiell aktör har att agera vid förhandlingar.<sup>166</sup> Denna består av allmän affärsetik men kan också utgöras av t.ex. professionsansvarets etiska normer.<sup>167</sup> Jag instämmer med Kleineman i detta avseende men menar att det är lojalitetsplikten som utgör utgångspunkten för culpabedömningen. Även om det inte uttryckligen framgår torde även Kleinemans affärsetiska norm i allt väsentligt motsvara lojalitetsplikten.

### 5.2.2.1 Den skadevållandes beteende

Efter att det konstaterats att en part brutit mot lojalitetsplikten blir nästa steg att bedöma dennes agerande. Kleineman menar att det för ansvar krävs att skadevållaren bort inse att hans agerande skulle leda till den aktuella skadan.<sup>168</sup> Det har i doktrinen framförts åsikten att kravet på insikt inte är ett lämpligt inslag i culpabedömningen.<sup>169</sup> Anledningen till detta är att det är fullt normalt att parter i affärslivet och under förhandlingar orsakar varandra rena förmögenhetsskador. Dessa skador är som utgångspunkt inte ersättningsgilla trots att parterna har full insikt i att deras agerande kan orsaka skada. Kravet på insikt har därmed inte ansetts vara lämpligt för att identifiera klandervärt beteende.

Jag instämmer i att det är helt naturligt att parterna i en förhandling orsakar varandra rena förmögenhetsskador som inte är ersättningsgilla enligt huvudregeln. Med den modell som använts i detta arbete, där lojalitetsplikten utgör avgränsningsmoment och ingången till det prekontraktuella ansvaret, innebär lojalitetspliktens inträde emellertid att problemen med att

---

<sup>163</sup> Se Lake (1994) s. 173 samt s. 199 och Lorenz (1990) s. 165.

<sup>164</sup> Jfr dock Rodhe (1984) s. 344 som synes mena att skillnaden mellan grövre former av culpa och *dolus* ibland kan vara liten.

<sup>165</sup> Se Kleineman (1991/92) s. 132.

<sup>166</sup> Se Kleineman (1991/92) s. 139.

<sup>167</sup> Se Kleineman (1991/92) s. 140.

<sup>168</sup> Se Kleineman (1991/92) s. 139.

<sup>169</sup> Se här och i det följande Simonsen (1997) s. 120 f.

ställa upp ett krav på insikt inte gör sig gällande.<sup>170</sup> Efter att lojalitetsplikten har inträtt utgör det nämligen inte längre ett normaltillstånd att parterna orsakar varandra kostnader.

Krav på insikt har även stöd i praxis. I NJA 1990 s. 745 uttalade HD att SRM saknat kännedom om Bertil L:s nedlagda kostnader fram tills att han redogjorde för dessa i ett brev till bolaget. Trots brevet har SRM enligt HD dock inte saknat fog för uppfattningen att de där angivna kostnaderna var i hög grad överdrivna. Således förefaller alltså kravet på insikt ha varit en viktig omständighet i bedömningen av skadeståndsskyldigheten. I NJA 1978 s. 147 uttalade HD att livsmedelsföretaget haft fog att förutsätta att fastighetsägaren kunde ta tillvara sina egna intressen. Även detta uttalande är enligt min uppfattning stöd för att insikt krävs hos motparten.

Vad gäller styrkan av insiktskravet har detta inte berörts uttryckligen i praxis. Kleineman har dock uttalat att culpatröskeln bör vara hög i fall av oaktsamt vilseledande.<sup>171</sup> Att utomkontraktuellt skadestånd för ren förmögenhetsskada utan samband med brott får betraktas som ett undantag och att praxis visat en restriktiv inställning talar för att det bör uppställas ett krav på faktisk insikt.<sup>172</sup> Å andra sidan skulle ett så starkt insiktskrav riskera att begränsa skadeståndsansvaret i alltför stor utsträckning. Det torde i praktiken ofta bli mycket svårt för en skadelidande att visa på faktisk insikt hos skadevällaren. För att skadeståndsansvaret inte skall bli alltför urvattnat anser jag därför att en viss bevislättning är motiverad. Det bör därför räcka för den skadelidande att visa att skadevällaren bort inse att hans beteende skulle orsaka den aktuella skadan.

#### 5.2.2.2 Den skadelidandes beteende

Efter att ha bedömt den skadevällande partens agerande blir nästa steg att bedöma hur den skadelidande har agerat.<sup>173</sup> För skadeståndsrätt krävs att den skadelidande varit i god tro. Kleineman uttrycker detta som att den skadelidande skall ha hyst befogad tillit till motpartens agerande.<sup>174</sup> Även detta steg i culpabedömningen torde vara väl förankrat i praxis. I NJA 1990 s. 745 markerade HD att Bertil L inte haft befogad grund för sina kostnader genom att uttala att det måste ha stått klart för parterna att möjligheterna att nå avtal var beroende av flera osäkra faktorer och att det fortsatta marknadsföringsarbetet innebar ett risktagande. HD fäster vid flera tillfällen avseende vid vad Bertil L *var medveten* om och vad *han kände till*. Även i

---

<sup>170</sup> Se Björkdahl (2007) s. 348.

<sup>171</sup> Se Kleineman (1993/94) s. 443.

<sup>172</sup> Se Björkdahl (2007) s. 358 f.

<sup>173</sup> Se Kleineman (1991/92) s. 139.

<sup>174</sup> Se Kleineman (1991/92) s. 133 och s. 139 samt Kleineman (1987) s. 432. Jfr även Björkdahl (2007) s. 362 ff. som synes mena att även andra former av "legitimerande faktorer" kan medföra rätt till skadestånd.



NJA 1978 s. 147 påpekar HD att det *måste ha stått klart* för båda parter att möjligheterna till ett senare avtal berodde på flera osäkra faktorer och att parternas samverkan innebar ett risktagande. I NJA 1963 s. 105, där skadestånd utgick till E, markerades E:s befogade tillit genom att HD uttalade att med hänsyn till den ställning som G och M intog i bolaget så hade E skäl att förutsätta att bolagsstämmans godkännande inte skulle vara något hinder för anställningen och att bolagsstämmans godkännande därmed måste ha framstått som praktiskt betydelselöst. Slutsatsen blir således att befogad tillit hos den skadelidande är ett krav för att skadestånd skall kunna utgå.

## 6 Skadeståndets omfattning

Som det sista steget i bedömningen av det prekontraktuella ansvaret skall här utredas hur *skadeståndets omfattning* beräknas. Vid en genomgång av doktrinen finner jag att det råder relativt stor enighet om att skadestånd utgår för det negativa intresset.<sup>175</sup> Detta gäller även enligt tysk rätt och motiveras av att grunden för ansvaret anses vara den skadelidandes befogade tillit.<sup>176</sup> Fransk rätt förefaller dock ha öppnat för möjligheten att få ersättning utöver vad som traditionellt räknas till det negativa intresset.<sup>177</sup> Detta motiveras av att skadeståndet syftar till att återställa den balans mellan parterna som förstörts av skadevållaren och därmed skall ersättning utgå för den skadelidandes hela förlust. Att ersättning endast utgår med det negativa intresset i svensk rätt har stöd i NJA 1963 s. 105 där skadestånd utgick för rese- och flyttkostnader samt för förlorad inkomst. Någon ersättning för det positiva kontraktsintresset, vilket i fallet utgjordes av utebliven lön, utgick emellertid inte.

Trots att det förefaller råda ett omfattande stöd för att skadestånd skall utgå till det negativa intresset vid prekontraktuellt ansvar har denna fråga varit omdiskuterad.<sup>178</sup> Kleineman har i detta sammanhang uttalat att man inte skall tala i termer om positivt eller negativt intresse vid skadestånd för tillitsansvar.<sup>179</sup> Det är istället det vilseledande beteendet och den skadelidandes befogade tillit som avgör vilka kostnader som skall ersättas. Enligt Kleineman låg ersättning för utebliven lön i NJA 1963 s. 105 utanför E:s befogade tillit varför skadeståndet inte ersatte denna post. Inom doktrinen har det även framförts åsikten att vissa positiva utgifter kan utgå inom ramen för det negativa intresset.<sup>180</sup> Det har vidare föreslagits ett schablonmässigt påslag till skadeståndet på grund av bevissvårigheter rörande skadans storlek. Även i tysk doktrin har det uppmärksamats att skadan vid culpa in contrahendo i praktiken ofta överstiger det negativa intresset.<sup>181</sup>

Ur ett rättsekonomiskt perspektiv skall ersättningen sättas till den nivån där tilliten är ekonomiskt optimal mellan parterna. Tilliten anses ekonomiskt optimal då kostnaderna för att vidta extra värdehöjande åtgärder är större eller lika med sannolikheten för avtalets full-

---

<sup>175</sup> Se t.ex. Ramberg (2010) s. 65, Adlercreutz (2002) s. 110 samt Hellner (1993) s. 38.

<sup>176</sup> Se Lake (1994) s. 204 samt Cartwright (2008) s. 36.

<sup>177</sup> Bl.a. kan ersättning utgå för "perte d'une chance" (förlust av en möjlighet). Se här och i det följande Cartwright (2008) s. 29 ff. samt Hondius (1990) s. 23.

<sup>178</sup> Se Lehrberg (2006) s. 152.

<sup>179</sup> Se här och i det följande Kleineman (1987) s. 430 f.

<sup>180</sup> Se här och i det följande Lehrberg (2006) s. 152 f.

<sup>181</sup> Se Lake (1994) s. 204.

görande multiplicerat med värdeökningen av de förberedande åtgärderna.<sup>182</sup> Från denna synvinkel förefaller således Kleinemans modell vara ändamålsenlig eftersom han synes förspåka en bedömning i det enskilda fallet över vilka kostnader som varit befogade att ådra sig snarare än att alltid erkänna skadestånd enligt en schablonregel om det negativa intresset. Detta överensstämmer med tanken om att skadeståndet skall beräknas utifrån den optimala tilliten i varje enskilt fall. En möjlighet vore därför att använda den ekonomiskt optimala tilliten som grund för att fastställa det mest effektiva skadeståndet. Denna metod för att motivera vilka skador som skall ersättas förefaller dock enligt min mening sakna stöd bland övriga författare. Det torde även vara mer praktiskt med en schablonmässig regel om att skadestånd utgår till det negativa intresset på så sätt som hittills skett i praxis.

Vad gäller förslaget om att i viss mån utvidga skadeståndet anser jag att man bör iakta försiktighet. Skadeståndsskyldigheten får inte utvidgas så att det i praktiken uppstår någon form av negativ avtalsbundenhet. Detta kan antas vara negativt ur ekonomisk synvinkel och skulle knappast fungera i ett modernt affärsliv. Problemet är emellertid att skadestånd för det negativa intresset ofta torde leda till underkompensation. Samtidigt leder ersättning för det positiva intresset till överkompensation. Båda dessa utfall får betraktas som otillfredsställande. Vad gäller förslaget om ett schablonmässigt påslag till skadeståndet kan detta därför accepteras så länge det handlar om att ersätta faktiska kostnader. Ett sådant påslag på skadeståndet skulle kunna mildra graden av underkompensation och bidra till en mer balanserad ersättningsnivå.

---

<sup>182</sup> Kostnaden för de extra värdehöjande åtgärderna  $\geq$  sannolikhet för fullgörelse x värdeökning till följd av de förberedande åtgärderna. Se Cooter (2004) s. 206.

## 7 En utvidgad lojalitetsplikt: krav på sakliga skäl för att avbryta en förhandling?

Hittills i denna framställning har parts klandervärda beteende i samband med avtalsförhandlingar utretts. I det följande skall analyseras huruvida det bör krävas sakliga skäl<sup>183</sup> för att avbryta en avtalsförhandling efter det att en lojalitetsplikt har uppkommit mellan parterna. Frågeställningen rör således en värdering av *de skäl* en part anger för att avbryta en förhandling snarare än en bedömning av *parts beteende* under själva förhandlingen.<sup>184</sup> I den mån sakliga skäl bedöms vara ett krav för att avbryta en förhandling utgår skadestånd till det negativa intresset enligt ovan (se kapitel 5 och 6) vid överträdelser.

Till en början kan konstateras att en part som drar sig ur en förhandling utan godtagbar anledning riskerar att få dåligt rykte på marknaden.<sup>185</sup> Eftersom företag i dagens globaliserade samhälle verkar på flera marknader världen över kan det dock ifrågasättas om dåligt renommé är en tillräcklig sanktion i detta sammanhang. Det är inte säkert att ett företags dåliga rykte på en viss marknad sprider sig till en annan. Att dra sig ur förhandlingar utan sakliga skäl kan vidare antyda att parten har saknat verklig intention att ingå avtal, vilket konstaterats ovan strider mot lojalitetsplikten.<sup>186</sup>

Det råder delade meningar i doktrinen kring huruvida det bör krävas sakliga skäl för att avbryta en förhandling.<sup>187</sup> Ett skäl som talar emot ett saklighetskrav är att det då kan sägas uppstå en form av kvasibundenhet trots att giltigt avtal inte föreligger.<sup>188</sup> Detta skulle vara ett kringgående av reglerna om avtalsbundenhet och vara föga ändamålsenligt i ett affärsliv som präglas av fri konkurrens. Ett känt engelskt rättsfall kan sägas illustrera denna problematik. I fallet uttalade House of Lords att:

*"A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with a position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgement, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can thus be no obligation to continue to negotiate until there is a 'proper reason' to withdraw."*<sup>189</sup>

<sup>183</sup> Nedan även benämnt som saklighetskrav.

<sup>184</sup> Jfr Björkdahl (2007) s. 300 f som diskuterar distinktionen mellan skadeståndsansvaret för klandervärt beteende i samband med avtalsförhandlingar och ett krav på sakliga skäl för att avbryta förhandlingarna.

<sup>185</sup> Se Björkdahl (2007) s. 298.

<sup>186</sup> Se Björkdahl (2007) s. 298.

<sup>187</sup> Se t.ex. Hellner (1993) s. 35, Hellner (1984) s. 453 f, Portin (1984) s. 450, Simonsen (1997) s. 74, 179, 226 och 233 f samt Björkdahl (2007) s. 301 ff.

<sup>188</sup> Se Björkdahl (2007) s. 301 f.

<sup>189</sup> Se Walford v. Miles samt Lake (1994) s. 174 f.

Björkdahl har i detta sammanhang uttalat att ett krav på sakliga skäl skulle kunna liknas med en form av kontraheringsplikt för parterna.<sup>190</sup> Från en annan synvinkel får det dock anses otillfredsställande att en part kan avbryta förhandlingarna i ett sent skede. Det har därför anförts att olika skyddshänsyn t.ex. att part intar en underlägsen ställning, att förhandlingarna framskridit väldigt långt eller att ett avbrytande av förhandlingarna skulle leda till orimliga konsekvenser talar för ett saklighetskrav.<sup>191</sup> Exempel på fall där sådana intressen torde ha varit av betydelse återfinns i fransk rätt där en parts ensidiga och oväntade avbrytande av en förhandling har ansetts leda till skadeståndsansvar.<sup>192</sup> Enligt tysk rätt gäller däremot att krav på sakliga skäl för att avbryta en förhandling endast föreligger om part under förhandlingarna fått motparten att tro att avtal kommer att nås.<sup>193</sup> Detta förefaller dock enligt min mening inte vara något saklighetskrav i egentlig mening. Skadeståndsansvaret grundar sig i ett sådant fall på parts klandervärda agerande, inte på att skälen till att avbryta förhandlingen är osakliga.<sup>194</sup> Som visats ovan kan part även enligt svensk rätt bli ansvarig på grund av t.ex. vilseledande eller bristande upplysning.

Det kan ifrågasättas om de skyddshänsyn som framförts som argument för ett krav på sakliga skäl verkligen gör sig gällande i normalfallet. Jag instämmer i Björkdahls påpekande att parterna i en kommersiell förhandling oftast får antas vara någorlunda jämnstarka och att det vanligen inte förekommer något ensidigt beroendeförhållande.<sup>195</sup> Enligt min uppfattning talar även rättsekonomiska överväganden för att något krav på sakliga skäl som huvudregel inte bör föreligga. Detta skulle nämligen hindra den fria konkurrensen och tanken om att låta marknadskrafterna verka.<sup>196</sup> Företag måste kunna göra företagsekonomiska överväganden utan att riskera att få dessa överprövade av en domstol.<sup>197</sup> Paralleller kan här göras med arbetsrätten där arbetsgivaren enligt 7 § LAS har rätt att säga upp personal på grund av arbetsbrist. Av förarbetena framgår att företagsekonomiska överväganden, som att minska personalstyrkan, inte skall kunna överprövas av en domstol.<sup>198</sup> Skälen bakom en sådan regel anges vara att bidra till ett ekonomiskt effektivt näringsliv och möjliggöra för ekonomisk tillväxt.

---

<sup>190</sup> Se Björkdahl (2007) s. 301.

<sup>191</sup> Se Simonsen (1997) s. 233 f samt Björkdahl (2007) s. 299.

<sup>192</sup> Se Lake (1994) s. 199.

<sup>193</sup> Se Lorenz (1990) s. 165 ff.

<sup>194</sup> Ur bevissynpunkt är det en viktig skillnad mellan en överträdelse av ett saklighetskrav och klandervärd beteende under förhandlingarna. Vid en överträdelse av ett saklighetskrav är det nämligen skadevällaren som skall visa att han haft sakliga skäl att avbryta förhandlingen. Baseras skadeståndstalan på parts agerande under förhandlingarna är det däremot den skadelidande som skall visa att motparten agerat klandervärd.

<sup>195</sup> Se Björkdahl (2007) s. 303 som dock påpekar att om ett beroendeförhållande föreligger i det enskilda fallet så kan bedömningen möjligen bli en annan.

<sup>196</sup> Se Björkdahl (2007) s. 303 f.

<sup>197</sup> Jfr NJA 1978 s. 147 där det hänvisades till företagsekonomiska överväganden när förhandlingarna avbröts.

<sup>198</sup> Se här och i det följande prop. 1973:129 s. 123 samt prop. 1981/82:71 s. 64 f.

Vidare anses det inte ändamålsenligt att en domstol i efterhand skall kunna överpröva beslut grundade på företagsekonomiska överväganden. Även om arbetsrätten i stor utsträckning utgör en skyddslagstiftning för arbetstagare torde de ekonomiska synpunkterna göra sig gällande även i detta sammanhang.<sup>199</sup> Slutsatsen blir därför att ett krav på sakliga skäl som huvudregel inte bör uppställas. Det kan emellertid finnas undantag till denna regel.

Grönfors har gjort ett för detta sammanhang intressant uttalande, nämligen att när det endast återstår 10–15 % av förhandlingarna är parterna skyldiga att förhandla färdigt och de ådrar sig skadeståndsskyldighet om de avbryter förhandlingarna.<sup>200</sup> Det skall påpekas att den punkt, då det endast återstår 10–15 % av förhandlingarna, inträffar betydligt senare än lojalitetspliktens inträde. Man skulle därför möjligen kunna tala om att en kvalificerad lojalitetsplikt råder mellan parterna. Vid denna tidpunkt kan de ekonomiska argumenten mot ett saklighetskrav tänkas bli svagare. Det kan knappast hindra den fria konkurrensen att kräva att parter i ett sådant sent skede förhandlar klart eller visar på sakliga skäl om de avbryter förhandlingarna. Det är vidare tänkbart att part vid ett sådant sent stadium i förhandlingarna har påbörjat verkställigheten av avtalet.<sup>201</sup> De ovan diskuterade skyddsbehoven skulle i så fall vara mer framträdande.<sup>202</sup>

Problemet med att knyta ett krav på sakliga skäl till att det endast återstår 10–15 % av avtalsinnehållet är enligt min mening svårigheten för domstolen att fastslå när denna gräns har uppnåtts. Förutsebarheten skulle därmed riskera att bli lidande. Dessutom skulle ett saklighetskrav lätt kunna kringgås genom att part är helt oresonlig i förhandlingarna.<sup>203</sup> Mer ändamålsenligt vore i så fall att knyta saklighetskravet till att part påbörjat verkställigheten av avtalet. Om så sker med motpartens vetskap och understöd torde övervägande skäl tala för att det krävs sakliga skäl för att avbryta förhandlingarna.<sup>204</sup> Även i andra liknande situationer, där motsvarande skyddshänsyn gör sig gällande, torde det kunna krävas sakliga skäl för en part att avbryta förhandlingarna. En sådan situation kan t.ex. möjligen vara att en part, på motpartens direkta uppmaning, ådrar sig stora kostnader under förhandlingarna.

Slutsatsen blir således att ett saklighetskrav som huvudregel inte bör uppställas med hänsyn till rättsekonomiska överväganden. I undantagsfall, t.ex. om en part har påbörjat verkställigheten av avtalet, kan dock skydds- och obillighetshänsyn göra att ett krav på sakliga skäl för att avbryta förhandlingen bör uppställas.

---

<sup>199</sup> Se Björkdahl (2007) s. 305.

<sup>200</sup> Se Grönfors (1993) s. 75 f.

<sup>201</sup> Jfr Björkdahl (2007) s. 298 not 39.

<sup>202</sup> Jfr Hellner (1984) s. 453 f samt Potin (1984) s. 450 som berör en närliggande fråga angående letter of intent.

<sup>203</sup> Jfr Simonsen (1997) s. 227 för diskussion om möjligheterna att kringgå ett saklighetskrav.

<sup>204</sup> Jfr Adlercreutz (1987) s. 512 f som diskuterar möjligheten att göra en rimlig riskfördelning mellan parterna.

## 8 Sammanfattande slutsatser

Syftet med denna uppsats har varit 1) att analysera förutsättningarna för att göra en förhandlingspart ekonomiskt ansvarig för culpa in contrahendo i samband med en avbruten avtalsförhandling samt 2) att analysera huruvida det bör uppställas ett krav på sakliga skäl för att avbryta en avtalsförhandling när den passerat en viss gräns. För att uppnå detta syfte har jag utrett fyra delfrågor. I det följande skall jag reflektera något över vad jag kommit fram till och sammanfatta mina slutsatser.

Till en början kan konstateras att förutsättningarna att göra en förhandlingspart skadeståndsskyldig för klandervärt beteende i samband med en avbruten avtalsförhandling är snäva enligt svensk rätt. Skadeståndsansvar får alltså betraktas som en undantagsregel, reserverad för allvarigare former av illojalt beteende.<sup>205</sup> Från rättsekonomiskt perspektiv får detta betraktas som ändamålsenligt. Av den konkurrenssituation som gäller i näringslivet följer att parter inte kan ta för mycket för givet. Normaltillståndet är att parter som är aktiva på samma marknad orsakar varandra rena förmögenhetsskador. Detta är helt naturligt i en marknadsekonomi som bygger på tanken om avtalsfrihet och ekonomisk effektivitet. Även ansvarets huvudsakliga utomobligatoriska karaktär talar för att skadeståndsansvaret skall ges en begränsad omfattning. Samma lojalitetshänsyn som i ett kontraktsförhållande kan aldrig göra sig gällande mellan två avtalsmässigt obundna parter. Ett alltför långtgående skadeståndsansvar skulle skapa en form av kvasibundenhet redan på förhandlingsstadiet.

Mot bakgrund av dessa inledande reflektioner kan förutsättningarna för det prekontraktuella ansvaret sammanfattas enligt följande. För skadeståndsansvar krävs 1) att det föreligger en lojalitetsplikt mellan parterna, 2) att skadevällaren har överträtt en förpliktelse som följer av lojalitetsplikten, 3) att skadevällaren bort inse att hans agerande riskerade att orsaka motparten skada samt 4) att den skadelidande haft befogad tillit till motpartens agerande. Uppfylls samtliga dessa moment utgår skadestånd till det negativa intresset, möjligen med ett schablonmässigt påslag för kostnader som är svåra att styrka. Något krav på sakliga skäl för att avbryta en förhandling bör som huvudregel inte gälla. Om parterna t.ex. påbörjat verkställigheten av avtalet kan man dock tänka sig att det bör råda ett saklighetskrav.

Ovan formulerade regel för ansvaret för culpa in contrahendo skall ses i ljuset av det spänningsförhållande som råder mellan huvudregeln om att förhandlingar sker på egen risk och intresset av att skydda förhandlingsparter från illojalt beteende. För att skadeståndskraven

---

<sup>205</sup>Jfr här och i det följande Kleineman (1991/92) s. 140 för en sammanfattning över hur Kleineman uppfattar rättsläget.

inte skall bli för omfattande krävs det ett avgränsande moment. Som framgått av framställningen är det lojalitetsplikten som avgränsar den skadelidande kretsen och utgör ingången till det prekontraktuella ansvaret.

I det följande skall även sägas något om de fyra delfrågorna som uppsatsen har syftat till att besvara. Som visats kan parternas relation redan under förhandlingarna bli så nära att en lojalitetsplikt inträder. Frågan om *när lojalitetsplikten inträder* får betraktas som oklar. Enligt min föreslagna regel inträder dock lojalitetsplikten när förhandlingarna har nått så långt att parterna är inriktade på att ingå avtal samtidigt som ena parten inser risken att motparten ådrar sig kostnader som kan komma att bli onyttiga. I realiteten blir det naturligtvis ofta svårt att peka ut exakt när denna tidpunkt inträffar och det torde därför snarare bli en bedömning i det enskilda fallet om huruvida parterna är över eller under lojalitetströskeln.

När det gäller betydelsen av ett letter of intent för lojalitetspliktens uppkomst kan det med relativ stor säkerhet konstateras att en sådan handling inte har någon självständig betydelse för lojalitetspliktens uppkomst. I enlighet med presenterad utländsk rätt anser jag dock att lojalitetsplikten bör kunna stärkas genom ett letter of intent. Vad gäller avtalsrättsliga föreskrifters inverkan på lojalitetsplikten och det prekontraktuella ansvaret råder betydande osäkerhet. Enligt min mening finns det dock inga godtagbara argument för att särbehandla skadeståndsansvaret vid culpa in contrahendo i förhandlingar angående avtal som omfattas av föreskrifter. Skadestånd bör därför enligt min mening kunna utgå även vid sådana förhandlingar.

Vidare kan även *lojalitetspliktens innebörd* sägas vara oklar och i hög grad beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Som konstaterats kan lojalitetsplikten inte generellt vara lika stark som i ett avtalsförhållande. Förpliktelseernas oklara konturer bidrar till osäkerhet och möjliggör opportunistiskt beteende från en illojal motpart. Utredningen ger dock stöd för fem konkreta förpliktelser som ett utflöde av lojalitetsplikten. Som utgångspunkt gäller ett krav på intention hos parterna att ingå avtal. Vidare föreligger en skyldighet att inte vilseleda samt en upplysnings-, tystnads- och medverkansplikt. Däremot föreligger inte någon allmän skyldighet att inte bedriva konkurrerande förhandlingar.

Angående själva *skadeståndsbedömningen* krävs det att part kan visa på dolus eller culpa hos motparten. Ansvarets övergripande utomobligatoriska karaktär gör enligt min mening att det är utomobligatoriska principer som bör vara vägledande för ansvarsbedömningen. För skadeståndsansvar krävs att skadevållaren bort inse att hans agerande skulle leda till skada och att den skadelidande har hyst befogad tillit till skadevållarens agerande. Vad slutligen



gäller *skadeståndets storlek* så talar övervägande skäl för att detta skall sättas till det negativa intresset.

Med detta arbete hoppas jag ha kunnat bringa klarhet kring hur rättsinstitutet culpa in contrahendo skall tillämpas även om konturena för det prekontraktuella ansvaret fortfarande till viss del får anses vaga. Någon mer exakt definition av skadeståndsansvaret kan svårligen göras utan blir beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Denna framställning visar dock att när en förhandling nått en bit på vägen så uppstår det vissa förpliktelser mellan parterna. Förpliktelserna kan sägas sätta gränser för parternas handlingsfrihet och överträdelser av dessa gränser kan leda till skadeståndsansvar.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

Prop. 1970:20 med förslag till Jordabalk.

Prop. 1972:5 med förslag till skadeståndslag m.m.

Prop. 1973:129 förslag till lag om anställningsskydd m.m.

Prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m.

Prop. 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter.

## Litteratur

Adlercreutz, A. (2002). Avtalsrätt I. Lund: Juristförlaget i Lund.

[Citeras Adlercreutz (2002)]

Björkdahl, E. P. (2007). Lojalitet och kontraktliknande förhållanden. En civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter. Uppsala: Iustus Förlag AB.

[Citeras Björkdahl (2007)]

Cartwright, J., & Hesselink, M. (2008). Precontractual Liability in European Private Law. Cambridge: Cambridge University Press.

[Citeras Cartwright (2008)]

Cooter, R., & Ulen, T. (2004). Law & Economics. Boston: Pearson Addison-Wesley.

[Citeras Cooter (2004)]

Dahlman, C., Glader, M., & Reidhav, D. (2004). Rättsekonomi. En introduktion. Lund: Studentlitteratur.

[Citeras Dahlman (2004)]

Denk, T. (2002). Komparativ metod – förståelse genom jämförelse. Lund: Studentlitteratur.

[Citeras (Denk 2002)]

Dotevall, R. (1989). Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör. Stockholm: Norstedts.

[Citeras Dotevall (1989)]

Grauers, F. (2007). Fastighetsköp. Lund: Juristförlaget i Lund.

[Citeras Grauers (2007)]

- Grönfors, K. (1993). Avtalsgrundande rättsfakta. Stockholm: Nerius & Santénius.  
[Citeras Grönfors (1993)]
- Grönfors, K. (1995). Avtalslagen. Stockholm: Fritzes Förlag AB.  
[Citeras Grönfors (1995)]
- Hellner, J. (1993). Kommersiell avtalsrätt. Stockholm: Norstedts Juridik AB.  
[Citeras Hellner (1993)]
- Hellner, J. (1984). Letters of intent (hensigtserklaringer). Del II. Oslo: Nordiskt juristmöte.  
[Citeras Hellner (1984)]
- Hellner, J., Hager, R., & Persson, A. (2010). Speciell avtalsrätt II – Kontraktsrätt. 1 Häftet. Särskilda avtal. Stockholm: Norstedts Juridik AB.  
[Citeras Hellner (2010)]
- Holm, A. (2004). Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip. Linköping: Linköpings universitet.  
[Citeras Holm (2004)]
- Hondius, E. H. (1990). Precontractual Liability. Reports to the XIIIITH Congress International Academy of Comparative Law. Deventer, Boston: Kluwer Law and Publishers.  
[Citeras Hondius (1990)]
- Hultmark, C. (1993). Upplyningsplikt vid ingående av avtal. Stockholm: Juristförlaget.  
[Citeras Hultmark (1993)]
- Karlgren, H. (1954). Avtalsrättsliga spørsmål. Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag.  
[Citeras Karlgren (1954)]
- Kleineman, J. (1987). Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart. Stockholm: Juristförlaget.  
[Citeras Kleineman (1987)]
- Lake, R., & Draetta, U. (1994). Letters of Intent and Other Precontractual Documents. Salem, New Hampshire: Butterworth Legal Publishers.  
[Citeras Lake (1994)]
- Lehrberg, B. (2006). Avtalsrättens grundelement. Uppsala: I.B.A Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB.  
[Citeras Lehrberg (2006)]
- Lindskog, S. (2001). Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar. Stockholm: Norstedts Juridik AB.  
[Citeras Lindskog (2001)]

- Lorenz, W. (1990). Germany. i E. H. Hondius, Precontractual Liability. Reports to the XIIIITH Congress International Academy of Comparative Law (s. 159–177). Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.  
[Citeras Lorenz (1990)]
- Munukka, J. (2007). Kontraktuell lojalitetsplikt. Stockholm: Jure förlag AB.  
[Citeras Munukka (2007)]
- Portin, G. (1984). Letters of intent (hensigtserklaeringer). Del II. Oslo: Nordiskt juristmöte.  
[Citeras Portin (1984)]
- Ramberg, J., & Ramberg, C. (2010). Allmän avtalsrätt. Stockholm: Norstedts Juridik AB.  
[Citeras Ramberg (2010)]
- Rodhe, K. (1984). Obligationsrätt. Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag.  
[Citeras Rodhe (1984)]
- Sevenius, R. (2003). Företagsförvärv – en introduktion. Lund: Studentlitteratur i Lund.  
[Citeras Sevenius (2003)]
- Shavell, S. (2004). Foundations of Economic Analysis of Law. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.  
[Citeras Shavell (2004)]
- Simonsen, L. (1997). Prekontraktuellt ansvar. Oslo: Universitetsforlaget.  
[Citeras Simonsen (1997)]
- Svensson, O. (2005). Avtalsfrihet. i C. Dahlman, Studier i rättsekonomi. Festskrift till Ingemar Ståhl (s. 221–256). Lund: Studentlitteratur i Lund.  
[Citeras Svensson (2005)]
- Taxell, L. E. (1997). Avtalsrätt. Bakgrund. Sammanfattning. Utblick. Stockholm: Juristförlaget.  
[Citeras Taxell (1997)]
- UNIDROIT. International Institute for the Unification of Private Law. (1994). Principles of International Commercial Contracts. Rom: UNIDROIT.  
[Citeras UNIDROIT principles (1994)]

## **Periodiskt tryck**

- Adlercreutz, A. (1987). Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om 'letters of intent', principöverenskommelser m.m.). SvJT,

s. 493–514.

[Citeras Adlercreutz (1987)]

Herre, J. (2005). Svensk rättspraxis: Förmögenhetsrätt 1978–2004. SvJT, s. 549–800.

[Citeras Herre (2005)]

Hultmark, C. (1991/92). Lojalitetsplikten i avtalsförhållanden – närmare bestämt  
upplysningsplikten rörande rådighetsinskränkningar vid köp av kiosk-rörelse. JT,  
s. 701–704.

[Citeras Hultmark (1991/92)]

Kleineman, J. (1991/92). Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar. SvJT,  
s. 125–140.

[Citeras Kleineman (1991/92)]

Kleineman, J. (1993/94). Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga  
ansvarsprinciper. JT, s. 433–460.

[Citeras Kleineman (1993/94)]

Nicander, H. (1995/96). Lojalitetsplikt före, efter och under avtalsförhållandet. JT, s. 31–49.

[Citeras Nicander 1995/96)]

## **Rättsfall**

NJA 1960 s. 529

NJA 1987 s. 692

NJA 1963 s. 105

NJA 1990 s. 745

NJA 1973 s. 175

NJA 1995 s. 437

NJA 1973 s. 248

NJA 1998 s. 610

NJA 1974 s. 526

NJA 2002 s. 17

NJA 1978 s. 147

NJA 2006 s. 638

NJA 1986 s. 696

RH 1996:154

## **Övrigt**

AMN 2000:20

Walford v. Miles [1992] ALL. E.R. 453.

# Examination

Opposition på uppsatsen äger rum den 2 december 2011.

Examinator: Ingmar Svensson

Opponent: Jonas Öqvist

Robin Palmgren registrerades för första gången på kursen för examensarbetet under augusti 2011 och har inte omregistrerats på kursen eller deltagit i några tidigare examinations-tillfällen.