



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sven Albinsson

Prekontraktuellt skadeståndsan- svar

En komparativ studie mellan svensk och engelsk
rätt

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Lindell-Frantz

Skadeståndsrätt

Termin 9

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Ämnesområdet	5
1.2 Det prekontraktuella skadeståndsansvarets historik	5
1.3 Syfte	5
1.4 Avgränsningar	6
1.5 Disposition	6
2 METOD	8
2.1 Rättsdogmatisk metod	8
2.2 Komparativ metod	9
3 DET ENGELSKA RÄTTSSYSTEMET	13
3.1 Common law och equity	13
3.2 Tolkning av rättskällor	14
3.2.1 Tolkning av rättsfall	14
3.2.2 Tolkning av författningstexter	16
4 BUNDENHET AV AVTAL	17
4.1 Avtalsbundenhet i svensk rätt	17
4.2 Avtalsbundenhet i engelsk rätt	18
4.3 Prekontraktuella avtal	19
4.3.1 Prekontraktuella avtal inom svensk rätt	19
4.3.2 Prekontraktuella avtal inom engelsk rätt	20
5 REN FÖRMÖGENHETSSKADA	21
5.1 Ren förmögenhetsskada inom svensk skadeståndsrätt	21

5.1.1	Ren förmögenhetsskada	21
5.1.2	Utvidgning av ren förmögenhetsskada i rättspraxis	22
5.1.3	Det negativa kontraktsintresset	23
5.1.4	LOU – ett avsteg från huvudregeln	23
5.2	Engelsk rätt	25
6	PREKONTRAKTUELLT SKADESTÅNDSANSVAR I SVENSK RÄTT	28
6.1	Lojalitetsplikt mellan parterna	28
6.1.1	Avsiktsförklaringens påverkan på lojalitetsplikten	31
6.2	Förutsättningarna för culpa in contrahendo	32
6.2.1	Kasualitetskravet mellan skada och skadevällande handling	32
6.2.1.1	Adekvansbedömning i svensk rättspraxis	33
6.2.1.2	Skadestånd utan adekvat kausalitet	34
6.2.1.3	Beviskravet vid adekvansbedömning	34
6.2.2	Culpa	35
6.2.2.1	Culpabedömning	35
6.2.2.2	Culpabedömning relaterat till prekontraktuell ansvar	37
6.2.2.3	Beviskravet vid culpabedömning	38
6.3	Beräkning av ersättning	38
7	PREKONTRAKTUELLT ANSVAR I ENGELSK RÄTT	40
7.1	Tre förhållningssätt till prekontraktuella skador	40
7.2	Prekontraktuell skadeståndsansvar i engelsk rättspraxis	41
7.2.1	Regalian Properties plc v. London Docklands Development Corp.	41
7.2.2	British Steel Corpn v Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd	43
7.2.3	Slutsatser av rättsfallen	43
7.3	Relationen mellan contract law och unjust enrichment	44
7.3.1	Contract law	44
7.3.2	Unjust enrichment	44
7.3.3	Prekontraktuella skadestånd och tort law	46
8	AVSLUTANDE ANALYS	48
8.1	Reflektioner över metodval	48
8.2	Analys av svensk rätt	48
8.3	Analys av engelsk rätt	50
8.4	Likheter och skillnader mellan svensk och engelsk rätt	52
8.5	Bör svensk rätt ta intryck av något från den engelska rätten?	53
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	56

Summary

The main purpose of this essay is to analyse the responsibility for pre-contractual damages within Swedish and English law. The study focuses on Swedish law, and as a consequence of that, Swedish law will be described more in detail. Traditional judicial method has been applied combined with a comparative method. In order to use comparative method, the judicial problem that is to be compared needs to be identical in both of the law systems, a so called *tertium comparationis*. Due to fundamental differences between the English common law system and the Swedish civil law system, the essay briefly introduces the reader to the basics of common law, a system where “law” and “equity” are cornerstones. The essay also introduces the reader to essential contract law. In this area, the most important difference between the two compared law systems is that an offer can not be withdrawn under Swedish jurisdiction while English law do not recognize the binding of only one part. Instead, the other part must have accepted the offer and by doing that the whole agreement becomes binding. Another issue where basic knowledge is required is in connection with pure economic losses. This term cannot be translated into the Swedish term “*rena förmögenhetsskador*”. The main reason for this is that “pure economic loss” includes damages that affect a third person, which the Swedish term does not.

In Swedish law, precontractual damages are regulated through a model called *culpa in contrahendo*. While involved in contract negotiations, a duty of loyalty arises. When this duty becomes strong enough and one of the negotiating parties breaches it, *culpa in contrahendo* is at hand. This means that precontractual damages are compensated up to negative contract interest. In order to get compensated, the claimant must show that the other party has acted negligent and that there is causality between the acting and the damage. In English law, precontractual liability is regulated in a variety of ways. It is most common that precontractual damages are dealt with on contractual basis, recognizing a quasi-contract that existed but was hidden from the parties that tried to negotiate a larger contract but failed in doing so. Another way of approaching the problem is to apply the rules of unjust enrichment. It is also possible, under some special circumstances, to use the law of tort when dealing with precontractual damages. The fact that English courts have chosen different ways to regulate precontractual liability makes it difficult to anticipate the outcome of an eventual judicial process. It can therefore be said that much depends on the circumstances in the individual case. It is interesting that both jurisdictions apply the same main rule, namely that each party negotiates at his own risk and therefore bears the risk of failed negotiations. Both Swedish and English courts seem to be reluctant to deviate from this rule. In some situations, however, courts recognize precontractual liability. If these exceptions from the main rules did not exist, it would be possible to act deceitful when negotiating a contract which in the long run would lead to great disadvantages for society.

Sammanfattning

Uppsatsens övergripande syfte är att jämföra och analysera hur prekontraktuell skadeståndsansvar regleras inom svensk och engelsk rätt. Studien lägger tyngdpunkten vid svensk rätt, varför denna beskrivs något mer ingående än den engelska. Den metodologiska ansatsen är såväl rättsdogmatisk som komparativ. Beträffande den komparativa delen jämförs ett juridiskt problem som är identiskt i de båda rättsordningarna, ett så kallat tertium comparationis. Då det föreligger fundamentala skillnader mellan de båda rättssystemens struktur görs en översiktlig beskrivning av det engelska common law-systemet. Detta rättssystem grundar sig på såväl "law" som "equity" och har därför ett annorlunda sätt att förhålla sig till rättskällor än det svenska rättssystemet.

I uppsatsens inledande kapitel redogörs för hur de båda rättssystemen ser på avtalsslutande. Den mest markanta skillnaden är att svensk rätt grundar sig på löftesprincipen och på så sätt binder anbudsgivaren vid sitt anbud medan engelsk rätt vilar på kontraktprincipen, vilket innebär att anbud inte är bindande. Vidare beskrivs inledningsvis i uppsatsen rena förmögenhetsskador, ett begrepp som trots ordagrann översättning mellan engelska och svenska inte har samma juridiska innebörd i de båda rättsordningarna. Den mest påtagliga skillnaden torde vara att också tredjemansskador ingår i engelskans "pure economic loss".

Beträffande det prekontraktuella skadeståndsansvaret regleras detta i svensk rätt enligt modellen culpa in contrahendo. Under en avtalsförhandling uppstår en lojalitetsplikt mellan parterna. När denna blir tillräckligt stark, och någon av parterna bryter mot lojalitetsplikten föreligger culpa in contrahendo och skadeståndsansättning för det negativa kontraktssintresset utgår. För skadestånd krävs dels culpöst beteende, dels ett orsakssamband mellan culpöst beteende och skada. Inom engelsk rätt är rättstillämpningen beträffande prekontraktuell skadeståndsansvar mer fragmenterad. Vanligast är att prekontraktuella skador ersätts enligt avtalsrätt, trots att inget egentligt kontrakt föreligger, men det är också möjligt att angripa problemet med "unjust enrichment" och i vissa specifika fall med "tort law". Engelska domstolar har valt olika tillvägagångssätt beroende på omständigheterna i det individuella fallet, varför rättstillämpningen är svår att överblicka.

I uppsatsens analysdel fokuseras på såväl engelsk som svensk rättstillämpning. En intressant slutsats är att de båda rättssystemen vilar på samma huvudregel, det vill säga att varje part bär sitt eget ansvar för havererade avtalsförhandlingar, samt att båda ländernas domstolar i stor utsträckning håller sig till denna huvudregel. Att i vissa situationer frångå huvudregeln innebär ett incitament till avtalsförhandlande parter att vara mer försiktiga då de kan bli ansvariga för kostnader som uppkommer hos motparten. Att däremot aldrig utdöma skadestånd för prekontraktuella skador skapar misstro för rättsväsendet då det i princip uppmanar till bedrägligt beteende.

Förord

Så är det dags att lämna tiden som student vid Juridicum i Lund bakom mig, efter drygt fyra års studier. Det har varit arbetsamma men samtidigt lärorika år, präglade av den dualitet som finns mellan ”lång dags färd mot natt” och ”vind i seglen”. När jag nu ser tillbaka på studietiden är min upplevelse att det juridiska sättet att tänka inneburit helt nya möjligheter att förhålla mig till verkligheten på.

Under min studietid har flera personer varit särskilt betydelsefulla. För det första vill jag tacka jur. doktor Eva Lindell-Franz, som genom inspirerande föreläsningar under termin två var den som väckte mitt intresse för förmögenhetsrättens alla snårigheter. Eva har även varit handledare för mitt examensarbete. Tack för att du erbjöd dig att vara tillgänglig för eventuella frågor sommaren 2008 samt för att du tog dig tid att läsa mitt uppsatsmanus, trots att du befann dig på en resa. Jag vill även tacka för din alltid lika distinkta juridiska skärpa och noggrannhet. Din handledning har varit ytterst konstruktiv.

Docent Katarina Olsson och professor Lars-Göran Malmberg förtjänar också ett tack för intressanta valbara kurser inom fördjupningsterminerna. Jag vill även rikta ett tack till jur. doktor Karol Nowak för intressanta diskussioner vid kaffeautomaten bland annat rörande övervakningssamhället.

Så vill jag tacka mina föräldrar Gunilla och Anders Albinsson. Ni är båda de viktigaste förebilderna i mitt liv. Utan er kärlek och engagemang i såväl stora som små frågor hade jag inte blivit den jag är idag. Och så min mormor, Aina Juhlin, som på grund av fyra års sjukdom inte längre aktivt följer mig på min väg genom livet. Tack för den villkorlösa kärlek och all omsorg du alltid visat mig!

Allra sist går mina tankar till familjens ögonsten, den strävvhåriga foxterriern Bilbo, som i slutskedet av mitt uppsatsskrivande hastigt lämnade oss. Tack älskade Bilbo för alla positiva, glada minnen som du lämnat till mig och för hjälp med juridikstudierna i form av långa skogspromenader alternativt sömn över lagbok och kurslitteratur.

Lund
Oktober 2008

Sven Albinsson

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
DS	Departementsserien
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk tidsskrift
Kap.	Kapitel
LOU	Lag om offentlig upphandling, SFS 1992:1528
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
SkL	Skadeståndslagen, SFS 1972:207
SvJT	Svensk juristtidning
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law

1 Inledning

1.1 Ämnesområdet

Komplexiteten i ekonomiska transaktioner har ökat under de senaste decennierna. I vissa speciella avtalssituationer förväntas den ena parten utföra arbete eller på annat sätt dra på sig kostnader i väntan på att ett slutligt kontrakt ska komma till stånd. I de fall då det väntade kontraktet uteblir uppstår problem. Detta lämnar den ena parten med kostnader som har uppstått antingen på grund av eget risktagande eller beroende på att medkontrahenten agerat otillbörligt. Svensk och engelsk rätt har här valt att reglera frågan på olika sätt. I Sverige tillämpas rättsfiguren culpa in contrahendo medan engelska domstolar främst utgår från avtalsrätt samt andra lösningar som tangerar avtalsrätt.

1.2 Det prekontraktuella skadeståndsansvarets historik

Culpa in contrahendo, det vill säga klandervärt beteende i samband med avtals ingående, är ett gammalt begrepp med ett oprecist innehåll.¹ Rättsfiguren kan dateras till 1860-talet, då tysken Jhering ”upptäckte” det förkontraktuella ansvaret i samband med avtalsförhandlingar. Rättsfiguren antydde emellertid redan i preussisk rätt 1794 och tankarna kan även spåras tillbaka till den romerska rätten. De nordiska ländernas rättssystem influerades av tysk rätt, varför culpa in contrahendo snabbt spred sig till dessa efter att begreppet upptagits i tysk rättspraxis. I Sverige har rättsfiguren aldrig fått någon egentlig genomslagskraft i rättstillämpningen. Culpa in contrahendo existerar, och är idag gällande rätt, men den exakta definitionen av begreppets innebörd kan vara något vag. Blickar vi mot de anglosachsiska rättssystemen valdes här andra sätt att lösa problem som uppstår i samband med havererade avtalsförhandlingar. Skillnaden mellan den civilrättsliga lösningen och den anglosachsiska kan till viss del förklaras genom common law-systemet, som vilar på en annan rättstradition än de kontinentaleuropeiska rättssystemen.²

1.3 Syfte

Uppsatsens övergripande syfte är att jämföra svensk och engelsk rätt avseende möjligheterna att erhålla prekontraktuellt skadestånd. Uppsatsen tar utgångspunkt i följande frågor.

¹ Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12:e uppl. Studentlitteratur, 2002, s. 110

² Kleineman, Jan, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, *Juridisk Tidsskrift* nr 1 1991/92, s. 125

- Vilka är förutsättningarna för prekontraktuellt skadeståndsansvar i svensk rätt?
- Vilka är förutsättningarna för prekontraktuellt skadeståndsansvar i engelsk rätt?
- Vilka likheter och skillnader finns mellan de båda ländernas rättstillämpning på detta område och bör svensk rätt ta intryck av den engelska rättstillämpningen?

1.4 Avgränsningar

Föreliggande uppsats tar utgångspunkt i den svenska culpa in contrahendo-modellen, varför svensk rättstillämpning studeras mer ingående än engelsk rätt. Detta innebär att vissa aspekter, exempelvis bevisstyrka, utelämnas helt i den engelska delen. I uppsatsen tas varken handpenningsavtal eller formalavtal upp, såsom köp av fastighet. Ej heller köp av bostadsrätt behandlas. I analysdelen diskuteras om svensk rätt borde ta intryck av den engelska rättstillämpningen i samband med prekontraktuella skadeståndsfrågor. Omvänt förhållande, det vill säga analys av engelsk rätt i ljuset av svensk rätt, förekommer inte. Den del av uppsatsen som behandlar rena förmögenhetsskador är sammanfattad, i syfte att inte skapa ett stickspår för läsaren. När det gäller lojalitetsplikten inom svensk rätt kan denna sägas innehålla flera olika aspekter. Sekretessplikt är en aspekt som helt utelämnas, då den saknar betydelse i en culpa in contrahendo-situation. Beträffande rättsfallsreferat behandlas vissa rättsfall, såväl svenska som engelska, mer utförligt än andra. Anledningen till detta är att det, enligt min bedömning, i en del rättsfall varit nödvändigt att utveckla omständigheterna för att skapa förståelse för läsaren och utföra en välunderbyggd utredning av rättsläget. Vad gäller EG-rätten intar denna en speciell position inom engelsk rätt, då den svårigen kan anpassas till common law-systemet. I uppsatsen behandlas dock inte detta, eftersom EG-rätt inte på något sätt reglerar prekontraktuellt skadeståndsansvar. I denna uppsats behandlas inte heller jämkning av skadestånd.

1.5 Disposition

I uppsatsens första kapitel behandlas kort den historik som rör prekontraktuellt skadeståndsansvar. Därefter följer, i kapitel två, den metodologiska ansatsen, som består av såväl rättsdogmatisk som komparativ metod. För att skapa en generell förståelse för den engelska rätten redogörs i nästa del, kapitel tre, för hur detta rättssystem är uppbyggt. I uppsatsens fjärde kapitel studeras de principer som styr avtals ingående inom såväl svensk som engelsk rätt. Då begreppet ren förmögenhetsskada är centralt redogörs i kapitel fem för detta begrepp inom svensk rätt, liksom för motsvarigheten inom engelsk rätt kallad "pure economic loss". Nästa del i uppsatsen behandlar prekontraktuellt skadeståndsansvar inom svensk rätt. Här beskrivs den loja-

litetsplikt som skadeståndsansvaret grundas på samt de allmänna skadeståndsrättsliga förutsättningar som ska vara uppfyllda för att aktualisera skadeståndsansvar. Efter beskrivningen av det svenska rättsläget utreds i kapitel sju det prekontraktuella skadeståndsansvarets utformning och omfattning inom engelsk rätt. Där beskrivs primärt tre modeller och utgångspunkt tas i två på området centrala rättsfall. Uppsatsen avslutas med en analysdel, kapitel åtta, där svensk och engelsk rätt analyseras och jämförs. Viss analys förekommer också i den löpande texten.

2 Metod

2.1 Rättsdogmatisk metod

En given metodologisk utgångspunkt inom rättsvetenskaplig forskning är den rättsdogmatiska metoden. Den innebär att med utgångspunkt i rättskäl-
leläran fastställa gällande rätt inom ett visst område. Forskare som tillämpar
denna metod studerar lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin.³ Högst
dignitet har lagstiftningen, med vilken förstås lagar och andra författningar
även om de sistnämnda inte har formell status som lag. Vid sidan av denna
rankas lagförarbeten, vilket åsyftar allt skriftligt material som spelat roll vid
tillkomsten av lagen. Vanligtvis studeras endast vissa dokument som anses
vara av särskild vikt, nämligen betänkande av lagkommitté eller annan
grundläggande utredning, departementschefs yttrande i proposition till
Riksdagen, yttrande av Lagrådet samt yttrande av riksdagsutskott. Skälen
till att beakta lagförarbeten är många, men ett av de viktigaste kan sägas
vara att skapa en mer enhetlig rättstillämpning. I fråga om rättspraxis beak-
tar rättsvetaren oftast prejudikat, det vill säga mönsteravgöranden. När an-
nan praxis studeras är det viktigt att beakta domstolavgörandenas hierarki.
Domar från högsta domstolen/regeringsrätten har i svensk rättstillämpning
högst rang, följt av domar från hovrätterna/kammarrätterna. Lägst ner i hie-
rarkin återfinns domar från tingsrätterna/länsrätterna. Det innebär att rätts-
praxis inte alltid ger uttryck för det gällande rättsläget, om den inte har till-
räckligt hög dignitet. Vidare innefattas i begreppet rättspraxis sedvanerätt,
det vill säga domstolars rättsedvänja att följa en viss lösning av ett rättstil-
lämningsproblem. Doktrin brukar inte klassificeras som en egentlig
rättskälla. Detta är inte helt rättvisande, eftersom doktrin i praktiken ofta
fungerar som en rättskälla. Särskilt betydelsefull är doktrinen i fråga om
centrala begrepp som inte definieras i lagtexten, exempelvis uppsåt, oakt-
samhet och liknande.⁴

I föreliggande uppsats har lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin stude-
rats. Då culpa in contrahendo är en rättsfigur som saknar stöd direkt i lag
och då det finns relativt lite rättspraxis på området har doktrin spelat en av-
görande roll. I doktrin innefattas också Karnovs Internetupplaga, inne-
hållandes lagtextkommentarer av personer med högt anseende inom sitt äm-
nesområde. Beträffande vissa områden som tangerar ämnet, och är av vikt
för att förstå och kunna tillämpa rättsfiguren culpa in contrahendo, har såväl
lagtext som en väl utvecklad rättspraxis studerats. Exempel på ett sådant
område är avsnittet om ren förmögenhetsskada samt den del av uppsatsen
som innehåller en mer allmän definition av begreppet culpa. Vid ett tillfälle
hänvisas till UNIDROIT Principles. Detta är "lagtext" från en fristående,
mellanstatlig organisation med säte i Rom, vars mål är att harmonisera civil-

³ Andersson, Ulrika, *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av skydd mot sexuel-
la övergrepp*, 2004, Bokbox Förlag, s. 38 f

⁴ Jahreborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus förlag, 2001, s. 101 ff

rätten inom dess medlemsstater. Syftet med UNIDROIT Principles har inte varit att lagstifta utan snarare sammanfatta gällande rätt och fastställa principer som gäller i samtliga medlemsstater. Ändå kan denna rättskälla inte ges status som svensk lag utan bör snarare ses som doktrin alternativt allmänna rättsgrundsatser. Om UNIDROIT ses som allmänna rättsgrundsatser bör reglerna tillskrivas högre dignitet än doktrin.

Inte bara engelska rättsfall har studerats utan i viss mån också rättsfall från andra common law-länder. Det beror på att engelska domstolar hänvisar till andra common law-länders rätt, vilka ibland har varit kolonier. Även i dessa före detta kolonistater hänvisas vid rättstillämpningen till engelsk rätt och sådana analyser kan i vissa fall vara intressanta eftersom rättssystemen fortfarande är nära sammanflätade. En rättsdatabas som visat sig vara av stort värde för uppsatsen är Westlaw, genom vilken det varit möjligt att söka i engelsk rättspraxis. För en utförligare beskrivning av rättskällevärdet inom engelsk rätt, se kapitel tre.

I denna uppsats tillämpas såväl en deskriptiv som analytisk ansats. Den deskriptiva delen utgörs av en beskrivning av gällande svensk och engelsk rätt. Avslutningsvis jämförs och analyseras de båda rättssystemen i förhållande till varandra, vilket utgör uppsatsens analytiska del. Dessutom förekommer, på vissa ställen, analys och egna tolkningar i texten. Sådan analys är tydligt markerad, då jag uttrycker att det på dessa platser i texten är fråga om min egen tolkning. Noteras bör också att källhänvisningar saknas på dessa stycken eller meningar.

2.2 Komparativ metod

Inom samhällsvetenskaperna är de komparativa metodologiska aspekterna ett växande fält. Kännetecknande för studier av komparativ karaktär är presumptionen att det finns likheter eller skillnader som bedöms som viktiga att studera för förståelse av ett visst objekt eller en viss social företeelse.⁵ Uppsatsens övergripande syfte är att jämföra svensk och engelsk rätt avseende möjligheterna att erhålla prekontraktuellt skadestånd, varför uppsatsen får sägas ha ett starkt komparativt inslag. En rättsvetenskaplig studie blir komparativ till sin karaktär först när syftet med studien är att utröna, och eventuell vidare bearbeta, likheter och skillnader mellan två skilda rättsordningar. Studier där jämförelsen endast är en biprodukt är alltså inte komparativ. Komparativ rättskunskap omfattar också behandling av metodologiska problem som uppkommer i samband med studier av utländsk rätt.⁶

Komparativ metod har idag tillerkänts större praktisk betydelse än tidigare, någonting som Bogdan illustrerar med följande citat:

⁵ Denk, Thomas, *Komparativ metod- förståelse genom jämförelse*, Studentlitteratur, 2002, s. 7

⁶ Bogdan, Michael, *Komparativ Rättskunskap*, 2:a uppl. Norstedts Juridik, 2003, s. 18 - 22

För inte så längesedan ansågs komparativ rätt vara en lekstuga för verklighetsfrånvända teoretiker med något avvikande intressen. Rättskomparatister brukade av skämtsamma kollegor definieras som jurister vilka i sitt hemland gällde för att vara experter på utländsk rätt medan de i utlandet gav sig ut för att vara experter på sitt hemlands lag. Idag erkänner man dock helt allmänt att komparativa studier kan bidra mycket till juridisk utbildning och forskning.⁷

På ett europeiskt plan är det troligt att Sveriges medlemskap i EU i framtiden kommer att ställa krav på kunskaper i utländsk rätt hos de svenska juristerna. Framför allt är det de ”tunga” EG-ländernas rätt som kan vara av vikt, såsom tysk, fransk och engelsk rätt.⁸ Flera såväl för- som nackdelar kan lyftas fram när det gäller komparativ metod. Genom tillämpandet av ett spegelbildsperspektiv är det möjligt att erhålla värdefull kunskap om andra länder, som i förlängningen leder till analys och ökad förståelse för det egna landet. I förlängningen skulle spegelbildsperspektivet kunna bidra till alternativa metoder att organisera samhällslivet, liksom nya synsätt och reflektioner över de egna sociala systemen och den kulturbundenhet som inrangeras i dessa. Ytterligare en fördel med att använda den komparativa metoden är att komparatisten genom anläggande av det så kallade differensperspektivet kan ställa frågor om varför länder utvecklas på liknande alternativt olik sätt inom vissa områden.⁹

Komparativ rättskunskap kan användas för att bättre förstå sin egen rättsordning, såväl vid arbete de lege lata som vid arbete de lege ferenda. Att lära sig av utländska erfarenheter är inom naturvetenskaperna, medicin och teknik en självklarhet vilket inte får sägas vara fallet inom juridiken.¹⁰ Detta kan bero på flera olika faktorer, men sannolikt främst på det faktum att studier av utländsk rätt generellt medför problem. En grundläggande förutsättning för att kunna jämföra med ett annat rättssystem är korrekta och aktuella kunskaper om den främmande rätten. Utan sådana kunskaper kan inte en meningsfull rättsjämförelse göras. Samma gäller givetvis också det egna rättssystemet, men konstateras kan att korrekta kunskaper om utländsk rätt ofta är avsevärt mycket svårare att skaffa sig. En rättskomparatist är hänvisad till att skaffa sig dessa kunskaper genom studier av utländskt juridiskt material, såsom författningar, rättsfall, böcker och artiklar. Här krävs, förutom språkkunnighet, också att rättskomparatisten har förståelse för den utländska juridiska terminologi som används. Den största faran är att, medvetet eller omedvetet, utgå från att juridiska begrepp, rättskällors dignitet i förhållande till varandra, rättsinstitut samt rättstolkning är de samma i utländsk rätt som inom svensk rätt. För en svensk jurist kan det, av förståeliga skäl, te sig naturligt att antaga att engelska domstolar söker ledning i förarbeten i likhet med vår egen rättsordning, vilket är långt ifrån sanningen. För att undvika denna typ av problem måste den som jämför två rättssystem befria sig från det egna rättssystemets tankebanor. Det går därför att till viss grad generalisera och säga att en person utan några som helst juridiska kun-

⁷ Bogdan, Michael, 2003, s. 26

⁸ Bogdan, Michael, 2003, s. 21

⁹ May, Tim, *Samhällsvetenskaplig forskning*, Studentlitteratur, 2001, s. 247 f

¹⁰ Bogdan, Michael, 2003, s. 30

skaper vid en komparativ studie skulle råka ut för vissa typer av fel, medan en person med juridisk utbildning sannolikt skulle begå helt andra typer av fel. Konstateras kan emellertid att både den erfarne och den oerfarne begår fel vid komparativa studier.¹¹

Ibland kan det vid studier av utländsk rätt vara en fördel att studera sekundärkällor, eftersom det är allmänt känt att domare och praktiserande jurister använder sig av, och hyser stor tilltro till, dessa källor vid praktiserande av sina yrken. Det är dessutom så att den utländske juristen sällan kan tillgodogöra sig primärkällornas innehåll utan bakgrundsinformation, vilket sekundärkällor bidrar med. Poängteras bör dock att rättskällorna måste tolkas och rangordnas exakt som i ursprungslandet. Först och främst måste, som tidigare nämnts, ett rättssystem studeras i sin helhet för att jämförelsen ska bli korrekt. I förhållandet mellan svensk och engelsk rätt kan detta exemplifieras med strukturen inom rättssystemen. Den svenska uppdelningen i offentlig rätt och privaträtt kan inte hittas inom engelsk rätt. På samma sätt kan inte någon liknande uppdelningen i law och equity återfinnas i Sverige. Trots att systemen inte ser likadana ut kan de stå inför identiska juridiska frågeställning men välja olika sätt att lösa dem.¹²

En annan potentiell felkälla är översättningsproblemen. Det kan vid första anblick tyckas som att en ordbok borde hjälpa rättskomparatisten tillräckligt för att kunna utföra studien obehindrat, men så är sällan fallet. Juridiska termer har ofta den nackdelen att de förekommer i vardagsspråket och inte sällan med en diffus och otydlig innebörd jämfört med den innebörd de har i rättsliga sammanhang. Ett exempel kan tas i termen "attempt" som ju betyder "försök". Ett "attempt to commit a crime" behöver nödvändigtvis inte ha samma rättsliga innebörd som brottsbalkens 23 kap. eftersom bedömningen av vad som utgör ett försök eller inte sker på olika sätt, bland annat genom placering av försökspunkten. En annan aspekt som rättskomparatisten måste beakta är skillnaden mellan död och levande rätt. Det är nämligen förekommande i de flesta rättsordningar att vissa rättsregler är obsoleta, det vill säga att de ej längre tillämpas. En jurist hemmahörande i ett land där livstids fängelse i realiteten innebär livstids fängelse blir sannolikt förvånad över att brottslingar i Sverige döms till livstids fängelse i kombination med utvisning ur landet, någonting som kan framstå som ett rent förnedringsstraff. Svårigheten för den icke svenska juristen är att förstå den reella innebörden av livstids fängelse, vilket ju inte framgår av lagtexten.¹³

Kärnan i en komparativ studie är jämförelsen. Med jämförelse avses ställande av två eller flera element, i två eller flera rättsordningar, mot varandra och fastställa likheter och skillnader mellan elementen. För att kunna utföra en sådan jämförelse krävs att jämförelseobjekten har något gemensamt drag eller gemensam nämnare, en tertium comparationis. Detta är någonting som alla jämförelser, såväl komparativa som övriga, kräver för att de ska vara meningsfulla. Normalt är det mest relevanta för studien att jämföra rättsreg-

¹¹ Bogdan, Michael, 2003, s. 42 - 45

¹² Bogdan, Michael, 2003, s. 45 - 57

¹³ Bogdan, Michael, 2003, s. 45 - 57

lernas innehåll inom de olika rättsordningarna, vilket då förutsätter att rättsreglerna syftar till att reglera samma problem. Helt klart är att det faktum att två rättsregler har identisk eller liknande beteckning i de båda ländernas juridiska terminologi inte på något sätt garanterar jämförbarhet. Den fråga som rättskomparatisten bör ställa sig är ifall reglerna syftar till att reglera samma typ av problem i människors liv. Är svaret på frågan jakande föreligger tertium comparationis.¹⁴

Komparativa studier kan i huvudsak ta sin utgångspunkt i tre övergripande former. Den deskriptiva formen handlar om att beskriva ett objekt eller en händelse i ett eller flera länder, medan den förklarande även söker svar på frågan varför en situation hanteras på ett visst sätt alternativt ett objekt behandlas som det gör. I denna form står orsaksrelationer i centrum för analysen. Prediktionsstudier slutligen är måhända mest vanlig inom det statsvetenskapliga området då dessa syftar till att göra förutsägelser om framtida situationer.¹⁵

Uppsatsens övergripande syfte är att beskriva hur prekontraktuellt skadeståndsansvar regleras i svensk och engelsk rätt, vilket slutligen utmynnar i en jämförelse mellan rättsordningarna. Det är således fråga om en komparativ studie i syfte att studera den egna rättsordningen i ljuset av en annan. Initialt kan också konstateras att det här inte är två rättsregler med identisk eller liknande beteckning som jämförs, utan att det är ett juridiskt problem som jämförs och att problemet i de båda rättsordningarna är exakt det samma. Detta innebär att tertium comparationis föreligger. Vidare får den komparativa studien sägas vara av deskriptiv karaktär, då den beskriver rättsregler i engelsk och svensk rätt utan att söka svar på frågan varför rättsreglerna är utformade på ett visst sätt. För att göra en god jämförelse ser Bogdan det som en förutsättning att det finns grundläggande förståelse för det rättssystem inom vilket rättskomparatisten inte är hemmahörande. Med stöd av detta resonemang beskrivs tidigt i uppsatsen det engelska rättssystemet i allmänhet, se kapitel tre.

Att studera flera sekundärkällor inom den engelska rätten innebär att förståelse skapas för kringliggande omständigheter. Det kan också vara ett bra sätt att undgå att studera och hänvisa till obsoleta rättsregler. Även studier av rättsfall minskar risken för att hänvisa till obsolet rätt, eftersom engelska rättsfall generellt innehåller mer ingående resonemang kring rättsläget än vad svenska rättsfall gör. Hänsyn måste också tas till det som Bogdan benämner som översättningsproblemet. Detta är inte kopplat till det engelska språket i sig utan snarare till engelska juridiska facktermer som också förekommer som vardagsord. Översättningsproblemet är någonting som jag i egenskap av komparatist ständigt måste vara observant på under utredningsarbetet.

¹⁴ Bogdan, Michael, 2003, s. 62 f

¹⁵ Denk, Thomas, 2002, s. 8 - 20

3 Det engelska rättssystemet

3.1 Common law och equity

Common law grundades genom den av engelska domstolar¹⁶ skapade sedvanerätten. De kungliga domarna reste under tidig medeltid runt i landet för att lösa diverse tvister genom tillämpande av för orten lokal sedvanerätt. Under vinterhalvåret samlades de dock i London och interagerade med varandra. Efter hand uppstod på så sätt en mer enhetlig rättstillämpning, vilket namnet common law indikerar. Common law tillkom således inte genom ett politiskt beslut utan istället genom prejudikatbildande verksamhet. Tidigt etablerades den så kallade stare decisis-principen, enligt vilken tidigare prejudikat ska följas.¹⁷ Stare decisis-principen ger i modern rättstillämpning för handen att praxis är bindande för alla domstolar av samma eller lägre rank. I ett uttalande från 1967 frånsade sig dock House of Lords bundenhet av tidigare praxis i situationer ”when it appears right to do so”.¹⁸ Inom common law har proceduren en framträdande roll. Visserligen finns idag också väl utvecklade materiella regler, men det kan vara värt att notera att det inte alltid har varit så. Tidigare såg juristerna som sin roll att sköta den processuella delen medan den materiella bedömningen lämnades åt juryn. Konsekvensen av detta är idag att åtskilliga frågor som i Sverige betraktas som materialrättsliga i England ses som processuella, exempelvis frågor rörande kvittning och preskription. En annan fundamental skillnad mellan rättssystemen är att engelsk rätt inte gör någon skillnad på offentlig rätt och privat rätt. Tidigare gick en stämning i England till på så sätt att ett så kallat ”writ” fylldes i av kåranden och skickades in till en av regenten utsedd myndighet. Det var sedan kronan som stämde svaranden, vilket gjorde partförhållandet något annorlunda än vad en svensk jurist är van vid. Trots att systemet med ”writs” avskaffades för över 100 år sedan finns ännu inte någon indelning i offentlig och privat rätt, eftersom den gamla begreppsbyggnaden och rättsliga strukturen lever kvar som ett arv från äldre tider.¹⁹

Förutom common law utgår engelsk rätt också från påbyggnaderna statute law och equity law. Statute law är det system av rättsregler som skapats av parlamentet, som vid utfärdande av lagar upphäver och förändrar common law. Statute law ska tolkas snävt, då common law anses innefatta den egentliga rätten. Equity tillkom under 1400-talet för att fylla ut luckor i rättstillämpningen som common law inte klarade av att hantera. I sin barndom skapade nämligen common law i vissa fall orättvisa. Ett exempel på en sådan situation är att det inom skadeståndsrätten endast var möjligt för en skadelidande att få ersättning under förutsättning att han hittade ett fall som passade in exakt på den specifika situationen. Detta berodde på att common

¹⁶ Se bilaga A som utgör en skiss över dagens engelska domstolsväsende

¹⁷ Bogdan, Michael, 2003, s. 106 f

¹⁸ Holmgren, Sven; Lundqvist, Dick, *Letter of Intent – Värt mer än pappret?*, Studentlitteratur, 1988, s. 12

¹⁹ Bogdan, Michael, 2003, s. 110 - 111

law inte kunde medge undantag från sina egna fastställda begränsningar. Equity består av diverse olika regler, varav de flesta kan härledas ur moral-principer.²⁰ Equitys tillämpningsområde konkurrerar till stor del med common laws tillämpningsområde.²¹ Därför är huvudprincipen att equity inte får bryta mot den befintliga common law, en princip som brukar benämnas equitas sequitur legem, vilket ordagrant betyder ”equity följer lagen”. Redan år 1616 fastställdes dock att vid konflikter mellan common law och equity är det equity som har företräde. I en sådan situation är dock inte common law-regeln ogiltig, utan det är equity-domstolen som utfärdar ett förläggande mot någon av parterna. Denna part, vars talan kanske är rättsligt välgrundad men orättvis, förbjuds fullfölja sin talan alternativt förhindras att få domen verkställd. Idag framgår detta ur 1981 års Supreme Court Acts. Poängteras bör att equity endast utgör ett komplement till common law. Därför bör en engelsk jurist, sysselsatt med utredningsarbete, först utreda gällande rätt inom common law, därefter besvara frågan om equity på något sätt påverkar bedömningen av rättsläget. Vilken fråga som helst kan vara föremål för såväl common law som equity, någonting som styrs av gammal tradition snarare än logik. Konstateras kan dock att equity har störst påverkan på privat-rätten och i princip saknar betydelse inom straffrätten. Exempel på viktiga tillämpningsområden för equity är förebyggande av skadevållande handlingar, vilket common law inte har visat sig vara tillräckligt flexibelt att reglera då detta system endast kan kompensera skadelidande efter det att skada har uppstått. Ett annat exempel är att equity kan förpliktiga en part att utföra en naturaprestation. Detta är inte möjligt om endast common law tillämpas. Avslutningsvis bör nämnas att equity är baserat på principen att kärke part inte själv får ha betett sig otillbörligt eller klandervärt. Detta illustreras av talesättet ”he who comes to equity must come with clean hands”. Relaterat till common law är detta unikt, eftersom det inom denna rätt inte existerar några sådana begränsningar.²²

3.2 Tolkning av rättskällor

3.2.1 Tolkning av rättsfall

En kontinentaleuropeisk jurist utgår från en befintlig lagfäst rättsregel och härleder genom deduktion slutsatser av det enskilda rättsfallet. En engelsk jurist, däremot, jämför den aktuella frågeställningen med tidigare, liknande, fall i syfte att genom induktion ”vaska fram” den bindande rättsregeln. Inom såväl engelsk som svensk rätt spelar alltså prejudikat en avgörande roll, dock kan med stöd av ovan konstateras att juristers förhållningsätt till denna rättskälla skiljer sig åt mellan de båda rättssystemen. Beträffande engelska prejudikat kan dessa vara bindande för framtida mål, vilket skapar problem med gränsdragningar mellan vilka prejudikat som är bindande och

²⁰ Holmgren, Sven; Lundqvist, Dick, 1988, s. 12

²¹ Pearce, Robert; Stevens, John, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 4th ed. OUP Oxford, 2006, s. 17 - 24

²² Bogdan, Michael, 2003, s. 112 - 117

inte. Samma gränsdragning måste sedan göras inom de bindande prejudikaten, som ofta endast är bindande till vissa delar. Den bindande delen benämns *ratio decidendi* och utgörs av den rättsregel med vilken domstolen avgjorde målet, alltså det ställningstagande som var nödvändigt från domstolens sida för att avgöra målet. Den del av ett rättsfall som inte är bindande men ändå kan vara av relevans benämns som *obiter dictum*. Detta är uttalanden som gjorts av domstolen i samband med avgörandet men som inte varit av direkt avgörande betydelse för domslutet. Ändå kan *obiter dictum* ha så kallad ”persuasive authority”, det vill säga väga tungt i framtida domslut. En förutsättning för att ”persuasive authority” ska uppstå är att en ansedd domare har varit rättens ordförande. Engelska domare har vidare en tendens att så långt som möjligt låtsas att det inte är de själva som tillämpar den rättsskapande roll som de har i samhället. Istället vill de ge intryck av att de ”upptäcker” rättsregler som sedan tidigare legat ”dolda” i gällande rätt.²³

I de situationer då en domare uttryckligen förklarar att han skapar *obiter dictum* är det enkelt att dra gränser mellan de bindande och de icke-bindande delarna av ett prejudikat. Det är i de situationer då domaren själv inte är medveten om att han uttalar sig *obiter* som advokater, andra domare, rättsforskare, juridikstudenter med flera tvingas tolka var gränsdragningen ska göras. Detta har lett till att så kallad ”distinguishing” blivit viktig inom den engelska rätten. Precis som ordet antyder handlar det här om att skilja aktuell situation från tidigare prejudikat genom att peka på olikheter, vilket leder till att prejudikaten inte blir bindande för de väsentliga delarna av det aktuella fallet. ”Distinguishing” betraktas i England som en konst snarare än ett hantverk eller en vetenskap och skicklighet i detta kan vara avgörande för en jurist som hoppas på framgång. Bogdan illustrerar med ett exempel hur det med denna metod är möjligt att kraftigt begränsa verkan av ett bindande prejudikat. Antag att en engelsk domstol har fastslagit att hundägare har strikt skadeståndsansvar för sina hundar och att en advokat försöker begränsa verkan av detta prejudikat för sin klients räkning. Skillnader mellan fallet med den ursprungliga rättsregeln och klientens fall kan då urskiljas, till exempel att den ena hunden hette Ludde och den andra hunden hette Fido. Denna skillnad saknar dock betydelse, på samma sätt som att det saknar relevans vilken veckodag hundarna i de båda fallen valt att bita en människa på. Vad som dock i allra högsta grad kan vara av relevans är om det ena hundbettet skedde i hundägarens egen bostad och det andra på allmän plats. Här har advokaten ett utrymme att argumentera och peka på viktiga skillnader mellan fallen. Lyckas han med detta har den bindande verkan av det första, prejudicerande, fallet minskats betydligt.²⁴

I de fall då engelska domstolar ogillar ett tidigare prejudikat har de visat en tydlig motvilja till att upphäva det.²⁵ Den lösning som istället tillämpas är att de särskiljer fallet från andra rättsfall i sådan hög utsträckning att i prak-

²³ Bogdan, Michael, 2003, s. 118 - 120

²⁴ Bogdan, Michael, 2003, s. 120 f

²⁵ Card, Richard; James, Jennifer, Law for Accountancy Students, 7th ed. Oxford University Press, 2002, stycke 4.56

tiken samma effekt uppnås. Konsekvensen av detta är att vissa engelska rättsfall har förlorat all sin prejudikatverkan utan att domstolen öppet har erkänt att rättsregeln är obsolet.²⁶

3.2.2 Tolkning av författningstexter

Som tidigare nämnts tolkar engelska domstolar författningstexter restriktivt. Trots detta spelar författningstexter en viktig roll i det engelska rättssystemet då det finns vissa rättsområden som primärt regleras av författningar, exempelvis arbetsrätten.²⁷ Det kan därför vara av intresse att nämna de tolkningsprinciper som tillämpas i samband med att engelska domare studerar författningstexter. De anser generellt att lagstiftning utgör ett ingrepp i den ”riktiga” rätten, det vill säga common law, vilket är anledningen till att restriktiv tolkning av lagtext är huvudregeln. Lagstiftaren har på grund av detta blivit tvungen att kontra med att skapa utförliga lagtexter, som i detalj reglerar den aktuella rättsfrågan. Det finns också situationer där domstolar tillämpar andra tolkningsprinciper än den restriktiva, vilket den så kallade ”Golden Rule” är ett exempel på. Denna ger domstolen en möjlighet att avvika från bokstavstroheten när det är fråga om att undvika uppenbara orimligheter. Domstolen kan också välja att tolka lagen i ljuset av det samhällsproblem den syftar att reglera, vilket vanligtvis benämns som ”Mischief Rule”. Denna regel härleds ur ett gammalt rättsfall från 1584, Heydon’s case. Notera här att studierna av förarbeten avser lagens syfte och inte givna instruktioner om hur lagen bör tolkas. En annan viktig regel är ejusdem generis-regeln, enligt vilken exempelvis en hänvisning till ordet ”hundar, katter och andra djur” inte omfattar lejon och valar eftersom andra djur presumeras syfta på djur av liknande slag och alltså inte ska tolkas bokstavligt. En annan allmänt vedertagen tolkningsprincip är *expressio unius est exclusio alterius*, som innebär att en hänvisning till ”boaormar” e contrario rättfärdigar slutsatsen att huggormar inte omfattas.²⁸

²⁶ Bogdan, Michael, 2003, s. 122

²⁷ Card, Richard; James, Jennifer, 2002, stycke 1.10.

²⁸ Bogdan, Michael, 2003, s. 130 - 134

4 Bundenhet av avtal

4.1 Avtalsbundenhet i svensk rätt

Svensk rätt utgår från löftesprincipen, vilket innebär att såväl anbud som accept är bindande. Enligt anbud-accept-modellen består ett avtals ingående av två rättshandlingar, nämligen anbud som efterföljs av accept. I många andra fall tillkommer avtal genom att en gemensam avtalstext, ett skriftligt kontrakt, undertecknas. Detta kan ske i samband med förhandlingar av textens innehåll, såsom existensen av vissa klausuler eller utformningen av desamma. Denna modell kallas för gemensamt avtalsslut.²⁹ Vid exempelvis ett företagsförvärv är avtalsbildningen en process som pågår under en längre tidsperiod, där det i slutfasen uppstår avtalsbundenhet, varför den får sägas följa sistnämnda modell. Förtroendet mellan parterna ökar ju mer de närmar sig varandra i förhandlingarna, någonting som återspeglas i de dokument som upprättas under förhandlingsprocessens gång. Generellt i sådana situationer kan sägas att bundenhet uppstår i samband med undertecknande av ett slutligt, konkretiserat köpeavtal.³⁰ Enligt Ramberg och Ramberg är avtalsbundenhet ett av juridikens huvudproblem, som kan delas in i tre moment. 1) Den rättshandlandes vilja att binda sig. 2) Det sätt som denna viljeförklaring kommuniceras med omvärlden. 3) Motpartens uppfattande av viljeförklaringen. Avtalsbundenhet måste skiljas från avtalstolkning. Det är vanligt att situationer uppkommer då parterna otvivelaktigt är bundna av ett avtal, men den gemensamma partsavsikten divergerar. Konsekvensen av detta är att avtalstolkning måste användas.³¹

När en part genom sitt beteende ger motparten anledning att tro att ett bindande avtal har ingåtts kan i realiteten ett avtal ha uppstått genom konkludent handlande.³² Även i en situation där ett avtal växer fram successivt och olika avtalsförslag presenteras och förkastas kan följande fråga ställas: Har parterna agerat på ett sådant sätt att avtal kan anses ha kommit till stånd? Ramberg och Ramberg menar att en sådan situation kan föreligga när parterna gentemot andra agerar på så sätt att de visar att de anser sig bundna av avtalet, eller en situation där de börjar fullgöra sina åtaganden gentemot varandra. Författarna är av uppfattningen att det rent mänskligt kan kännas svårare att utan anledning dra sig ur om det har förts ingående förhandlingar, men understryker att huvudregeln är att avtalsbundenhet uppstår först när parterna har möjlighet att bedöma avtalet i sin helhet.³³ Ett belysande exempel är ett fall i arbetsdomstolen, där det konstaterades att tvistande parter inte blivit bundna av enskilda villkor som man under förhandlingarnas gång

²⁹ Adlercreutz, Axel, 2002, s. 47

³⁰ Sevenius, Robert, *Företagsförvärv*, 1:a uppl. Studentlitteratur, 2003, s. 57 f

³¹ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 7:e uppl. Norstedts Juridik, 2007, s. 79

³² Adlercreutz, Axel, 2002, s.72

³³ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, 2007, s. 96 - 97

enats om förrän enighet nåtts just om avtalsslut.³⁴ Ett enkelt sätt att undvika oklarheter är att avtala om att bundenhet endast uppstår när ett slutligt avtal är undertecknat. Detta görs lämpligen i ett "letter of intent", se kapitel 4.3.³⁵

4.2 Avtalsbundenhet i engelsk rätt

Den svenska avtalslagen är helt baserad på löftesprincipen. Denna innebär att bundenhet för anbudsgivaren föreligger redan i det ögonblick då dennes medkontrahent tar del av ett skriftligt anbud. Det är alltså fråga om ett bindande i två steg. Först binds anbudsgivaren av sitt anbud, sedan medkontrahenten av sin accept. Motsatsen till löftesprincipen kan sägas vara kontraktsprincipen, som tillämpas i bland annat USA och England, där båda parter blir bundna av avtalet vid exakt samma tidpunkt. Enligt kontraktsprincipen kan alltså ett anbud återkallas fram till dess att medkontrahenten avgivit sin accept.³⁶ Uppmärksamhet bör dock fästas vid den moraliska aspekten, eftersom det anses förkastligt att återkalla ett givet anbud innan acceptfristen gått ut även inom common law. Vidare tillämpas "the doctrine of consideration". Enligt denna princip kan ett bindande avtal inte uppstå ensidigt, utan kräver att den andra parten påtar sig en börda (detriment) eller erhåller en fördel (benefit). Fördelen kan bestå av så kallad "consideration", det vill säga ett motlöfte. Genom att båda parter utlovar viss prestation undviks att endast den ena parten blir bunden och löftet kan därför sägas ha bindande verkan. Storleken på "consideration" prövas aldrig, vilket innebär att det rent formellt räcker med en "consideration" på några dollar i samband med ett avtal i miljondollarsklassen.³⁷ Det kan också vara tillräckligt med en utfästelse om prestation för att kraven för giltig "consideration" ska anses vara uppfyllda. I samband med "consideration" föreligger också ett krav på båda parterna att avsikten är att skapa en rättslig relation, alltså binda sig genom avtalet. Det har argumenterats för att närvaron av "consideration" i sig indikerar en vilja att binda sig juridiskt. Enligt Holmgren och Lundqvist är dock viljan att etablera en juridisk relation ett fristående element i förhållande till "consideration", i vart fall inom engelsk rätt. Den part som påstår att avsikten inte var att binda sig har ålagts bevisbördan för detta och måste för att vinna framgång bryta en mycket stark presumtion.³⁸

Inom engelsk rätt används begreppet "certainty", som får relevans endast i situationer där avtal är ofullständiga. Exempelvis förekommer det att pris, leveransdatum och vissa andra förpliktelser utelämnas men att parterna är överens om de mer övergripande delarna av affären. Avtalets bindande verkan får i sådana situationer avgöras med utgångspunkt i omständigheterna omkring, exempelvis förekomsten av och innehållet i ett "letter of intent". Om överenskommelsen sammanvägt uppnår en viss grad av beständighet, "certainty", ligger ett bindande avtal för handen. Då har domstolen möjlighet att ge avtalet bindande verkan, även om parternas intentioner från början

³⁴ AD 157/1994

³⁵ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, 2007, s. 92

³⁶ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, 2007, s. 84

³⁷ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, 2007, s. 87

³⁸ Holmgren, Sven; Lundqvist, Dick, 1988, s. 13 f

har varit andra. Ytterligare ett rekvisit som måste beaktas är att avtalet ska vara ”enforceable”, det vill säga att vissa vitala delar ej kan utelämnas om avtalet ska vara bindande. I domen *May and Butcher v. R*³⁹ utgjorde sådana delar bland annat pris och betalningsdag. Vidare är termer som till exempel ”a rent to be agreed” inte bindande för parterna.⁴⁰ I vissa situationer kan också utfästelser vara allt för generella för att tillerkännas bindande verkan. En sådan situation togs upp i ett äldre rättsfall benämnt *Weeks v. Tybald*⁴¹, i vilket en man bekräftat och offentliggjort att han ämnade utbetala 100 £ till den som gifte sig med hans dotter. Domstolen fann det orimligt att hålla mannen ansvarig för sina generellt hållna ord, som man menade hade riktats till upphetsade friare likt en ”röksignal”.

4.3 Prekontraktuella avtal

4.3.1 Prekontraktuella avtal inom svensk rätt

I vissa situationer kan det vara befogat att dela in ingåendet av ett avtal i två steg; ett föravtal och ett huvudavtal. Föravtalet utgör då en bindande handling. Ofta rör det sig om en utfästelse eller ett löfte att i framtiden ingå ett eller flera andra avtal. Föravtalet kan också ingå som en optionsklausul, där parterna förbinder sig att träffa en specificerad överenskommelse om vissa förutsättningar i framtiden inträffar. Ett förtavtal kan likställas med vilket annat avtal som helst, och är därför i princip bindande. Reservation måste dock göras för att det ibland kan vara möjligt att angripa ett föravtal på grund av att dess innehåll är för ospecificerat.⁴²

Vid större affärer är det vanligt att parterna låser sina positioner i olika steg. Vanligtvis upprättas ett så kallat ”letter of intent”, på svenska ofta benämnt avsiktsförklaring, i vilket parterna klargör syftet med förhandlingarna. Oftast har ett ”letter of intent” inte någon juridisk verkan, utan syftar helt till att utöva en psykologisk verkan på parterna, som kan känna sig mer benägna att senare sluta ett bindande avtal. Det finns en uppsjö med synonymer till ”letter of intent”. Några av de vanligaste är ”heads of agreement”, ”memorandum of agreement”, ”agreement in principle”, ”term sheet”, principavtal och principöverenskommelse. Hur avtalet rubriceras har viss, men inte avgörande, betydelse för dess rättsverkningar. Avgörande är istället vad som egentligen står i avtalet och hur detta ska tolkas. Med visst innehåll kan det således röra sig om en ren avsiktsförklaring som inte är juridiskt bindande och med annat innehåll ligger istället ett bindande föravtal för handen.⁴³

³⁹ *May and Butcher v. R* (1934) 2 KB

⁴⁰ Notera att vilka delar som måste vara uppfyllda för att uppfylla rekvisitetet ”enforceability” sannolikt varierar beroende på vilken typ av avtal det är fråga om.

⁴¹ *Weeks v. Tybald*, 1604, Roll, Abr.

⁴² Adlercreutz, Axel, 2002, s. 96

⁴³ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, 2007, s. 63 - 67

4.3.2 Prekontraktuella avtal inom engelsk rätt

I angloamerikansk rätt är ett rent "letter of intent" en negativ avtalsavsikt, det vill säga en tydligt markerad avsikt att man inte vill ingå avtal för tillfället. Ett exempel på en övertydlig negativ avtalsavsikt återfinns i fallet *Rose and Frank Co v. J.R. Crompton and Bros. Ltd*⁴⁴, där ett agenturavtal innehöll följande formulering:

This agreement is not entered into, nor is this memorandum written, as a formal and legal agreement //...// but it is only a definite expression and record of the purpose and intention of the //... // parties concerned, to which they each honourably pledge themselves.⁴⁵

Rätten fastslog att texten ovan var ett uttryck för en negativ avtalsavsikt. Den kan också benämnas som en "honour clause", vilket framgår tydligt av de avslutande orden.⁴⁶ Parterna är alltså inte juridiskt bundna av innehållet, utan snarare rent moraliskt. I ett annat intressant rättsfall fastslogs att domstolen presumerar att ett kontrakt, som ingåtts i ett kommersiellt sammanhang, har juridisk verkan. Presumtionen kan senare kullkastas, vilket också blev utgången i fallet.⁴⁷ Precis som i svensk rätt är innebörden av ett "letter of intent" ofta en tolkningsfråga. Det står helt öppet för domstolarna att fastställa vilka rättsverkningar ett "letter of intent" får för parterna i det individuella fallet.⁴⁸

⁴⁴ *Rose and Frank Co v. J.R. Crompton and Bros. Ltd* (1925) AC 445 affg. (1923) 2 KB 261

⁴⁵ *Rose and Frank Co v. J.R. Crompton and Bros.*

⁴⁶ Holmgren, Sven; Lundqvist, Dick, 1988, s. 17

⁴⁷ *Jones v Vernon's Pools Ltd* [1938] 2 All ER 626

⁴⁸ Holmgren, Sven; Lundqvist, Dick, 1988, s. 20

5 Ren förmögenhetsskada

5.1 Ren förmögenhetsskada inom svensk skadeståndsrätt

5.1.1 Ren förmögenhetsskada

SkL kan karaktäriseras som en lag som ger intrycket av att det är de små, speciella frågorna som regleras. I själva verket har dock också utformats allmängiltiga regler, inte bara för de intressen lagen skyddar, utan även subjektiva rekvisit som ska vara uppfyllda för att skadestånd ska kunna utgå. Ändå får sägas att SkL är en ramlag.⁴⁹

Det kan för denna uppsats vara av intresse att närmare studera avgränsningen mellan sakskada och ren förmögenhetsskada. Noteras bör att det i realiteten rör sig om ersättning av ett förmögenhetsvärde vid såväl sakskador som förmögenhetsskador.⁵⁰ Sakskada är primärt att hänföra till skada på fysiska föremål, vilket innefattar såväl lösa saker som fast egendom. Pengar, fordringsbevis, checkar med mera innefattas i lagens mening i begreppet lösa saker.⁵¹ Ren förmögenhetsskada definieras i SkL 1 kap 2 § som ”ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada”. Om den skadelidandes förlust på något sätt kan sammankopplas med att exempelvis en tredje person lider sakskada innebär detta att definitionen för ren förmögenhetsskada inte är uppfylld.⁵² Exempel på ren förmögenhetsskada är skada orsakad av bedrägeri, otillbörlig marknadsföring, intrång i upphovsrätt eller andra immateriella rättigheter. Ekonomisk skada som är en följdskada till en primär sakskada utgör således inte ren förmögenhetsskada. Sådan följdskada som drabbar tredje man benämns istället som tredjemansskada och ersätts som huvudregel inte.⁵³

SkL 2 kap 2 § utgör i svensk rätt den så kallade spärregeln. Enligt detta lagrum ska ren förmögenhetsskada ersättas endast om skadan har uppstått som följd av brottslig gärning. Brottslig gärning definieras i detta fall som en handling eller underlåtenhet som är straffbar enligt brottsbalken eller annan speciallagstiftning.⁵⁴ Det är emellertid inte möjligt att med hänvisning till spärregeln neka skadestånd på grund av culpa in contrahendo, trots lagtextens ordalydelse. Redan före tillkomsten av SkL hade sådant ansvar utkrävts, och då förarbetena till lagen tydligt deklarerade att avsikten med lagen inte var att ändra tidigare praxis får slutsatsen dras att SkL 2 kap 2 §

⁴⁹ Kleineman, Jan, *Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, Juristförlaget, 1987, s. 133

⁵⁰ Kleineman, Jan, 1987, s. 162 f

⁵¹ Prop. 1972:5, förslag till skadeståndslag, s. 580

⁵² Kleineman, Jan, 1987, s. 134

⁵³ Bengtsson, Bertil, Karnov, kommentar till SkL 1 kap 2§, 2008-09-12

⁵⁴ Bengtsson, Bertil, Karnov, kommentar till SkL 2 kap 2§, 2008-09-12

inte kan tolkas ordagrant. SKL fick överhuvudtaget inte läggas till grund för motsatsslut, vilket i teorin innebar att även om relevant praxis för culpa in contrahendo hade saknats vid lagens ikraftträdande hade domstolarna ändå haft att pröva denna juridik oberoende av SKL.⁵⁵ Enligt förarbetena var heller inte den nya lagstiftningen tänkt att hindra rättsutvecklingen rörande utvidgat ansvar för ren förmögenhetsskada.⁵⁶

5.1.2 Utvidgning av ren förmögenhetsskada i rättspraxis

I ett uppmärksammat rättsfall, det så kallade Frassefallet⁵⁷, har HD utvidgat möjligheten att erhålla skadestånd för ren förmögenhetsskada till situationer där tredje man på ett kvalificerat otillbörligt sätt medverkat till svek i ett avtalsförhållande.

Omständigheterna i fallet var sådana att hamburgerrestaurangskedjan Max hade träffat avtal med ett företag i Luleå med innehållet att hyresrätten till en av Max disponerad lokal skulle övergå till Luleåföretaget. Avtalet innehöll bestämmelser som förhindrade att lokalen hyrdes ut i andra hand, vid sådant fall skulle Max ges möjlighet att återförvärva den. Detsamma gällde om Luleåföretaget eller hyresvärden sade upp kontraktet. I lokalen hade tidigare bedrivits restaurangverksamhet och en förutsättning för att Max skulle överlåta lokalen var att ingen konkurrerande restaurangverksamhet skulle bedrivas efter överlåtelse tillfället. Max hade nämligen förvärvat en annan lokal, och ämnade flytta sin verksamhet dit. Några dagar efter att Max och Luleåföretaget skrev under hyresavtalet överläts samtliga aktier i Luleåföretaget till Frasses, en konkurrerande hamburgerrestaurang, vars syfte med affären var att ta över lokalen. Överlåtelsen av aktierna till Frasses skedde helt utan Max vetskap. Efter avtalsstillfället dröjde det endast några månader innan Frasses började bedriva restaurangverksamhet i lokalen.

I fallet har de båda hamburgerrestaurangerna inte stått i något avtalsförhållande med varandra, varför tvisten rörde ett utomobligatoriskt skadestånd för en ren förmögenhetsskada som ej orsakats genom brott. HD konstaterade att huvudregeln enligt gällande svensk rätt är att tredje mans medverkan till annans avtalsbrott inte kan medföra skadeståndsskyldighet. Domstolen menade dock att vissa kvalificerade fall ändå borde utgöra undantag. Sådana fall skulle kräva att den tredje mannen hade haft vetskap om avtalet och i samförstånd med den avtalsbrytande parten medverkat till avtalsbrottet. I situationer där sådant samförstånd inte föreligger borde krävas att den tredje mannen agerat på annat kvalificerat otillbörligt sätt. Vidare menade domstolen att det krävs att den tredje mannen insett att skada av avtalsbrottet är oundviklig. Frasses ansågs ha varit delaktiga i Luleåföretagets avtalsbrott, någonting som de måste ha insett var till skada för Max. Domstolen dömde

⁵⁵ Kleineman, Jan, 1991/92, s. 131

⁵⁶ Prop. 1972:5 s. 568

⁵⁷ NJA 2005 s. 608

därför Frasses till att betala ersättning för den rena förmögenhetsskada som drabbat Max på utomobligatorisk grund.

Efter domen har diskuterats om det inte finns anledning att helt slopa spärrregeln i SkL, det vill säga ta bort kravet på brottslig gärning för att aktualisera skadestånd för ren förmögenhetsskada. Det kan dock vara en övertolkning att se domen som en så långtgående utvidgning av skadeståndsmöjligheterna att ett sådant ingrepp i SkL vore motiverat. Att helt frångå huvudregeln skulle leda till osäkerhet, vilket bör undvikas då det skapar svårigheter att överblicka rättsläget.⁵⁸ Klart är i varje fall att Frassefallet utgör ett exempel på att rättspraxis har utvecklats i en riktning som ökar möjligheterna att erhålla ersättning för rena förmögenhetsskador. En tänkbar konsekvens av detta skulle kunna vara en mer generös syn på culpa in contrahendo från svenska domstolar.

Det finns även andra rättsfall i vilka svenska domstolar har valt att utvidga ren förmögenhetsskada.⁵⁹ I NJA 1987 s. 692 blev en värderingsman ansvarig gentemot långivare för att av oaktsamhet ha lämnat felaktiga uppgifter i ett värderingsintyg. HD konstaterade även i detta fall att huvudregeln vad gäller ersättning av ren förmögenhetsskada är att den måste vara åsamkad genom brottslig handling eller ha annat stöd i lag. Dock menade domstolen att praxis redan före SkL:s tillkomst hade varit att ersättning i vissa fall kan utgå för rena förmögenhetsskador som skett utanför kontraktsförhållanden och på grund av vårdslöshet. Domstolen klargjorde att ett sådant område är felaktiga vederhäftighets- och vittnesintyg samt soliditetsupplysningar.

5.1.3 Det negativa kontraktsintresset

I svensk rätt ersätts som huvudregel endast det negativa kontraktsintresset vid rena förmögenhetsskador. Med negativt kontraktsintresse avses att skadelidande part ställs i samma situation som han var innan avtalsförhandlingarna påbörjades, det vill säga skadelidande får ersättning för de onödiga kostnader han har haft i anledning av havererade avtalsförhandlingar.⁶⁰

5.1.4 LOU – ett avsteg från huvudregeln

I lagen om offentlig upphandling finns specialregler som ger en leverantör möjlighet att erhålla ersättning när han har lidit skada på grund av att myndigheter har åsidosatt lagens regler vid en offentlig upphandling.⁶¹ Syftet med lagen är att myndigheter ska köpa produkter och tjänster till så fördelaktiga priser som möjligt genom att skapa effektiv konkurrens mellan olika budgivare. Ett annat syfte är att motverka korrupcion inom offentlig sektor. Primärt finns tre huvudförfaranden vid en upphandling. Öppen upphandling

⁵⁸ DS 2007:10

⁵⁹ Se NJA 2005 s. 608, som hänvisar till bland annat NJA 1987 s. 692

⁶⁰ Adlercreutz, Axel, 2002, s. 110

⁶¹ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, 2007, s. 63

innebär att alla leverantörer får lämna anbud, medan det vid selektiv upphandling endast är tillåtet för de leverantörer som gått vidare från en första kvalificeringsomgång att lämna anbud. Slutligen finns direktupphandling vilket innebär att berörd myndighet förhandlar direkt med en viss leverantör. Allmänt gäller att inkomna anbud betraktas som hemliga, varför de inte öppnas förrän anbudstiden har gått ut. Den upphandlande myndigheten ska slutligen välja det anbud som är mest fördelaktigt i förhållande till ett antal sedan tidigare fastställda faktorer, exempelvis pris, leveranstid, driftskostnader samt kvalitet. Offentlig upphandling kan sägas vara en hybrid mellan offentlig rätt och civilrätt, något som gör det svårt för den att passa in i avtalslagens anbud-accept-modell.⁶² Värt att nämna är också att LOU tar utgångspunkt i tröskelvärden, se LOU 3 kap 1 §. Vid värden understigande dessa kan ett förenklat upphandlingsförfarande användas.⁶³

I LOU 16 kap. 5 § regleras skadeståndsfrågor. Paragrafen är till sin lydelse kort och konstaterar endast att en myndighet som inte följt lagens bestämmelser ska ersätta leverantören för uppkommen skada. Förarbetena ger däremot mer ledning. Här framgår att unikt för bestämmelsen är att det är det positiva kontraktsintresset som ersätts, vilket är ett klart avsteg från huvudregeln inom svensk skadeståndrätt.⁶⁴ Vidare har den som yrkar ersättning bevisbördan för uppkommen skada.⁶⁵ För att en leverantör ska anses drabbad av skadan krävs i princip att denne till följd av myndigheternas begångna fel har förlorat kontraktet.⁶⁶ Syftet bakom reglerna är att utöva tryck på de upphandlande enheterna så att de på ett korrekt sätt sköter sina upphandlingar. Leverantörer ska kunna lita på att anbud, som ofta innebär möda och kostnader, behandlas på ett korrekt sätt.⁶⁷ Ett intressant rättsfall på området är NJA 2000 s. 712, i vilket fastslogs att en myndighet som direktupphandlar någonting som egentligen, enligt LOU, borde ha varit föremål för någon av de andra upphandlingsformerna, genom sitt handlande grundar skadeståndsskyldighet. En allmänt vedertagen skadeståndsrättslig princip är att skadelidande är tvungen att, med rimliga insatser, försöka begränsa sina skador. Relaterat till LOU innebär detta att det normalt krävs av en leverantör, med insikt om att upphandlingen har gått fel, att försöka få upphandlingen avbruten eller rättad, om möjlighet till överprövning hos länsrätten föreligger.⁶⁸

⁶² Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, 2007, s. 107 f

⁶³ Forsberg, Nicklas, *Offentlig upphandling i praktiken*, 2:a uppl. Norstedts Juridik, 2001, s. 17 ff

⁶⁴ Prop. 1992/93:88 s. 102

⁶⁵ Nord, Eskil, Karnov, kommentarer till LOU 16 kap 5 §, 2008-09-12

⁶⁶ Prop. 1992/93:88 s. 102

⁶⁷ Nord, Eskil, Karnov, kommentarer till LOU 16 kap 5 §, 2008-09-12

⁶⁸ Hentze, Margareta; Sylvén, Hans, *Offentlig upphandling*, 1 uppl. Norstedts Juridik, 1998, s. 364

5.2 Engelsk rätt

I engelsk rätt används beteckningen ”law of torts”, vilket kan liknas vid det ämnesområde som i nordisk rätt benämns som utomobligatoriskt skadestånd.⁶⁹ Begreppet kan definieras enligt följande:

.../ a tort [is] a civil wrong, for which the remedy is a common law action for unliquidated damages, and which is not exclusively the breach of a contract or the breach of trust or other merely equitable obligation.⁷⁰

Det är med stöd av ovanstående citat svårt att tala om en sammanhängande skadeståndslära i engelsk rätt. ”Torts” kan även beskrivas som en stor grupp av specifika felaktiga handlingar, där alla har fått specifika namn och för att kunna erhålla ersättning är det av yttersta vikt att använda den korrekta termen. Inom det engelska rättssystemet läggs inga värderingar på vilka intressen i samhället som är skyddsvärda. Istället ligger fokus helt på skadevållarens beteende. ”Duty of care doctrine” inom engelsk rätt motsvarar culpa-begreppet i svensk rätt. ”Duty of care” kan beskrivas som aktsamhetsplikt, och ligger nära en moralbedömning av den skadevållandes agerande.⁷¹ Nämnas bör också att det inom engelsk rätt innefattas såväl tredjemansskador som rena förmögenhetsskador i begreppet ”pure economic loss”.⁷²

Inom engelsk rätt ersätts rena förmögenhetsskador primärt under ”the tort of negligence” vilket skulle kunna översättas till ”oaktsamhetens tort”. ”Tort of negligence” kräver huvudsakligen att följande rekvisit är uppfyllda.

1. ”Duty of care” måste föreligga.

Detta innebär att en aktsamhetsplikt måste kunna åläggas skadevållaren för att skadestånd överhuvudtaget ska kunna bli aktuellt. Att fastställa om aktsamhetsplikt föreligger är inte alltid självklart, men vissa principer får sägas utgöra utgångspunkt. Kärnprinciperna här är att skadevållare och skadelidare ska stå i någon form av relation till varandra samt att den orsakade skadan rimligen kunde förutses.⁷³

I fallet *Cattle v. Stockton Waterworks Co*⁷⁴ fastställdes en begränsning av den personkrets och ansvarsbörda som ingår i ”duty of care”. Det ansågs inte rimligt att en uppdragstagare, som avtalat att denne skulle utföra arbete på annans mark, erhöll skadestånd från en person som av misstag översvämmat marken med vatten, vilket resulterade i fler arbetstimmar för upp-

⁶⁹ Kleineman, Jan, 1987, s. 331

⁷⁰ Salmond, John Willians; Chambers, Robert; Heuston, Robert Francis Vere, *Salmond & Heuston on the law of torts* 18th ed. Sweet & Maxwell Limited, 1981, s. 11

⁷¹ Kleineman, Jan, 1987, s. 331 - 334

⁷² Stanton, Keith, The recovery of pure economic loss in tort: the current issues of debate. In Michael, Furmston, ed. *The law of tort*, Gerald Duckworth & Co. Ltd, 1986, s. 10

⁷³ Markesinis, Basil; Deakin, Simon; Johnston, Angus, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 5th ed., Clarendon Press, 2003, s. 85 ff.

⁷⁴ *Cattle v. Stockton Waterworks Co* [1875] L.R. 10 Q.B. 453

dragstagaren eftersom avtalet utgick från ett fast pris. Domstolen valde dock att hålla möjligheten öppen för ersättning av skador som uppstår när tredje man avsiktligt försöker interferera med en avtalsrelation och på så sätt skapa högre kostnader.

2. Brott mot aktsamhetsplikten

Skadevällaren måste anses ha brutit mot aktsamhetsplikten. För att kunna ta ställning till om brott mot aktsamhetsplikten har skett tas utgångspunkt i hur en normalt aktsam person skulle ha agerat.⁷⁵ Det är här svårt att tala i termer av en helt objektiv bedömning eftersom någon form av rättspolitiskt ställningstagande ofta krävs. Klart är dock att domstolar vanligtvis resonerar kring rekvisiten ”grad av förutsägbarhet”, ”risk för skada” samt ”kostnader för att minska skaderisk”.⁷⁶

3. Kausalitetskrav

Också inom engelsk skadeståndsrätt finns krav på kausalitet mellan skadevällarens beteende och den skada som uppstått. Engelska domstolar brukar dela upp denna bedömning i två led. I det första tas ställning till om skadan uppstått på grund av skadevällarens beteende eller om den hade uppstått också i det fall denne agerat på ett annorlunda sätt. Om det kan konstateras att kausalsamband föreligger mellan handlande och skada går domstolen vidare till det andra ledet, i vilket ställning tas till om skadan har skett tillräckligt nära skadevällaren eller om det har inträffat någon omständighet som bryter kausalkedjan. Också skadans omfattning innefattas i den sistnämnda bedömningen.⁷⁷

4. Skada

Slutligen måste skada påvisas och dess omfattning definieras. Vissa förespråkar att denna bedömning bör göras under ovan nämnda rekvisit, medan andra menar att skadebedömningen bör göras separat.⁷⁸

Beträffande rena förmögenhetsskador, ”pure economic losses”, är de som huvudregel inte ersättningsgilla, någonting som domstolen brukar komma fram till genom att fastställa att ingen aktsamhetsplikt föreligger.⁷⁹ I fallet *Spartan Steel v. Martin & Co*⁸⁰ tydliggjordes skillnaden mellan sakskador och ”pure economic loss”.

Under ett grävarbete skadades en viktig kabel, som försörjde en stålfabrik med elektricitet. Strömavbrottet varade i drygt ett halvt dygn och försatte fabriken i ett totalt strömlöst tillstånd så att all produktion upphörde. Skador uppstod på fabriken's ugnar, på de metalladdningar som fanns i dem (vilka minskade i värde och på så sätt minskade vinstmarginalen för fabriken), samt ekonomisk skada i form av utebliven produktion. Skadelidande yrkade

⁷⁵ Card, Richard; James, Jennifer, 2002, stycke 19.4.

⁷⁶ *Latimer v. AEC Ltd.* [1987] AC 241

⁷⁷ Markesinis, Basil; Deakin, Simon; Johnston, Angus, 2003, s. 185 ff.

⁷⁸ Markesinis, Basil; Deakin, Simon; Johnston, Angus, 2003, s. 82

⁷⁹ Card, Richard; James, Jennifer, 2002, stycke 19.8

⁸⁰ *Spartan Steel v. Martin & Co* [1973] QB 27

ersättning för samtliga av dessa skador, vilket inte bifölls av domstolen. Endast ersättning för de skadade ugnarna och för den minskning av vinst som var ett resultat av den skadade metallen godkändes. Detta motiverades med att minskningen av vinstmarginal var en direkt följd av den skadevållande handlingen. Beträffande den uteblivna produktionen ansågs denna utgöra "pure economic loss", och ersattes inte. Motiveringen till att "pure economic loss" inte ersattes var bland annat att strömavbrott ansågs inträffa med jämna mellanrum, och därför kunde betraktas som en allmän risk för en producent av stål att bära. Domstolen uppmärksammade i detta sammanhang också att elbolag inte hålls ansvariga för skador orsakade av strömavbrott. Det uttrycktes även en allmän rädsla för att ett för brett ersättande av "pure economic loss" skulle leda till ett oändligt antal skadeståndsanspråk, vilket vore orimligt.

Min tolkning av ovanstående rättsfall är att ekonomiska skador kan ersättas om de är en direkt konsekvens av fysisk skada, såsom marginalminskningen på metallen. Däremot tycks de som huvudregel inte ersättas om det är fråga om "pure economic loss".

6 Prekontraktuellt skadeståndsansvar i svensk rätt

6.1 Lojalitetsplikt mellan parterna

Lojalitetsplikt på prekontraktuellt stadium innebär att parterna har en skyldighet gentemot varandra att försöka nå det slutliga målet, det vill säga ett avtal.⁸¹ Enligt Ramberg, tidigare Hultmark, gäller som tumregel att ju större avtal som förhandlas, desto högre grad av lojalitetsplikt uppstår.⁸² I Sverige är huvudregeln att part förhandlar på egen risk, vilket innebär att han bär sina egna kostnader för avtalsförhandlingen. Ej kan han heller räkna med ersättning för uteblivna fördelar av ett avtal som inte kommit till stånd.⁸³ Det krävs inget speciellt skäl för att avbryta avtalsförhandlingar och det är tillåtet att föra parallella avtalsförhandlingar utan motpartens vetskap.⁸⁴ Svenska domstolar har valt att tillåta vissa undantag till ovan nämnda huvudregel, även om dessa undantag till antalet är få. Grunden för ett sådant undantag får sökas i culpöst beteende hos motparten. Efter att ett avtal har upprättats föreligger en lojalitetsplikt mellan parterna och om denna bryts har en situation med culpa in contractu uppstått. Samma lojalitetsplikt kan inträda redan före det att giltigt avtal har kommit till stånd, och ett brott mot denna benämns culpa in contrahendo. Culpa in contrahendo tillämpas därför inte efter det att ett avtal har ingåtts. I sådana situationer kan skadelidande istället få ersättning på kontraktuell basis, vilket är till dennes fördel då positivt kontraktsintresse ersätts vid inomkontraktuella skadestånd.⁸⁵

I UNIDROIT Principles⁸⁶ art. 2.1.15 görs en ansats till att beskriva i vilken utsträckning part är ansvarig för avtalsförhandlingar. Här står följande att läsa:

- 1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
- 2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

⁸¹ Holmgren, Sven; Lundqvist, Dick, 1988 s. 56

⁸² Hultmark, Christina, *Upplyningsplikt vid ingående av avtal*, Norstedts Juridik, 1993, s. 46 f

⁸³ Adlercreutz, Axel, 2002, s. 110

⁸⁴ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, 2007, s. 61

⁸⁵ Adlercreutz, Axel, 2002, s. 110 f

⁸⁶ UNIDROIT är en fristående, mellanstatlig organisation med säte i Rom, vars mål är att harmonisera civilrätten inom dess medlemsstater. UNIDROIT:s principer bör därför inte erkännas lika hög dignitet som svensk lag, utan bör ses som doktrin.

3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

Ramberg och Ramberg menar att de principer som illustreras i the UNIDROIT Principles bör gälla som svensk rätt, med den reservationen att principerna kan utvecklas till att omfatta också situationer där part av oaktsamhet orsakar skada i samband med avtalsförhandlingar.⁸⁷

För att illustrera den svenska lojalitetsplikten kan utgångspunkt tas i fyra rättsfall.

NJA 1963 s. 105

Den svenske affärsmannen G var huvudägare i ett colombianskt aktiebolag (45 %). G hade kontakt med en annan svensk affärsman, E, verksam i Venezuela och dessa hade förhandlat om anställning för E:s del i det colombianska bolaget. En preliminär överenskommelse gjordes mellan parterna, men för att ett sådant avtal skulle vara giltigt krävdes, enligt colombiansk lag, ett godkännande av bolagsstämman. E avvecklade sin affärsrörelse i Venezuela och flyttade till Colombia. Något godkännande från bolagets styrelse erhöles emellertid aldrig, varför arbetet som VD helt uteblev. E yrkade skadestånd av G för utebliven lön samt för andra utgifter som han hade haft i samband med avtalsförhandlingen. HD godtog E:s argumentation, och dömde G skyldig att betala skadestånd. De omständigheter i fallet som torde ha varit avgörande är följande:

- G hade vid förhandlingarna uppträtt såsom inflytelserik styrelseledamot i bolaget.
- G hade till E skickat ett telegram, i vilket E uppmanades att infinna sig i Colombia för tjänstgöring. Bolagsstämman var sedan tänkt att godkänna anställningen, vilket E tolkade som en ren formalitet, en bekräftelse på ingånget avtal.
- Vid det tillfälle då G sände telegrammet till E hade de colombianska delägarna uttryckt sig negativt rörande E:s eventuella VD-anställning i bolaget, någonting som inte framgick av telegrammet. HD menade att detta var av avgörande betydelse för domen.

G ansågs ha förfarit så pass vårdslöst att skadeståndsansvar förelåg. Det som ersattes var det negativa kontraktsintresset, det vill säga E:s kostnader för flytt och för avvecklad verksamhet.⁸⁸

NJA 1973 s. 175

Den privatpraktiserande läkaren K förhandlade husköp med byggnadsingenjören H. K ville anlägga en läkarmottagning på nedervåningen och kombinera detta med sin privatbostad. Då byggnaden ej var färdigställd anpassade H den efter de önskemål som K hade framfört. Båda parter tycktes vara in-

⁸⁷ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, 2007, s. 61 f

⁸⁸ Motsatsen till negativt kontraktsintresse är positivt kontraktsintresse, vilket i detta fall hade inneburit ersättning av vad E förlorade på att inte få den nya anställningen som VD.

ställda på att en affär skulle bli av, fram till dess att K drog sig ur då hon ansåg att priset hade skenat iväg. Något skriftligt avtal existerade inte. Förutom fastställande av att ett entreprenadavtal mellan parterna hade förelegat yrkade H ersättning med hänvisning till culpa in contrahendo, då denne ansåg sig vilseledd av K. Något sådant vilseledande ansågs av domstolen inte ha ägt rum, eftersom K hade sagt upp tidigare hyresavtal, något som indikerade att hon menat allvar med förhandlingarna.

NJA 1978 s. 147

Fastighetsbolaget A yrkade ersättning från livsmedelsbolaget T med anledning av ett projekteringsavtal. Parterna hade träffat en muntlig överenskommelse om upplåtelse av en butikslokal i en planerad byggnad, tillhörandes A. Denne hade anpassat utformningen av lokalen efter T:s önskemål, vilket medförde kostnader. Inledningsvis bör pekas på att HD ansåg överenskommelsen allt för vag för att någon av parterna skulle anses skyldig att ingå upplåtelseavtalet. I andra hand hade A yrkat att T ådragit sig skadeståndsansvar med hänvisning till culpa in contrahendo, någonting som även detta ogillades av domstolen. Detta resonemang grundade domstolen på att projekteringsavtalet i detta fall endast hade inneburit förpliktelser att på sikt verka för en lokalupplåtelse och därför i rimlig utsträckning måste ha tagit hänsyn till medkontrahentens intressen. Parternas samverkan hade således innefattat ett moment av risktagande, och i samband med domstolens bedömning framkom att A inte i tillräcklig utsträckning hade tillvaratagit sina intressen. Något ersättning på grund av T:s agerande var därför inte aktuell.⁸⁹

Enligt Adlercreutz kan ovanstående rättsfall vara av intresse, trots att den juridiska frågeställningen inte renodlat kretsar kring culpa in contrahendo. Han menar att den viktigaste slutsatsen som kan dras av fallet är att culpa in contrahendo kan aktualiseras även när förhandlingspart uppträder vårdslöst under de tidiga förstadierna till ett avtal.⁹⁰

NJA 1990 s. 745

Ett bolag förhandlade om licensrättigheter till en vakuumpump parallellt med att förhandlingar fördes med L om återförsäljaravtal av densamma. L räknade med att få avtalet, en förutsättning som han också agerade utifrån. Slutligen fick bolaget licensrättigheterna, men ville i detta läge inte ingå återförsäljaravtal med L. Denne inledde en rättsprocess mot bolaget, grundad på att avtalsbrott låg för handen eller att bolaget i vart fall framfarit vårdslöst i förhandlingarna. HD ansåg inte att något avtal hade kommit till stånd, men uteslöt ändå inte skadestånd med hänvisning till culpa in contrahendo. Domstolen konstaterade att förhandlingarna mellan parterna hade nått över den punkt där viss lojalitet parterna emellan uppstår. Denna lojalitet innebar, enligt domstolen, att skyldighet fanns för bolaget att minska L:s kostnader i en situation där avtal inte kommit till stånd. Målets kärnfråga var om det faktum att bolaget hade dröjt med att lämna upplysningar, som var av betydelse till L angående återförsäljaravtalen, innebar illojalt beteende

⁸⁹ Nämnas kan att HD valde att betrakta projekteringsavtalet som en avsiktsförklaring

⁹⁰ Adlercreutz, Axel, 2002, s. 112

och därför kunde leda till skadestånd. I fallet utgick inget skadestånd med hänvisning till att ingen skada, med kausalitetssamband till den uteblivna informationen, kunde påvisas eller beräknas.

Sistnämnda rättsfall är ett exempel på en situation där domstolen nekat käranden ersättning. Ändå anser Ramberg och Ramberg att fallet tydligt exemplifierar en situation där culpa in contrahendo mycket väl skulle kunna ligga för handen. Om en person har givits förhoppningar att få agera återförsäljare åt ett företag, gör investeringar med anledning av dessa förhoppningar, inget avtal träffas och den presumtive huvudmannen underlåter att snarast informera om att denne dragit sig ur, uppstår skadeståndsskyldighet.⁹¹

Sammanfattningsvis kan konstateras att lojalitetspliktens omfattning i hög utsträckning är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Man kan här tänka sig flera olika omständigheter, såsom vilken typ av avtal det är fråga om, storleken på de kostnader parterna ådragit sig och parternas nytta av att ingå avtalet.⁹²

6.1.1 Avsiktsförklaringens påverkan på lojalitetsplikten

Som tidigare nämnts varierar de rättsliga följderna av ett föravtal eller ”letter of intent” beroende på handlingens innehåll. En avsiktsförklaring kan, i vissa fall, innehålla klausuler som gör den helt eller delvis bindande. En sådan avsiktsförklaring kan betraktas som oren. Fokus för denna uppsats är på vilket sätt en avsiktsförklaring påverkar lojalitetsplikten. Generellt kan sägas att lojalitetsplikten mellan parterna stärks av en avsiktsförklaring, men det är svårt att helt klart definiera i vilken utsträckning. Enligt Adlercreutz är den lojalitetsplikt som uppstår vid avtalsförhandlingar inte tillräcklig för att grunda ett skadeståndsanspråk, men en ömsesidig avsiktsförklaring stärker lojalitetsplikten. När lojalitetsplikten blivit tillräckligt stark är det inte längre möjligt att dra sig ur avtalsförhandlingarna utan att ha rimliga skäl för sitt agerande. Ett sådant förfarande torde alltså kunna leda till ersättning av negativt kontraktsintresse.⁹³ Det anses vara mot god affärssed att förhandla med tredje part när ett ”letter of intent” är undertecknat.⁹⁴ Enligt Holmgren och Lundqvist är lojalitetspliktens styrka, när vi har att göra med ”letter of intent”, beroende av affärens storlek. En affär som rör den löpande verksamheten i ett bolag torde inte medföra lika hög grad lojalitet som en större transaktion, till exempel ett företagsförvärv. Författarna exemplifierar lojalitetsplikten vid en större affär med den planerade affären mellan Refaat El-Sayeds företag Fermenta och Volvo, där tanken var att Volvo skulle förvärva samtliga El-Sayeds aktier. När det avslöjades att El-Sayed saknade doktorsexamen, som han tidigare hade påstått sig ha avlagt, skapade detta en

⁹¹ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, 2007, s. 62

⁹² Nicander, Hans, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden *Juridisk Tidsskrift* nr 2, 1995/96 s. 35

⁹³ Adlercreutz, Axel, 2002, s. 115

⁹⁴ Holmgren, Sven; Lundqvist, Dick, 1988, s. 56; Adlercreutz, Axel, 2002, s. 115

så pass hög grad av missförtroende mellan parterna att det inte gick att överbrygga. Holmgren och Lundqvist menar att många är av uppfattningen att Volvo drog sig ur en annars bindande affär under den påhittade förklaringen att Fermenta inte kunde presentera efterfrågade siffror. Det egentliga syftet, menar författarna, var att Volvo inte ville få rykte om sig att göra oseriösa affärer med aktörer som friserade verkligheten.⁹⁵ Mot detta resonemang kan anföras att El-Sayeds agerande i Fermenta ledde till en fällande dom, vilket möjligtvis indikerar att Volvo hade fog för sin uppfattning.⁹⁶

6.2 Förutsättningarna för culpa in contrahendo

6.2.1 Kasualitetskravet mellan skada och skadevällande handling

SkL är dispositiv lagstiftning, vilket framgår av SkL 1 kap. § 1. Konsekvensen av detta är att parterna i ett avtalsförhållande kan komma överens om en utvidgning eller inskränkning av skadeståndskraven vid avtalsbrott.⁹⁷ I en situation med culpa in contrahendo är det fråga om ett culpöst beteende som leder till skada, vilket inträffar innan ett avtal har träffats. Därför har parterna sannolikt inte haft möjlighet att avtala bort lagen. Ansvar på grund av culpöst beteende förutsätter alltid att det culpösa handlandet på något sätt har orsakat skadan. Detta föranleder att en adekvansbedömning görs. Jag kommer nedan att utveckla vad som innefattas i culpöst beteende och vilka krav som ställs för att adekvat kausalitet ska anses föreligga.

Orsakskravet är i princip generellt för skadeståndsrätten. Hellner och Radetzki menar att en individ som med fullt uppsåt försöker orsaka en skada men misslyckas med detta inte kan hållas ansvarig om skadan inträffar av annan anledning. I ett sådant fall är det inte av betydelse om tidsintervallet mellan det uppsåtliga försöket som misslyckats och den slumpmässigt inträffade skadan är kort. Bristande adekvans föreligger likväl. Det typiska orsaksförloppet innebär dels att ”skadan uppstått genom att en händelse enligt naturens ordning eller samhällets inrättande drar med sig en annan händelse, dels också att skadan inte skulle ha inträffat om inte denna händelse hade inträffat.”⁹⁸ Hellner och Radetzki exemplifierar ovanstående citat med en tändsticka, som antänds och förs mot ett papper. Vanligtvis hade pappret inte fattat eld, men nu när det kommer i kontakt med tändstickan kommer så med största sannolikhet att ske enligt naturens ordning. Vi har alltså att göra med ett kausalsamband av den tydligaste sorten.⁹⁹

⁹⁵ Holmgren, Sven; Lundqvist, Dick, 1988, s. 58

⁹⁶ <http://di.se/Nyheter/?page=%2fAvdelningar%2fArtikel.aspx%3fO%3dIndex%2farticleId%3d2003%5c04%5c08%5c75698%26src%3ddi>

⁹⁷ Bengtsson, Bertil, Karnov, kommentar till SkL 1 kap § 1

⁹⁸ Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 7:e uppl. Norstedts Juridik, 2007, s. 196

⁹⁹ Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, 2007, s. 196

Två centrala begrepp vid analys av kausalitetsfrågor är ”tillräcklig betingelse” och ”nödvändig betingelse”. Med ”tillräcklig betingelse” avses vad som ovan beskrivits, nämligen att en händelse har koppling till en tidigare händelse på så sätt att den första händelsen enligt naturen eller samhällets ordning leder till den andra. Med ”nödvändig betingelse” menas att den senare händelsen inte skulle ha inträffat om inte den första händelsen hade inträffat. Ofta ligger både ”tillräcklig betingelse” och ”nödvändig betingelse” för handen, någonting som enligt viss doktrin klassificeras som stark kausalitet. Det kan dock, enligt svensk skadeståndsrätt, inträffa situationer där en händelse varit av såväl ”tillräcklig” som ”nödvändig” betingelse för en annan händelse, men där skadeståndsskyldighet ändå inte är motiverat. Detta med hänvisning till att det varit för osannolikt att den första händelsen skulle medföra skadan. På grund av detta tillägg används begreppet adekvans eller adekvat kausalitet oftast i doktrinen. I en adekvansbedömning beaktas nämligen om händelseförloppet varit någorlunda troligt, det vill säga en form av sannolikhetsbedömning görs. Händelseförloppet måste alltså till viss del ha varit normalt eller påräkneligt för att skadeståndsskyldighet ska bli aktuell, någonting som inte begreppen ”nödvändig betingelse” och ”tillräcklig betingelse” tar hänsyn till om de tillämpas rakt av.¹⁰⁰ En ökning av risken för skada måste således föreligga. Ur ett samhällsekonomiskt perspektiv kan sägas att skadeståndsrätten ej vill belägga den som uppträder oaktsamt med skadeståndsansvar för slumpmässiga och oberäkneliga följder. Sådana får, liksom rena olyckshändelser, istället bäras av skadelidande.¹⁰¹

En annan vanlig formulering i doktrinen är att en skada ska ligga i ”farans riktning” för att vara ersättningsgill. Begreppet ”farans riktning” kan sägas ta sikte på en situation där statistik och sannolikhet är ett mindre lämpligt mått för att fastslå om adekvat kausalitet föreligger. Om en skada ligger i farans riktning ersätts den, även om det var ytterst osannolikt att den skulle inträffa.¹⁰²

6.2.1.1 Adekvansbedömning i svensk rättspraxis

I svensk rätt tycks adekvansbedömning göras i två steg. Först undersöks om en skada generellt sett kan anses ligga inom ramen för en adekvansgräns relaterad till en viss handling. Därefter prövas om handlingen i det enskilda fallet har orsakat skadan.¹⁰³ Beträffande culpa in contrahendo är det enda exemplet i svensk rätt fallet NJA 1963 s. 105, Colombia-fallet. Här ansågs adekvat kausalitet föreligga, vilket enligt min mening sannolikt hade sin grund i uppmaningen till E att han skulle infinna sig för tjänstgöring. Detta kan sägas ha legat i farans riktning för att skada skulle uppkomma. För att, mot bakgrund av denna tämligen tunna rättspraxis, förstå begreppet adekvat kausalitet ytterligare har jag valt att exemplifiera med andra rättsfall, som visserligen inte är av förmögenhetsrättslig karaktär men likväl visar hur domstolen resonerar vid en kausalitetsbedömning.

¹⁰⁰ Se NJA 1993 s. 41 I och II för utförligare beskrivning

¹⁰¹ Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, 2007, s. 202 f

¹⁰² Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, 2007, s. 203 f

¹⁰³ Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, 2007, s. 205

NJA 1941 s. 482

En mejeriarbetare försökte släcka brinnande paraffin med vatten, vilket resulterade i svåra brännskador. Den person som underlåtit att meddela korrekta instruktioner om hur paraffin skulle släckas fanns av domstolen vara skadeståndsskyldig.

Den slutsats som kan dras av fallet är att adekvat kausalitet mellan underlåtenhet och skada ansågs föreligga, trots att släckningsförfarandet var högst olämpligt.¹⁰⁴

NJA 1931 s. 7

En person, A, som tömde en cistern fylld med bensin uppträdde vårdslöst, genom att låta bensin rinna ut i en hamn. Personen B kastade av okynne en tändsticka i vattnet, vilket resulterade i en eldsvåda som skadade ett i hamnen ankrat fartyg. Såväl A som B ansågs skadeståndsskyldiga.

NJA 1931 s. 126

Grävningar intill en byggnad innebar risk för framtida skada av byggnaden, vilket i praktiken innebar en värdeminskning. Skadestånd utdömdes för värdeminskningen trots att ingen reell skada uppstått.

Med stöd av detta, och andra, rättsfall kan således konstateras att ersättning kan utdömas för eventuell framtida skada på egendom till följd av en viss handling.¹⁰⁵

6.2.1.2 Skadestånd utan adekvat kausalitet

Skadestånd kan i svensk rätt utdömas utan kausalsamband, det vill säga att sannolikheten för skadan inte ökat på grund av handling eller att det inte har varit i ”farans riktning”. Dessa situationer är dock sällsynta. Hellner och Radetzki exemplifierar med en situation där någon olovligen brukar annans egendom och då blir skadeståndsskyldig för rena olyckshändelser som inträffar medan egendomen är i hans besittning. Även avsiktligt åsidosättande av givna instruktioner kan medföra skadeståndsansvar. I båda situationerna är den latinska benämningen *casus mixtus*.¹⁰⁶

6.2.1.3 Beviskravet vid adekvansbedömning

I skadeståndsrättsliga tvistemål är det inte ovanligt att käranden yrkar ersättning för skada som uppstått på grund av händelse för vilken svaranden är ansvarig och att svaranden bestrider detta och menar att skadan uppstått på något annat sätt. Den juridiskt intressanta frågeställningen i detta sammanhang är hur stark bevisbörda som krävs för att domstolen ska anse att kärandens version är den troligaste. Generellt kan konstateras att part ska uppfylla beviskravet ”styrkt” i tvistemål för att bevisa att ett visst förhållande verkli-

¹⁰⁴ Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, 2007, s. 206

¹⁰⁵ Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, 2007, s. 209

¹⁰⁶ Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, 2007, s. 212

gen föreligger. HD har i ett flertal skadeståndsrättsliga mål uttalat sig om vilken grad av bevisning som krävs för att styrka att en viss skada har haft en viss orsak. Domstolen har i vissa fall valt att sänka detta beviskrav, med hänvisning till att det hade varit svårt för käreande att framlägga fullständig bevisning till uteslutande av alla andra omständigheter som skulle kunna ha orsakat skadan. I vissa fall har domstolen yttrat att ”det i beaktande av samtliga omständigheter skall framstå som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat utgjort skadeorsaken”.¹⁰⁷

Ett exempel på ett rättsfall där HD har tillämpat detta sätt att resonera är NJA 1981 s. 622. En ägare till en fiskodling hade lidit skada i form av döda fiskar. Han yrkade att domstolen skulle ålägga kommunen skadeståndsskyldighet, då denna hade släppt ut fenol i ett avloppsdike. Fenolen hade sedan trängt in i fiskodlingen och dödat fisken. Kommunen å sin sida menade att fiskdöden sannolikt berodde på dålig syrehalt i det vatten där fiskarna odlades, alltså en skada som fiskodlaren själv borde bära. Domstolen gjorde en samlad bedömning av den bevisning som presenterats och kom fram till att det endast fanns två alternativ till varför fiskarna hade dött: Antingen syrebrist eller förgiftning. Fiskägarens version framstod som så pass sannolik som rimligen kunde fordras för att uppfylla beviskravet styrkt, varför talan bifölls.

6.2.2 Culpa

6.2.2.1 Culpabedömning

Den fråga som en culpabedömning syftar till att ge svar på är om den påstått oaktsamme borde ha agerat på annat sätt. För att besvara denna fråga måste ett antal omständigheter beaktas och det gäller primärt att hitta en standard med vilken det går att jämföra agerandet. I svensk rätt görs culpabedömning på fyra olika sätt. 1) Om det finns normer som på något sätt skyddar den skadelidandes intresse sker culpabedömningen i anslutning till dessa normer. Det kan exempelvis röra sig om förordning, lag och möjligtvis andra föreskrifter. Saknas normer går domstolen vidare till steg två. 2) Om det finns prejudikat som påminner om det fall som domstolen har att döma i ska likheter dras mellan den allmänna aktsamhetsgrad som tidigare fastställts av domstolen och aktuell aktsamhetsgrad. Noteras bör att det finns situationer där två fall skiljer sig så pass mycket från varandra att en sådan jämförelse inte lämpar sig. Kan det visas att så är fallet går domstolen vidare till steg tre. 3) Om det finns sedvana som kan ge ledning om hur en aktsam individ bör agera får detta utgöra domstolens utgångspunkt. Att utreda hur sedvanan för en viss handling eller ett visst agerande ser ut fordrar ofta en omfattande utredning, varför det får sägas att hänvisning till sedvana är relativt ovanligt i svensk rätt. De exempel som finns härstammar från verksamheter där fast praxis har bildats, såsom exempelvis sjukvård och industriellt arbete. 4) Om inget av ovanstående ger tillräcklig ledning är domstolen fri i att göra en

¹⁰⁷ Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, 2007, s. 200

bedömning av vilka krav som ställs på en individs handlande. Här återfinns the "Learned Hand Rule", som härstammar från en amerikansk domare. Svensk rätt har påverkats av denna regel på så sätt att kraven på aktsamhet ofta sker genom en sammanställning av de tre faktorerna skaderisk, den sannolika skadans storlek och den handlandes möjligheter att inse/förebygga skadan. En samlad bedömning av dessa tre faktorer görs, för att fastställa om omständigheterna krävde ett annat handlande av den potentielle skadevällaren. Utgångspunkten är att ju större risk för skada och ju större den potentiella skadan kan bli, desto högre krav på aktsamhet och förebyggande åtgärder ställs.¹⁰⁸

Dahlman förespråkar en alternativ metod för att bedöma om ett agerande är culpöst. Han menar att det finns olika aktsamhetsnormer i olika situationer, beroende på den potentiella skadans storlek. Hellners resonemang brister, enligt Dahlman, eftersom han endast pekar ut vilka kriterier som ska analyseras utan att i realiteten analysera dem.¹⁰⁹ Dahlmans modell utgår istället från tre med varandra konkurrerande kriterier: Normalaktsamhetskriteriet, det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet. Normalaktsamhetskriteriet tar utgångspunkt i vad som utgör normalt handlande för en normal person i en specifik situation. Riktlinjer för vad som kan utgöra sådant normalt handlande är lagar och sedvänja. Också sådan sedvänja som kan anses vara brett accepterad men ändå inte, rent objektivt, uppfyller tillräckliga försiktighetskrav utgör enligt Dahlmans modell godtagbart agerande.¹¹⁰ När normalaktsamhetskriteriet inte ger tillräcklig ledning tillämpas istället det ekonomiska kriteriet. Detta kriterium jämför de kostnader en eventuell skada skulle medföra med de kostnader ett förebyggande av samma skada skulle innebära. När dessa variabler sätts mot varandra uppstår en idealpunkt, i vilken kostnadseffektivitet råder. Så länge skadevällaren har vidtagit lika mycket åtgärder, eller mer, än vad som föreskrivs enligt idealpunkten föreligger inte culpöst agerande.¹¹¹ Det tredje och sista kriteriet, trygghetskriteriet, tillämpas i situationer där en händelse är för ovanlig för att kunna bedömas enligt normalaktsamhetskriteriet och för oväntad för att kunna förebyggas enligt det ekonomiska kriteriet. Grundtanken bakom trygghetskriteriet är att den som på något sätt framkallar fara ytterst ska vara ansvarig för konsekvenserna av sitt agerande. För att den som framkallar faran ska kunna hållas ansvarig krävs, enligt trygghetskriteriet, att faran bedöms som större än den generella risk som medmänniskor rimligen kan krävas bära. Trygghetskriteriet garanterar alltså individer en grundläggande trygghet. Utgångspunkt tas i två faktorer, nämligen allvarligheten i den olycka som kan inträffa och skadelidandes möjlighet att förhindra olyckan genom att själv agera försiktigt.¹¹²

¹⁰⁸ Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, 2007, s. 128

¹⁰⁹ Dahlman, Christian, *Konkurrerande culpakriterier*, Studentlitteratur, 2000, s. 9 - 18

¹¹⁰ Dahlman, Christian, 2000, s. 33-39

¹¹¹ Dahlman, Christian, 2000, s. 43-55

¹¹² Dahlman, Christian, 2000, s. 58-69

6.2.2.2 Culpabedömning relaterat till prekontraktuellt ansvar

Med *dolus in contrahendo* förstås en situation där avtalspart uppsåtligt förlämnat sin medkontrahent, det vill säga svek, medan *culpa in contrahendo* syftar på en situation där det snarare förelegat oaktsamhet. Inledningsvis bör konstateras att gränsdragningen mellan *dolus in contrahendo* och de grövre formerna av *culpa in contrahendo* inte är helt klar.¹¹³ En tumregel kan dock vara att vid *dolus in contrahendo* har motparten från början intentionen att avtalsförhandla i syfte att förhindra att avtalet går till en konkurrent, medan den ursprungliga intentionen vid *culpa in contrahendo* är att faktiskt ingå avtal.¹¹⁴

I doktrinen finns olika inställningar till hur en culpabedömning i prekontraktuella skadeståndssituationer bör gå till. De jurister vars tankar dominerar på detta område får sägas vara Kleineman och Adlercreutz. Kleineman menar att culpabedömningen bör ta utgångspunkt i en affärsetisk norm, någonting som han stöder på rättsfallet NJA 1990 s. 745. I detta fall konstaterade HD att försäljaren L snarast skulle ha underrättats om bolagets beslut att inte ge honom rättigheter att agera återförsäljare¹¹⁵. Anledningen till att inget skadestånd utdömdes i fallet var bland annat att det inte kunde påvisas att L hade lidit någon skada av att inte bli underrättad i tid. Kleineman menar att den affärsetiska norm som HD utgår från är nämnda tidsintervall, det vill säga att en affärsman enligt god affärssed har rätt att inom skälig tid bli underrättad om ett beslut som går honom emot. Han menar vidare att skadevållaren i ett *culpa in contrahendo*-fall bör ha insett konsekvenserna av sitt agerande och att skadelidande bör ha haft anledning att förlita sig på sin medkontrahent.¹¹⁶ I en situation där avtal ska ingås i näringslivet och konkurrens mellan olika budgivare råder konstaterar Kleineman att förhandlingar i stor utsträckning sker på egen risk. Endast kvalificerat oetiska beteenden kan föranleda skadeståndsansvar på grund av uppfyllt culpa-rekvisit. Exempel på ageranden som kan anses som affärsmässigt oetiska är åsidosättande av professionsansvarets etiska normer.¹¹⁷

Adlercreutz anser att skadestånd på grund av vårdslöshet prekontraktuellt ska kunna utdömas utan att någon part har agerat culpöst. Istället förespråkar han en modell där den part som står närmast att bära risken för avbrutna avtalsförhandlingarna ska kunna erhålla ersättning. Om en part exempelvis invagar sin medkontrahent i föreställningen att ett avtal ska gå i lås, medkontrahenten vidtar kostsamma åtgärder i denna riktning, och parten slutligen drar sig ur utan lämplig anledning menar Adlercreutz att beteendet i sig är klandervärt. Detta ska, enligt honom, kunna utgöra grunden till ska-

¹¹³ Rohde, Knut, *Obligationsrätt*, Norstedts Juridik, 1984, s. 344

¹¹⁴ Kleineman, Jan, 1991/92 s. 449

¹¹⁵ Bolaget hade väntat i nästan en månad.

¹¹⁶ Kleineman, Jan, 1991/92 s. 138

¹¹⁷ Kleineman, Jan, 1991/92 s. 140

destånd.¹¹⁸ Kleineman, å sin sida, ser problem med Adlercreutz sätt att resonera. Hans uppfattning är att det är för äventyrligt att utvidga grunden för culpa i en prekontraktuell situation.¹¹⁹

6.2.2.3 Beviskravet vid culpabedömning

Som huvudregel anses den skadelidande ha bevisbördan för att en handling har varit oaktsam. Det är dock viktigt att vara medveten om att vållandet kan bestå av flera olika handlingar, varför beviskravet för dessa ibland kan variera. Den som skadeståndskravet riktas mot anses ha bevisbördan för eventuella ursäktande omständigheter. Kravet på graden av bevisning kan växla, eftersom culpöst handlande kan vara sammansatt av flera faktorer.¹²⁰ Vanligast torde vara att normalkravet på bevisningens styrka i civilmål tillämpas, det vill säga att ett viss förhållande ska ”styrkas”.¹²¹

6.3 Beräkning av ersättning

I fallet NJA 1963 s. 105, Colombia-fallet, fastslog HD att det är det negativa kontraktsintresset som ersätts vid culpa in contrahendo. Med detta menas att skadelidande får ekonomisk ersättning för sådana utgifter som han haft i samband med avtalsförhandlingarna men som inte har varit till någon nytta. Skadelidande försätts alltså i samma situation som han befann sig i innan förhandlingarna började. Detta innebar, i specifikt fall, att affärsmannen E fick ersättning för flyttkostnader och kostnader för avveckling av tidigare verksamhet. Adlercreutz har öppnat för möjligheten att även andra poster kan tänkas ersättas när culpa in contrahendo ligger för handen, men exakt vilka poster som här avses definieras inte.¹²² Klart står dock att dessa poster måste härröra från det positiva kontraktsintresset. En part som tillerkänns ersättning enligt detta ska kompenseras genom att han ekonomiskt sätts i den situation där han hade varit om det uteblivna avtalet ändå hade ingåtts. Ramberg och Ramberg påtalar att det i dagsläget inte finns några svenska rättskällor som ger säkert svar på frågan om något av det positiva kontraktsintresset ska ersättas vid culpös handlande före avtalslut.¹²³ Enligt Lehrberg skulle det kunna vara möjligt att ersätta vissa positiva utgifter inom ramen för det negativa kontraktsintresset. Sådana skulle kunna vara lön till anställd eller annan speciell personal som anlitats för arbete med det aktuella avtalet. Också material för prospektering och kostnader för olika undersökningar skulle kunna hänföras hit. Värt att notera är att det sannolikt inte föreligger rätt till ersättning om sådan utgift senare blir till nytta på grund av

¹¹⁸ Adlercreutz, Axel, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (avtal om 'letters of intent', principöverenskommelser mm), *Svensk Juristtidning*, 1987, s. 512 f

¹¹⁹ Kleineman, Jan, 1991/92 s. 132

¹²⁰ Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, 2007, s. 148

¹²¹ Se NJA 1995 s. 274 där domstolen resonerar kring ”styrkt vållande”

¹²² Adlercreutz, Axel, 2002, s. 110

¹²³ Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, 2007, s. 65

att ett annat avtal ingås med en tredje man. Detta under förutsättning att det andra avtalet inte hade ingåtts om inte det första hade havererat.¹²⁴

I en artikel i JT 1992/92 diskuterar Kleineman skadevållarens subjektiva insikt relaterat till beräkning av ersättning. Följande citat är av intresse:

Vid analysen av vad skadevållaren skall ersätta, får dessutom beaktas vad denne bort inse beträffande motpartens dispositioner. Det nu analyserade rättsfallet [NJA 1990 s 745] avviker på intet sätt från tidigare praxis utan fastlägger och klargör snarast den uppfattning som tidigare funnits.¹²⁵

Nedanstående citat relaterar insikt till culpabedömningen:

Culpabedömningen förutsätter en etisk norm. Det kan vara professionsansvarets etiska normer (som tex loktionen god advokatsed) eller som vid oaktsamhet vid kommersiellt avtalsslutande allmän affärsetik som bildar analysens utgångspunkt. Det fordras dessutom att skadevållaren bort inse effekterna av sitt agerande och att skadevållaren haft anledning förlita sig på den information han erhållit (eller inte erhållit).¹²⁶

Min tolkning av Kleinemans resonemang, såväl i ovanstående citat som i andra delar av artikeln, är att skadevållarens insikt spelar viss roll redan vid culpabedömningen, men att den spelar större roll om culpa påvisats och det är aktuellt att fastställa omfattningen av skadeståndet. Detta grundar jag på att den tidigare praxis som Kleineman talar om inte helt tydligt specificerar skadevållande parts insiktskrav i culpa in contrahendo. Trots allt är ju culpa detsamma som oaktsamhet, vilket måste exkludera insikt från själva culpabedömningen.

¹²⁴ Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, 2:a uppl. Institutet för bank- och affärsjuridik, 2006, s. 152

¹²⁵ Kleineman, Jan, 1991/92 s. 140

¹²⁶ Kleineman, Jan, 1991/92 s. 140

7 Prekontraktuellt ansvar i engelsk rätt

7.1 Tre förhållningssätt till prekontraktuella skador

Inom common law har en rad olika angreppssätt utvecklats för att reglera prekontraktuellt skadeståndsansvar. Därför har en diskussion uppstått rörande hur skadeståndsanspråk på grund av tilltänkta avtal ska hanteras och vilken doktrin som bör tillämpas. Primärt kan sägas att det finns två sätt att angripa problemet. Antingen tillämpas "Principles of contract law" eller så tillämpas "Principles of unjust enrichment".¹²⁷

Grundproblemet inom engelsk rätt är det samma som inom svensk rätt. Det typiska fallet av prekontraktuellt skadeståndsansvar har sina grunder i att en situation uppstår där det i framtiden är högst sannolikt att ett kontrakt kommer till stånd, varför käranden har vidtagit åtgärder i den riktningen. Åtgärderna innebär såväl en kostnad som en ansträngning för käranden, och när avtalsförhandlingen slutligen havererar existerar inget tillräckligt preciserat kontrakt för att detta ska kunna leda till att skadestånd betalas ut på kontraktuell basis. Huvudregeln inom engelsk rätt är den samma som inom svensk rätt, nämligen att varje part bär sina egna kostnader för att förhandla ett avtal. Dock har domstolar under 1980-talet och framåt blivit mer benägna att bevilja undantag från huvudregeln än tidigare, genom att i vissa fall döma ut skadeståndsansvar med anledning av tilltänkta avtal. Problemet med detta är huvudsakligen inte konsekvenserna av undantagen som sådana. Däremot har osäkerhet beträffande rättsläget skapats då domstolarna har valt att tillämpa olika doktriner och tillvägagångssätt för att lösa samma grundproblem. "Contract law", "unjust enrichment" och i vissa fall "tort law" är de vanligaste tillvägagångssätten och kommer att behandlas nedan.¹²⁸

Inledningsvis kan kort nämnas ett specifikt undantag från huvudregeln att varje part bär sin egen risk för misslyckad avtalsförhandling. Detta undantag är situationer då parterna valt att ingå ett så kallat "processing contract", som huvudsakligen innebär att de kontraktuellt har valt att reglera framtida förhandlingar samt ett eventuellt misslyckande av dessa förhandlingar. Under dessa omständigheter används alltid kontraktuell rätt som skadeståndsgrund.¹²⁹

¹²⁷ Dietrich, Joachim, *Classifying Precontractual Liability: A Comparative Analysis*, *Legal Studies* vol. 21 no. 2, 2001, s. 153

¹²⁸ Dietrich, Joachim, 2001, s. 155 f

¹²⁹ Dietrich, Joachim, 2001, s. 157

7.2 Prekontraktuellt skadeståndsansvar i engelsk rättspraxis

Nedanstående två rättsfall illustrerar hur engelska domstolar resonerar i samband med prekontraktuellt skadeståndsansvar. Rättsfallen tycks tillhöra de mest centrala på området.

7.2.1 Regalian Properties plc v. London Docklands Development Corp.

I detta rättsfall¹³⁰ var sakomständigheterna i huvudsak följande. Käranden, Regalian Properties, hade år 1986 inlett förhandlingar med svaranden, London Docklands Development, angående uppförande av byggnationer på mark som tidigare varit del av London Docklands. Svaranden hade erbjudit sig att betala 18,5 m £ till käranden för att denne skulle utveckla området. I juli 1986 skickade svaranden ett brev till käranden med rubriken ”subject to contract” där det i den första paragrafen stod att läsa följande:

"Further to your submission of 11 June 1986 in respect of the above, I am pleased to inform you that the Corporation's Board has accepted our Company's offer for this site, subject to:
(1) Contract
(2) The District Valuer's Certificate of market value
(3) Your scheme achieving the desired design quality and the obtaining of detailed planning consent."

Under 1986 och 1987 uppstod emellertid förseningar. De viktigaste anledningarna därtill var dels att svaranden krävde att två andra bolag skulle involveras i designarbetet, dels att svaranden hade ett behov att upprätthålla den detaljerade prisbilden. Dessutom hade svaranden svårigheter att säkerställa sina rättigheter för det aktuella området. I London skedde under samma tidsperiod ett prisfall på fastigheter. I oktober 1988 hade detta prisfall blivit så påtagligt att byggprojektet inte längre var ekonomiskt försvarbart. Med anledning av detta gjorde svaranden flera försök att förhandla om priset på 18,5 m £, men misslyckades med detta. Från 1986 och framåt ådrog sig käranden närmare 3 m £ i kostnader för förberedande arbete. Företaget hävdade att de var part till ett tilltänkt kontrakt och att detta stod klart för båda parterna. I sådana situationer innefattas, menade de, att om en part har utgifter som gynnar den andra parten ska dessa utgifter kunna krävas i efterhand på kontraktuell grund, under förutsättning att förhandlingarna inte har havererat på grund av den part som har haft utgifterna.

Domstolen valde emellertid att fria svaranden från skadeståndsansvar och resonemanget var i huvudsak följande. Inledningsvis fastslogs att vid den tidpunkt som käranden haft utgifter hade båda parter varit av uppfattningen att Regalian skulle få uppföra byggnader på mark tillhörande London Dock-

¹³⁰ Regalian Properties plc v. London Docklands Development Corp. [1995] 1 All ER 1005

lands Development. Att något avtal med detta innehåll kommit till stånd uteslöts, någonting som kändesidan inte heller hade hävdad. På grund av fallet på fastighetsmarknaden måste det i oktober 1988 ha stått klart för båda parter att det vore direkt oklokt, för svaranden, att ingå ett avtal på sådana premisser som hade diskuterats, menade domstolen. Beträffande den juridik som reglerar frågan konstaterades att inget definitivt stöd i lag eller praxis existerade. Uttryckligen sades också i domen att engelsk rätt inte erkänner rättsfiguren culpa in contrahendo såsom den tillämpas i vissa kontinentaleuropeiska rättssystem.

Käranden hade vid utformandet av sin talan utgått från ett tidigare rättsfall, vilket därför analyserades i kontexten av det aktuella målet. I detta tidigare rättsfall hade fastslagits att domstolen objektivt ska studera fakta och utifrån dessa ta ställning till om ett löfte att utbetala ersättning ska tolkas in eller ej. Detta ska ske oavsett parternas synsätt eller intentioner vid den tidpunkt då arbetet eller tjänsterna utfördes. Relaterat till det aktuella fallet konstaterades att det fanns tydliga skillnader. I det första fallet hade kändens utgifter uppstått för att göra det möjligt för svaranden att förhandla med tredje man. I Regalian hade arbetet utförts för att uppfylla de krav som det tilltänkta kontraktet hade ställt på kärnanden om kontraktet hade blivit verklighet. Därför ägde inte denna tidigare fastställda princip tillämpning.

Vidare studerades i domen ett australiensiskt avgörande, där omständigheterna var likartade. I detta australiensiska rättsfall fastställdes en viktig rättslig princip: Om den gemensamma partsavsikten mellan två parter är att ett kontrakt ska bli skrivet och den ena parten drar på sig kostnader genom att utföra arbete som inte annars hade varit gratis, finns möjlighet för denna part att erhålla ersättning för dessa kostnader under förutsättning att motparten har dragit sig ur avtalsförhandlingen utan giltig anledning. Som giltig anledning för att dra sig ur avtalsförhandlingarna anses här att parterna inte kan enas om villkoren. De ogiltiga anledningarna måste helt relateras till partens egen ställning och agerande. I det aktuella fallet ansåg domstolen inte att det var möjligt att tillämpa regeln i det australiensiska avgörandet, eftersom anledningen till att förhandlingarna havererade var parternas oförmåga att komma överens om avtalsvillkoren och ingenting annat.

Domstolen analyserade slutligen ett tredje avgörande, i vilket en fabrik hade brunnit ner och förberedelsearbeten för återuppbyggnad initierats. Pengarna för återuppbyggnaden skulle betalas av ett försäkringsbolag, som slutligen drog sig ur och vägrade betala. Det företag som hade påbörjat återuppbyggnadsarbetet krävde nu ersättning. Domstolen fann i detta fall att det låg underförstått i avtalet mellan parterna att ett visst arbete skulle utföras initialt, varför skadestånd betalades ut på kontraktuell grund. Relaterat till det aktuella fallet ansåg domstolen inte att några direkta likheter låg för handen. Först och främst konstaterades att även om ett giltigt kontrakt hade blivit verklighet skulle ingen del av Regalians kostnader ha återbetalats av London Docklands Development Corp. Kostnaderna var istället en del av utvecklingskostnaderna, som Regalian enligt kontraktet i så fall skulle ha burit. Domstolen var inte heller av uppfattningen att det förberedande arbetet hade

varit till någon gagn för London Dock Development Corp. Därför ogillades skadeståndsyrekan det i sin helhet.

7.2.2 British Steel Corpn v Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd

Sakomständigheterna i målet¹³¹ var i huvudsak följande. Cleveland skrev under ett "letter of intent" i vilket företaget uttryckte att det var deras intention att ingå ett avtal med British Steel om leverans av gjutet stål som skulle utgöra noderna till ett tak i Saudiarabien. Vidare uttryckte Cleveland att British Steel skulle påbörja förberedande arbete omedelbart, vilket var i enlighet med det standardavtal som skulle tillämpas. British Steel påbörjade omgående det förberedande arbetet, göt noderna och levererade dessa till Cleveland. Därefter kunde parterna inte komma överens om kontraktets huvudsakliga villkor, varför British Steel stämde Cleveland. Sistnämnda bolag svarade med ett genkärsmål, grundat på att ett avtal kommit till stånd och att British Steel brutit mot detta bland annat genom för sen leverans.

Domstolen ansåg att parternas avtalsförhandling aldrig hade uppnått tillräcklig grad av preciserbarhet för att ett bindande avtal skulle ha kommit till stånd. Detta innebar att Clevelands genkärsmål ej vann bifall, eftersom ersättning för skador på grund av brott mot ett kontrakt kräver att ett giltigt kontrakt ligger för handen. Domstolen valde sedan att tillämpa "the law of restitution" eller så kallad "unjust enrichment" och med hjälp av denna kompensera British Steel för de utgifter företaget haft i samband med de avbrutna avtalsförhandlingarna. Domstolen menade att detta var en situation där båda parter hade förväntat sig att ett formellt bindande kontrakt i framtiden skulle uppstå och, för att uppfylla sina åtaganden enligt detta tilltänkta kontrakt, den ena parten hade uppmanats att påbörja utförandet av det aktuella arbetet. Vidare konstaterade domstolen att lagen här ålägger den part som uppmanat sin medkontrahent att utföra arbetet att betala en skälig summa för det utförda arbetet.

7.2.3 Slutsatser av rättsfallen

Förutom att ovan beskrivna rättsfall illustrerar prekontraktuellt skadeståndsansvar inom engelsk rätt går det att dra flera slutsatser av dem. Inledningsvis kan konstateras att engelsk rätt inte på något sätt motsätter sig prekontraktuellt skadeståndsansvar. Kontraktsrätten har dock visat sig inkapabel att tillerkänna kändaren skadestånd när ett formellt bindande avtal saknas. I sådana situationer har "the law of restitution" visat sig vara tillräckligt flexibel för att kunna tillgodose behovet av ersättning för kostnader som uppkommer i samband med vissa havererade avtalsförhandlingar. Uppmärksammas bör även att domstolarna i hög utsträckning håller sig till huvudre-

¹³¹ British Steel Corpn v Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd (1984) 1 All ER 504

geln, det vill säga att part förhandlar på egen risk. Detta måste beaktas av den engelska jurist som ämnar driva ett yrkande om prekontraktuellt skadeståndsansvar i domstol.¹³²

7.3 Relationen mellan contract law och unjust enrichment

Både ”unjust enrichment” och ”contract law” har alltså relevans i fråga om prekontraktuellt skadeståndsansvar. Båda har fördelar och nackdelar och kan därför sägas komplettera varandra på viktiga punkter.¹³³

7.3.1 Contract law

Domstolen har möjlighet att påtvinga parterna ett tilltänkt avtal, trots att avtalet formellt sett inte är fullständigt. För att så ska kunna ske måste på objektiv grund kunna visas en tydlig intention från båda parter sida att ingå avtal. Vidare måste de övergripande dragen av innehållet framgå, alltså en tydligt urskiljbar gemensam partsvilja. Att mindre viktiga delar av överenskommelsen inte framgår bortses ifrån, dessa intolkas och påtvingas parterna.¹³⁴ Att domstolarna i vissa situationer kommer fram till att inget kontrakt föreligger har ifrågasatts. Det faktum att parternas ambition varit att ingå ett stort avtal, men inte lyckats med detta, kan ofta innebära att ett mindre avtal i realiteten har ingåtts, exempelvis kontrakt om utförande av visst förberedande arbete. Domstolen kan här helt bortse från parternas fantasier om vilka villkor kontraktet hade ingåtts på under andra, ideala, förutsättningar och istället se till den aktuella situationen och på vilka grunder kontrakt *egentligen* har ingåtts.¹³⁵

7.3.2 Unjust enrichment

Till att börja med måste begreppet ”enrichment” tydliggöras. I fall där en värdefull slutprodukt levererats krävs ingen direkt definition. Annorlunda är det i situationer där vi har att göra med arbete som utförts. Fokus ligger då på svarandens agerande, som rent subjektivt måste ha insett att tjänsterna var av värde och i realiteten också bekräftat detta genom ett visst agerande. Sådant agerande kan vara att svaranden har begärt av käranden att tjänsterna ska utföras, drivit hårda förhandlingar för detsamma, eller ”villigt tagit

¹³² Giliker, Paula, A role for tort in pre-contractual negotiations? An examination of English, French and German law, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, s. 972

¹³³ Hedley, Steve, Work done in Anticipation of a Contract which does not Materialise: a response. In W. R. Cornish, Richard Nolan, Janet Sullivan and Graham Virgio eds. *Restitution: Past, Present and Future*, Hart Publishing, 1998, s. 195.

¹³⁴ Dietrich, Joachim, 2001, s. 159

¹³⁵ Hedley, Steve., 1998, s. 197

emot”¹³⁶ tjänsterna. Det har diskuterats vilken eller vilka typer av de nämnda sätten att agera som ska analyseras och prövas i samband med att ställning tas till frågan om ”enrichment” har skett. Speciellt den sistnämnda, att villigt ta emot tjänsterna, har utsatts för hård kritik eftersom det är omöjligt att inte uppmärksamma motsägelsefullheten: Käranden bekräftar att tjänsterna är värda någonting genom ett agerande bestående i att ta emot dem utan att betala.¹³⁷

För att prekontraktuell ersättning ska kunna utgå räcker det inte med att visa att svaranden har blivit ekonomiskt berikad, utan även rekvisitet ”unjust” måste vara uppfyllt. Detta rekvisit ska här analyseras närmare. I debatten finns två synsätt på vad begreppet ”unjust” i detta sammanhang kan innebära. Enligt det första synsättet räcker det med att svaranden har begärt att tjänsterna ska utföras eller villigt tagit emot dem.¹³⁸ Beträffande situationer där svaranden uppmanat käranden att utföra tjänsterna uppstår inga direkta oklarheter, men som tidigare nämnts är det sistnämnda fallet problematiskt. Det leder till att svaranden i princip måste ha varit medveten om att arbetet inte utförts utan anledning. Omvänt kan sägas att detta leder till en gemensam partsavsikt: både käranden och svaranden vet att arbetet har utförts och att det senare ska ersättas monetärt. Detta resonemang i samband med ”unjust enrichment” kan sägas utgöra ett fördolt avtalsrättsligt resonemang som egentligen hör hemma inom ”contract law”, se kapitel 5.3.1.¹³⁹ Det andra synsättet grundar sig på utebliven ”consideration”. Att tillämpa detta synsätt kan innebära problem, eftersom common law-domstolar endast tillämpar det vid ersättning för utbetalade pengar. Således är utebliven ”consideration” ej relevant i en situation där arbete utförts prekontraktuellt.¹⁴⁰ Men det finns också andra problem med synsättet som kan illustreras enligt följande: Utebliven ”consideration” anses uppstå i samband med att huvudkontraktet uteblir, det vill säga att den förväntade ersättningen för utfört arbete uteblir. Trots detta uppstår i många fall ingen skyldighet för svaranden att utbetala ersättning för kärandens arbete som utförts prekontraktuellt. Därför är det av intresse att kunna särskilja tvister där ersättningsskyldighet kan bli aktuell från tvister där så inte är fallet. Lösningen kan vara att låta svaret bero på vilken part som skäligen står risken för det utförda arbetet. Detta beror i sin tur på hur parterna ställer sig till varandra och vad de har för avsikter. Återigen är frågan om det finns en gemensam partsavsikt, varför vi återigen tangerar ren kontraktsrätt.¹⁴¹

Begreppet ”unjust enrichment” kan sammanfattas enligt följande:

We simply don't know what “enrichment” or “unjust” mean in practical terms. I don't need to belabour the point because

¹³⁶ Översättning av ”freely accepted”

¹³⁷ Dietrich, Joachim, 2001, s. 161

¹³⁸ McKendrick, Ewan, Work done in Anticipation of a Contract which does not Materialise. In W R Cornish, Richard Nolan, Janet Sullivan and Graham Virgilio (eds) *Restitution: Past, Present and Future*, Hart Publishing, 1998, s. 181

¹³⁹ Dietrich, Joachim, 2001, s. 162

¹⁴⁰ McKendrick, Ewan, 1998, s. 182

¹⁴¹ Dietrich, Joachim, 2001, s. 163

McKendrick's paper makes it for me. The issue of "enrichment", he says, is shrouded in uncertainty, and it is a very difficult question to answer /.../ There is no single "unjust enrichment" view here, only a sequence of suggestions – and no one of these suggestions have convinced very many people.¹⁴²

7.3.3 Prekontraktuella skadestånd och tort law

Det faktum att prekontraktuellt skadeståndsansvar i engelsk rätt tar utgångspunkt i att käranden, som har utfört arbete, har "berikat"¹⁴³ svaranden ekonomiskt skapar problem eftersom begreppet "economical enrichment" är tämligen vagt. Generellt krävs att de ekonomiska fördelar som svaranden har erhållit är identifierbara. Grunden till en byggnad som rests på svarandens mark anses enligt engelsk praxis inte ha berikat svaranden ekonomiskt, ej heller detaljerat planeringsarbete som utförts inför ett stort projekt. Detta kan sägas leda till en godtycklig bedömning, som faktiskt inte tar hänsyn till den skada som käranden har lidit. Ett sätt att lösa detta problem kan vara genom att tillämpa "tort law". Ingen klar princip erkänns här av domstolsväsendet, utan enskilda isolerade fall får studeras.¹⁴⁴

Ett yrkande om ersättning för prekontraktuella skador är oftast av typen "pure economic loss", någonting som engelska domstolar generellt har en restriktiv syn på, se kapitel 5.2. i denna uppsats. För att ersättning ska utgå måste alltså käranden hitta en "tort" som passar in och ersätter "pure economic loss". Den mest logiska vägen att gå är därför genom "torts" som skyddar ekonomiska intressen, också vanligen benämnda som "ekonomiska torts". Dessa ersätter "pure economic loss" men kräver uppsåtligt handlande för att kunna tillämpas. Kan inte uppsåt visas kan det vara möjligt att tillämpa "vårdslöshetens tort" i samband med prekontraktuellt skadeståndsansvar. Syftet med "ekonomiska torts" är att ge skydd för den enskildes handelsrelationer och livsuppehälle. Även om de vid första anblick kan tyckas ge ett skydd för prekontraktuella skador tillämpas de i praktiken främst inom arbetsrätten och då ofta i situationer där tre parter är involverade. De "ekonomiska torts" som utgör själva kärnan är de för konspiration¹⁴⁵, vilket inkluderar kontraktsbrott och avsiktligt beteende som syftar till att skada motparten. Den, visserligen något vaga, generella princip som kan urskiljas är att det krävs användande av illegala medel från svaranden i kombination med avsikt att skada käranden. Som tidigare nämnts utgår engelsk kontraktsrätt från principen att varje part förhandlar på egen risk. Därför visar domstolarna en motvilja mot att använda "torts" till att interferera med denna princip. Tilläggas bör att rent självintresse sällan kan tolkas som en intention att skada medkontrahenten.¹⁴⁶

¹⁴² Hedley, Steve, 1998, s. 197

¹⁴³ Enriched

¹⁴⁴ Giliker, Paula, 2003, s. 973 f.

¹⁴⁵ Conspiracy

¹⁴⁶ Giliker, Paula, s. 974 f.

Ett annat sätt att angripa problemet är att använda sig av en ”tort” för ”bedräglig framställning” alternativt en ”tort” för ”vårdslös framställning”. Detta kräver att käranden kan visa att falsk information har presenterats av svaranden och att denne gjort så medvetet, alternativt utan att tro på informationens riktighet själv, alternativt på vårdslös grund genom att inte bry sig om informationen var sann eller falsk. Notera att här inte krävs bevisning för att svaranden har försökt skapa ekonomisk skada utan istället för att den samme har uppträtt bedrägligt. Vårdslöshet är här avsevärt mycket enklare att bevisa, men det är viktigt att uppmärksamma att det i sådant fall krävs en ”duty of care”, någonting som måste visas av käranden och kan medföra svårigheter.¹⁴⁷ Lämnade uppgifter som varit felaktiga har behandlats i flera fall, bland annat i *Esso Petroleum Co Ltd v. Mardon*¹⁴⁸. I detta mål hade en representant för bensinbolaget Esso givit en prognos för den årliga genomströmningen av kunder vid en bensinstation. Domstolen konstaterade att representantens ord, på grund av hans gedigna branschkunskap inom bensinbranschen, utgjorde ett konstaterande av fakta varför skadestånd för felaktigheterna utdömdes. Prognosen hade givits i samband med förhandlingar inför ett kontrakt med bolaget Mardon, som skulle leasa stationen. Samma princip tillämpades i målet *Box v. Midland Bank*¹⁴⁹. I detta fall hade Box träffat sin bankman för att bli beviljad övertrassering av sitt bankkonto. Bankmannen förklarade att detta skulle beviljas, men att en ansökan först måste skickas till huvudkontoret. Detta var, förklarade han, en ren formalitet. Emellertid beviljade huvudkontoret inte ansökan, varför Box väckte talan mot banken. Banken menade att bankmannen endast hade uttryckt sin åsikt i frågan och inte givit något reellt besked. Domstolen höll inte med, utan ansåg att omständigheterna var identiska med de i *Esso Petroleum Co Ltd v. Mardon*. Ändå tycks Box vara ett isolerat fall, då domstolar inte vanligtvis citerar eller hänvisar till det.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Giliker, Paula, 2003, s. 974 - 977

¹⁴⁸ *Esso Petroleum Co Ltd. v. Mardon* 1976 QB 801

¹⁴⁹ *Box v. Midland Bank Ltd* [1979] 2 Lloyd's Rep 391

¹⁵⁰ Giliker, Paula, 2003, s. 977

8 Avslutande analys

8.1 Reflektioner över metodval

Vid en första anblick kan tyckas som om de potentiella felkällor som pekas ut av Bogdan är enkla att undvika. Så är också fallet beträffande vissa av dem, exempelvis problemet med att rättskällor har olika dignitet och tolkas på olika sätt i svensk och engelsk rätt samt undvikandet av död rätt. Misstag kan i dessa fall undvikas genom att läsa i doktrinen hur källorna ska tolkas och vilka slutsatser som kan dras av ett visst rättsfall samt genom att välja doktrin som inte är allt för gammal. Annorlunda är det med översättningsproblemet. Initialt var min uppfattning att en ordbok borde lösa i princip samtliga översättningar, vilket visade sig vara långt ifrån sanningen. Att översätta en juridisk term som är specifik för common law till svensk kontext är i vissa situationer förenat med svårigheter. I andra situationer inser inte rättskomparatisten att begreppet får en annan innebörd efter översättningen, vilket är olyckligt eftersom det leder till att en direkt felaktighet uppstår. Detta är en typ av problem som det har varit omöjligt att gardera sig helt mot. Vissa typer av översättningsproblem har jag dock försökt undvika genom att göra en översättning, bra eller dålig, och sedan genom en fotnot informerat läsaren om den ordagranna engelska innebörden.

Ett annat problem som bör uppmärksammas, och som delvis hänger samman med ovan nämnda översättningsproblem, är att engelsk rätt och svensk rätt skiljer sig åt på ett fundamentalt plan. Eftersom common law har ett annat ursprung och en annan struktur är vissa jämförelser helt omöjliga. Ett rent civilrättsligt problem i Sverige kan i England vara reglerat inom såväl common law som equity, någonting som för en svensk jurist kan framstå som märkligt. Under utredningen av engelsk rätt har jag försökt frigöra mig från det svenska sättet att tänka i så stor utsträckning som möjligt. Helt frigjord i tankebanorna är dock omöjligt att bli, varför detta utgör en potentiell felkälla.

8.2 Analys av svensk rätt

I svensk rätt är culpa in contrahendo ett rättsområde med förhållandevis lite rättspraxis. UNIDROIT Principles art. 2.1.15 i kombination med Rambergs kommentar till densamma är en relativt träffsäker sammanfattning av det svenska rättsläget, trots framställningens korthet. Egentligen finns det endast ett rättsfall där ett culpa in contrahendo-yrkande verkligen har föranlett skadeståndsskyldighet, nämligen Colombia-fallet. I detta fall får sägas att vårdslösheten i samband med avtalsförhandlingarna var omfattande, varför ett nekande till skadestånd i detta fall i praktiken skulle ha inneburit att ersättning för prekontraktuella skador inte skulle existera i svensk rätt. Min uppfattning är därför att utgången av detta mål var rimlig. Med stöd av övri-

ga rättsfall, till exempel fallet med läkaren K, kan vidare konstateras att svenska domstolar är obenägna att avvika från huvudregeln att var part bär sina egna kostnader vid en avtalsförhandling. Också detta tyder på sundhet, eftersom det på intet sätt vore önskvärt med ett samhälle där det är vanligt förekommande att avtalsförhandlande part blir skadeståndsskyldig för prekontraktuella skador. En direkt konsekvens av sådana bestämmelser vore att en mindre mängd avtalsförhandlingar skulle äga rum, eftersom såväl näringsidkare som privatpersoner skulle ha aversion för risken att förlora kapital. Mindre antal avtal innebär per definition en ekonomi med lägre tillväxt och totalt sett lägre levnadsstandard för nationens invånare. Med stöd av detta är min bedömning att konsekvenserna av svensk rättstillämpning relaterat till prekontraktuella skadestånd generellt är positiva.

Vad som dock kan vara problematiskt med den svenska culpa in contrahendo-modellen är att det, trots några centrala rättsfall, är ont om såväl praxis som doktrin. Med säkerhet kan dock två ytterligheter identifieras: Å ena sidan visar svenska domstolar en motvilja att frångå huvudregeln att part förhandlar på egen risk, men å andra sidan utdöms prekontraktuellt skadestånd i situationer där omfattande vårdslöshet har ägt rum och övriga skadeståndsrättsliga krav ligger för handen. Med ledning av detta relativt allmänna resonemang är det svårt att exakt definiera och klarlägga när en avtalsförhandlande part har brutit mot lojalitetsplikten i sådan grad att denne blir skadeståndsskyldig. En trolig förklaring till att fler rättskällor inte går att finna är sannolikt att merparten av de tvister som uppstår förlikas alternativt löses i tvistedomstol och på så sätt inte leder till att ny praxis uppstår.

Att utgå från en lojalitetsplikt som successivt ökar ju längre avtalsförhandlingen framskrider utgör ett tydligt incitament för parterna att sköta sig gentemot varandra och inte framfara bedrägligt. En tendens som kan observeras är att ju mer omfattande en affär är, desto högre krav ställs på lojalitet mellan parterna. Det innebär i praktiken att två parter som förhandlar en företagsöverlåtelse uttryckligen har starkare incitament att sköta sig gentemot varandra än två parter som förhandlar om köp av ett begagnat kylskåp, vilket kan förefalla rimligt. Inom ramen för en diskussion om lojalitetsplikt är också fallet NJA 1990 s. 795 intressant. Förutom att exemplifiera när lojalitetsplikt mellan förhandlande parter uppstår specificerar rättsfallet vad som kan tänkas ingå i en sådan lojalitetsplikt. Klart framstår att en avtalsförhandlande part, som nått över den nivå där lojalitetsplikt uppstår, har rätt att bli informerad av medkontrahenten inom en relativt kort tidsfrist för det fall medkontrahenten bestämmer sig för att dra sig ur. Således kan ett dröjsmål med att lämna upplysningar föranleda prekontraktuellt skadeståndsansvar enligt culpa in contrahendo. Förutom detta illustrerar rättsfallet en aspekt som är viktig inom all skadeståndsrätt, nämligen adekvansproblematiken. Att visa på orsakssamband mellan skada och vårdslös handling kräver inte bara ett fastställande av att skada har skett, utan också en utförlig precisering av skadans omfattning.

Beträffande den culpabedömning som görs i samband med prekontraktuella skador tycks Adlercreutz och Kleineman förespråka olika lösningar. Klei-

neman utgår från en affärsetisk norm, medan Adlercreutz förespråkar en lösning där den mest riskbärande parten ska kunna erhålla ersättning om medkontrahenten drar sig ur utan anledning. Personligen ser jag fördelar med båda författarnas sätt att resonera. Adlercreutz tankesätt påminner om den lösning jag själv förespråkar, se kapitel 8.5. Då detta tankesätt för resonemanget bort från en renodlad culpabedömning vore det kanske önskvärt att införa en sådan bestämmelse i lag, för det fall praxis skulle utvecklas i Adlercreutz riktning. Beträffande Kleinemans tankesätt får detta, enligt min uppfattning, sägas stämma mer överens med gällande rättspraxis. De slutsatser som han drar är till stor del baserade på NJA 1990 s. 745, med vissa subjektiva tillägg till domstolens resonemang. Ett problem som jag kan identifiera med att upphöja begreppet ”god affärssed” till en term med juridisk innebörd är att ”god affärssed” inte får bli för detaljerat. Det skulle kunna skapa rättsosäkerhet för den som gör affärer men inte är juridiskt kunnig. Lösningen skulle dock kunna fungera om lagen endast ersätter kvalificerat otillbörliga ageranden i samband med avtalsförhandlingar, en uppfattning som verkar överensstämja med Kleinemans.

En intressant utveckling av svensk rättspraxis är inom området ren förmögenhetsskada. Beträffande LOU kan konstateras att lagen skiljer sig markant från den allmänna skadeståndsrätten genom att ersätta positivt kontraktsintresse. En trolig anledning till detta avsteg från huvudregeln kan vara att det är staten som blir skyldig att ersätta positivt kontraktsintresse om reglerna inte följs, varför lagen inte inverkar negativt på handeln genom att öka risken för avtalsförhandlande parter. I de fall då staten inte upphandlar öppnar det så kallade Frasse-fallet möjligheten för ersättning i situationer där tredje man medvetet interfererat med en avtalsförhandling. Det är då fråga om en utvidgning av ersättning för rena förmögenhetsskador. Fallet är, enligt min bedömning, ett tydligt exempel på kvalificerat otillbörligt beteende i samband med avtalsförhandlingar, även om rättsfrågan inte kretsar kring culpa in contrahendo. Svensk rätt har visserligen sedan en tidpunkt före SkL:s tillkomst erkänt ersättning för rena förmögenhetsskador i vissa situationer där skadan inte uppstått till följd av brottslig gärning. En slutsats som kan dras av rättsfallet är att svensk praxis nu fortsätter att utvecklas i en riktning där ersättning för rena förmögenhetsskador faktiskt vidgas. Enligt mitt synsätt bör man vara försiktig med att övertolka rättsfallets betydelse. Situationen i fallet var så extrem att ett rättssystem på något sätt måste korrigera sådant otillbörligt agerande av tredje man för att skapa en ekonomi som medborgarna har förtroende för.

8.3 Analys av engelsk rätt

Det faktum att engelska domstolar har valt att tillämpa olika rättsregler i samband med prekontraktuellt skadeståndsansvar gör rättsläget svåröverskådligt. Sammanfattningsvis kan sägas att den part som drabbas av prekontraktuella skador är dåligt skyddad. Kontraktsrätten, som i vissa fall tillämpas på kvasikontraktuella situationer och då påtvingar parterna ett kontrakt, är restriktiv. De krav på ”certainty” som ställs för att ett avtal ska anses lig-

ga för handen tycks vara relativt högt ställda, någonting som illustreras av bland annat Cleveland-fallet. Likaså tycks huvudregeln att varje part förhandlar på egen risk vara förhållandevis stark. Regalian-fallet innehåller flera intressanta resonemang. Ett sådant är att domstolen kommer fram till att ej utbetala ersättning för det förberedande arbetet, som gjorts i tron att kontraktet skulle bli verklighet, eftersom kostnaderna oavsett giltigt kontrakt eller inte skulle ha burits av käranden. I detta sammanhang bör betänkas att vissa uppdragsgivare indirekt kräver att inledande arbete ska utföras i samband med ett kontrakt. I realiteten är arbetet en förutsättning för att avtalet ska kunna bli verklighet, annars går uppdragsgivaren ju rimligtvis till någon annan. Detta är en aspekt som, enligt min mening, är av vikt att beakta i samband med en restriktiv huvudregel.

”Unjust enrichment” är det begrepp inom engelsk rätt som är svårast att definiera. I allt för hög utsträckning tycks flera av rekvisiten sakna stöd i praxis och mer vara en fråga om subjektivt tyckande. Detta borde skapa rättsosäkerhet för den som planerar att åberopa ”unjust enrichment” inför domstol. I målet British Steel ställdes problemet på sin spets. Hade domstolen här valt att tillämpa ”contract law” hade motparten Cleveland faktiskt haft möjlighet att få gehör för sitt genkärsmål, som helt byggde på kontraktuellt skadeståndsansvar. I situationen visade sig, visserligen, ”unjust enrichment” tillämpligt och utmynnade i en effektiv lösning av tvisten. Slående är saknaden av skarpa definitioner av de båda rekvisiten ”enrichment” och ”unjust”. Mest påtagligt är detta i förhållande till termen ”villigt tagit emot”. Denna tycks, under vissa förutsättningar, kunna äga relevans både vid fastställande av om rekvisitet ”unjust” är uppfyllt och vid fastställande av om ”enrichment” har skett. Absurditeten med detta är total. Uppdragsgivaren bekräftar att tjänster som utförts prekontraktuellt är värda något genom att ta emot dem och uppfyller rekvisitet ”enrichment”. Alternativt uppfyller uppdragsgivaren rekvisitet ”unjust” genom att göra detsamma. Eller förhåller det sig så att han genom sitt handlande uppfyller båda rekvisiten samtidigt? Visserligen finns det i uppsatsens utredande del mer stringens i resonemanget kring ”unjust enrichment”, men enligt min bedömning är inte heller den nivån på stringens tillräcklig för att kunna åberopa ”unjust enrichment” i domstol och hoppas på framgång. Citatet i slutet av kapitel 7.3.2. indikerar att det sannolikt är en hel del engelska jurister som skulle fundera noga innan de tog ett mål med ett ”unjust enrichment”-yrkande till domstol för sin klients räkning. En slutlig reflektion som kan göras över ”unjust enrichment” är att resonemanget ytterst tangerar ”contract law”, då det talas om fastställande av en gemensam partsvilja. Den tunna, omdefinierbara, gräns som finns mellan ”contract law” och ”unjust enrichment” kan enligt min uppfattning vålla problem. Detta beror framför allt på att stora möjligheter för domstolen skapas att omdefiniera gränsen på ett hittills nytt sätt i det individuella rättsfallet, någonting som leder till oförutsägbar rättstillämpning.

Utöver ”unjust enrichment” och ”contract law” kan också ”tort law” tillämpas. Enligt min bedömning är ”torts” vid prekontraktuellt skadeståndsansvar mindre vanligt än vid de andra två disciplinerna. Detta kan bero på att

”torts” tar sikte på mer specifika situationer vilket gör dem svåra att applicera på komplicerade avtalsförhandlingar. Det finns däremot situationer där ”torts” är den mest lämpliga lösningen, till exempel då felaktiga upplysningar har lämnats i samband med en avtalsförhandling. Att åberopa ”tort law” leder i sådana situationer till en mer effektiv lösning där käranden kan få ersättning för ”pure economic losses” som denne har lidit. En annan tydlig fördel med ”tort law” är att hänsyn tas till den reella skada som käranden har lidit istället för att fastställa i vilken utsträckning denne har blivit berikad.

8.4 Likheter och skillnader mellan svensk och engelsk rätt

Inledningsvis kan konstateras att engelsk och svensk rätt vilar på samma huvudregel, nämligen att varje part bär sina egna kostnader för misslyckade avtalsförhandlingar. Regeln verkar i de båda rättssystemen vara starkt förankrad, då båda rättsordningarnas domstolar visar en hög grad av motvilja till att fastslå undantag från huvudregeln. Detta är intressant i sig, då rättsordningarna vilar på helt olika fundament. En annan intressant reflektion är att den amerikanska modellen ”Learned Hands Rule” återkommer såväl inom svensk som engelsk skadeståndsrätt. Båda ländernas domstolar beaktar nämligen skaderisk, den sannolika skadans storlek och skadevållarens möjligheter och kostnader för att inse och förebygga skadan. Att detta, i stor utsträckning samhällsekonomiska, resonemang genomsyrar domstolarnas tankebanor i de båda länderna leder till en viss enhetlighet inom skadeståndsrätten. Noteras bör dock att engelsk skadeståndsrätt i betydligt högre utsträckning än den svenska tar utgångspunkt i moraliska bedömningar, vilket leder till att det ändå finns avgörande skillnader mellan systemen.

Beträffande begreppet ”pure economic loss” kan en direktöversättning till svenskans ”ren förmögenhetsskada” inte göras, bland annat eftersom ”pure economic loss” också inkluderar tredjemansskador. Om vi utgår från svenskans definition av rena förmögenhetsskador kan konstateras att sådana inom engelsk rätt kan ersättas genom flera olika ”torts”. När det gäller ”unjust enrichment” tycks det här inte vara relevant att tala om någon form av förmögenhetsskada i samband med prövningen av om rekvisiten är uppfyllda. Sakfrågan handlar ju istället om huruvida oskäligen ekonomisk berikning har skett eller ej. Mitt intryck är dock att det som ersätts i realiteten ligger nära rena förmögenhetsskador, enligt svensk definition. ”Contract law”, slutligen, innebär i prekontraktuella skadeståndssammanhang att ersättning för ekonomiska skador utbetalas på kontraktuell grund trots att det är en definitionsfråga om det finns ett kontrakt överhuvudtaget. Således ersätts även här vad som i svensk rätt benämns som ren förmögenhetsskada.

En annan iakttagelse är att det i svensk och engelsk rättspraxis har fastslagits en identisk princip i fråga om rena förmögenhetsskador. Som nämnts korresponderar inte begreppet ”pure economic loss” helt med svenskans

rena förmögenhetsskador, men rättsregeln är ändå i princip identisk. I fallet *Cattle v. Stockton Waterworks Co* valde domstolen visserligen att ogilla kärandens yrkande om skadestånd, men höll möjligheten öppen för situationer där en tredjeman medvetet interfererar med en avtalsrelation. Om detta yttrande utgör obiter eller inte kan diskuteras, men faktum kvarstår att det är exakt den princip som svenska domstolar fastställde genom *Frassefallet*. En intressant fråga är då om det kan betraktas som en allmän rättsgrundsats att skadeståndsskyldighet uppstår om en tredje man uppsåtligt saboterar en avtalsrelation och genom sitt agerande vållar skada. Min personliga uppfattning är att så är fallet.

En av de viktigaste skillnaderna mellan svensk och engelsk rätt är att engelsk rätt vid prekontraktuella skadeståndssituationer tillämpar avtalsrätt på någonting som per definition inte är ett kontrakt, ett så kallat kvasikontrakt. Principen är i sig intressant, då det mycket väl kan vara så att parterna har en gemensam partsavsikt att visst förberedande arbete ska utföras varför ett avtal beträffande denna punkt kan ligga underförstått mellan dem. Som jag ser på saken kan det finnas problem med detta synsätt. Engelska domstolar utgår från att ett mindre omfattande kontrakt egentligen har ingåtts av parterna men att villkoren i detta kontrakt är ”dolda” för parterna. Den viktigaste frågeställningen blir då varför och på vilket sätt detta dolda kontrakt är mer synligt för domstolen? Eftersom det är parterna som förhandlar borde rimligtvis de ha bättre kännedom om vad som får anses vara avtalat eller inte. Sannolikt kan domstolen ibland upptäcka konkludenta överenskommelser mellan parterna som är dolda för dem, men det borde också kunna förekomma att domstolen tror sig upptäcka överenskommelser som varken existerar eller är gemensam partsavsikt.

Lojalitetsplikt över en viss nivå är i svensk rättstillämpning så pass stark att en part inte kan dra sig ur utan giltig anledning, menar Adlercreutz. Inom engelsk rätt, fallet *Regalian*, kan en liknande princip skönjas, vilken käranden baserade sin talan på. Denna princip tog hänsyn till vilken part, den med utgifter eller den som tagit emot tjänster, som varit upphov till att förhandlingarna havererade. Notera dock att domstolen inte gick på kärandens linje i domslutet.

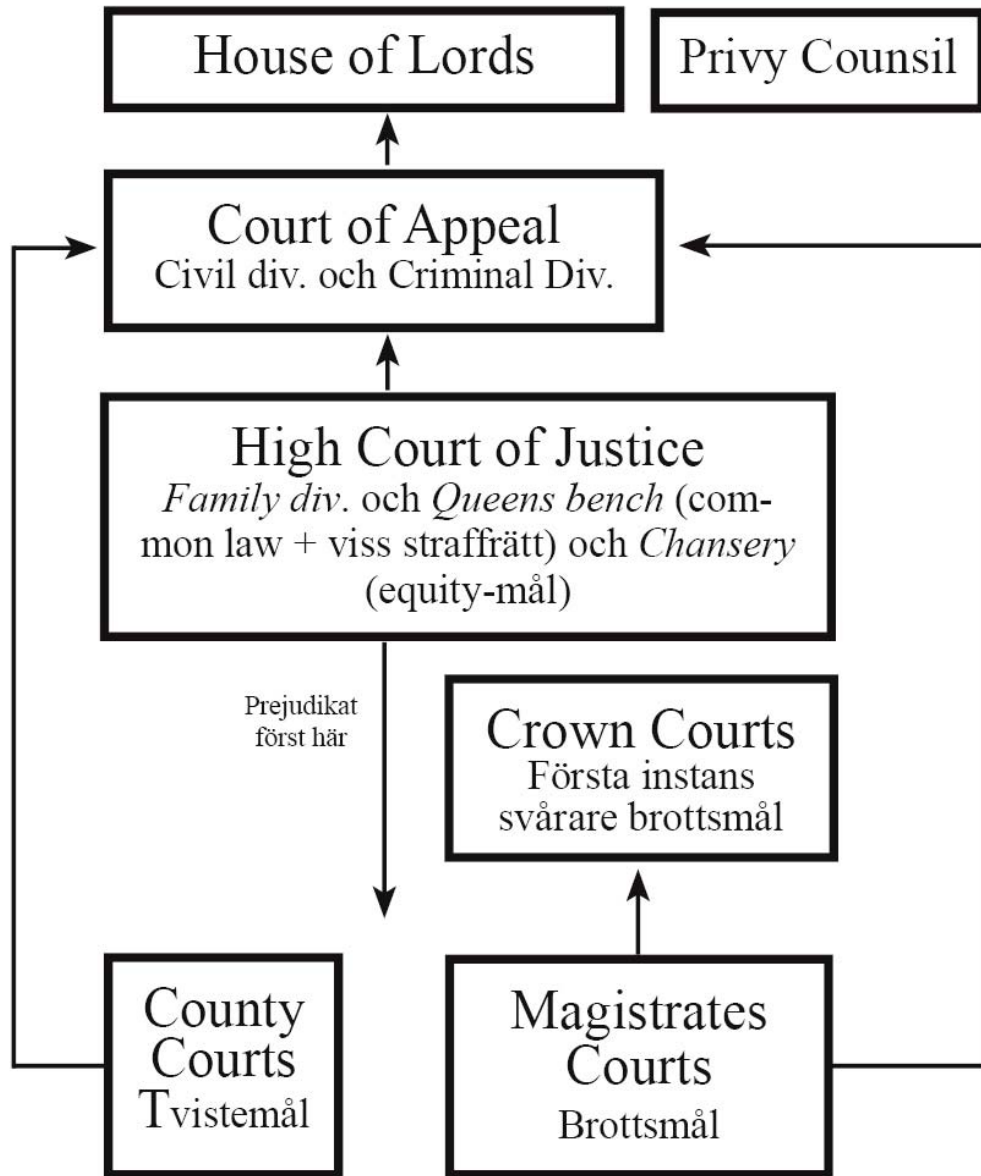
8.5 Bör svensk rätt ta intryck av något från den engelska rätten?

Då de rättsregler som behandlar prekontraktuellt skadeståndsansvar inom engelsk rätt är långt ifrån enhetliga är det svårt att hitta någonting eftersträvansvärt som svensk rätt bör ta intryck av. I ovanstående analys har pekats på såväl svagheter som styrkor inom de båda rättssystemen. Då svensk civilrätt bygger på lagfästa regler istället för rättspraxis, såsom common law gör, kan argumenteras för att de svenska rättsprinciper rörande prekontraktuellt skadeståndsansvar, vilka har belysts i denna uppsats, på något sätt borde kodifieras. En sådan kodifiering hade lett till att nya rättskällor upp-

stått, såsom förarbeten, vilket hade gjort rättsläget mer överskådligt. Problemet med en sådan lösning är dock att den flexibilitet som nuvarande culpa in contrahendo-modell medför skulle gå förlorad.

I ett rättsfall inom den engelska rätten hittas en överskådlig och applicerbar princip, som svensk rättstillämpning enligt mitt tycke skulle kunna inspireras av. Det rättsfall jag åsyftar är det australiensiska avgörandet som analyserades i Regalian-omen. Detta australiensiska avgörande grundar sig på följande princip. Om A) den gemensamma partsavsikten mellan två parter är att ett kontrakt ska bli skrivet och B) den ena parten drar på sig kostnader genom att utföra arbete C) som inte annars hade varit gratis, finns möjlighet för denna part att erhålla ersättning för dessa kostnader under förutsättning att D) motparten har dragit sig ur avtalsförhandlingen E) utan giltig anledning. Detta är, åtminstone till viss del, likt det resonemang som Adlercreutz för relaterat till culpabedömningen vid culpa in contrahendo, där även han talar om lämplig anledning att dra sig ur avtalsförhandlingar. Den fördel som jag ser med den australiensiska domstolens sätt att resonera är att vikt läggs vid vilken av parterna som drar sig ur avtalsförhandlingen. Måhända skulle en svensk rättstillämpning där hänsyn tas till vem som drar sig ur avtalsförhandlingen skapa ett skydd för en svagare part, vilket vore positivt. Den svagare parten utgörs då av den som utfört inledande arbete med anledning av ett tilltänkt avtal. I vissa situationer krävs sådant inledande arbete för att kunna få möjlighet att ge ett trovärdigt intryck vid avtalsförhandling med medkontrahenten, som är en starkare aktör. Därför kan argumenteras för att den svagare aktörens inledande arbete skulle kunna utgöra ett skyddsvärt intresse som rättsväsendet borde värna om. Dock bör försiktighet iakttas, då utökad lagstiftning i sig inte är ett självändamål och marknaden i så stor utsträckning som möjligt bör reglera sig själv.

Bilaga A
Det engelska domstolssystemet



Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1972:5 - Förslag till skadeståndslag.

Prop. 1992/93:88 – Om offentlig upphandling.

DS 2007:10 – Vissa skadestandsfrågor vid kränkning

Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12:e uppl. Studentlitteratur, 2002.

Andersson, Ulrika, *Hans (ord) eller hennes? En konsteoretisk analys av skydd mot sexuella övergrepp*, Bokbox Förlag, 2004.

Bogdan, Michael, *Komparativ Rättskunskap*, 2:a uppl. Norstedts Juridik, 2003.

Card, Richard; James, Jennifer, *Law for Accountancy Students*, 7th ed. Oxford University Press, 2002.

Dahlman, Christian, *Konkurrerande culpakriterier*, Studentlitteratur, 2000.

Denk, Thomas, *Komparativ metod – förståelse genom jämförelse*, Studentlitteratur, 2002.

Forsberg, Nicklas, *Offentlig upphandling i praktiken*, 2:a uppl. Norstedts Juridik, 2001.

Hedley, Steve, Work done in Anticipation of a Contract which does not Materialise: a response. In W. R. Cornish, Richard Nolan, Janet Sullivan and Graham Virgio eds. *Restitution: Past, Present and Future*, Hart Publishing, 1998.

Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, 4:e uppl. Juristförlaget, 1993.

Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 7:e uppl. Norstedts Juridik, 2007.

Hentze, Margareta; Sylvén, Hans, *Offentlig upphandling*, 1 uppl. Norstedts Juridik, 1998.

Holmgren, Sven; Lundqvist, Dick, *Letter of Intent – Värt mer än pappret?* Studentlitteratur, 1988.

Hultmark, Christina, *Upplyningsplikt vid ingående av avtal*, Norstedts Juridik, 1993.

Jahreborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus förlag, 2001.

Kleineman, Jan, *Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*. Juristförlaget, 1987.

Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, 2:a uppl. Institutet för bank- och affärsjuridik, 2006.

Markesinis, Basil; Deakin, Simon; Johnston, Angus, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 5th edition, Clarendon Press, 2003.

McKendrick, Ewan, Work done in Anticipation of a Contract which does not Materialise. In W R Cornish, Richard Nolan, Janet Sullivan and Graham Virgilio (eds) *Restitution: Past, Present and Future*, Hart Publishing, 1998.

May, Tim, *Samhällsvetenskaplig forskning*, Studentlitteratur, 2001.

Pearce, Robert; Stevens, John, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 4th ed. Oxford University Press, 2006.

Ramberg, Jan; Ramberg Christina, *Allmän avtalsrätt*, 7:e uppl. Norstedts Juridik, 2007.

Rohde, Knut, *Obligationsrätt*, Norstedts Juridik, 1984.

Salmond, John Williams; Chambers; Robert; Heuston Robert Francis Vere, *Salmond & Heuston on the law of torts* 18th ed. Sweet & Maxwell Limited, 1981.

Sevenius, Robert, *Företagsförvärv*, 1:a uppl. Studentlitteratur, 2003.

Stanton, Keith, The recovery of pure economic loss in tort: the current issues of debate. In Michael, Furmston, ed. *The law of tort*, Gerald Duckworth & Co. Ltd, 1986.

Vortinius, Sacharias, *Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund*. Brutus Östlings bokförlag Symposium, 2004.

Artiklar

Adlercreutz, Axel, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (avtal om 'letters of intent', principöverenskommelser mm), *Svensk Juristtidning*, 1987, s. 493 - 514.

Dietrich, Joachim, Classifying precontractual liability: a comparative analysis, *Legal Studies vol. 21 no. 2*, 2001, s. 153 – 191.

Giliker, Paula, A role for tort in pre-contractual negotiations? An examination of English, French and German law, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, s. 969 – 994.

Kleineman, Jan, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, *Juridisk Tidsskrift* nr 1 1991/92, s. 125 – 140.

Nicander, Hans, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden *Juridisk Tidsskrift* nr 2, 1995/96 s. 31 – 49.

Lagtextkommentarer i Karnov

Bengtsson, Bertil, kommentar till SkL 1 kap 2§, 2008-09-12.

Bengtsson, Bertil, kommentar till SkL 2 kap 2§, 2008-09-12.

Nord, Eskil, kommentarer till LOU 16 kap 5 §, 2008-09-12.

Internetkällor

Dagens Industri – www.di.se, 2008-10-08

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall

AD 157/1994

NJA 1931 s. 7

NJA 1931 s. 126

NJA 1941 s. 482

NJA 1963 s. 105

NJA 1973 s. 175

NJA 1978 s. 147

NJA 1981 s. 622

NJA 1987 s. 692

NJA 1990 s. 745

NJA 1993 s. 41 I och II

NJA 1995 s. 274

NJA 2000 s. 712

NJA 2005 s. 608

Engelska rättsfall

Box v. Midland Bank Ltd (1979) 2 Lloyd's Rep 391

British Steel Corp v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd (1984) 1 All ER 504

Cattle v. Stockton Waterworks Co [1875] L.R. 10 Q.B. 453

Esso Petroleum Co Ltd. v. Mardon (1976) QB 801

Jones v. Vernon's Pools Ltd (1938) 2 All ER 626

Latimer v. AEC Ltd. (1987) AC 241

May and Butcher v. R (1934) 2 KB

Regalian Properties plc v. London Docklands Development Corp. (1995) 1 All ER 1005

Rose and Frank Co v. J.R. Crompton and Bros. Ltd (1925) AC 445 affg. (1923) 2 KB 261

Spartan Steel v. Martin & Co [1973] QB 27

Weeks v. Tybald, 1604, Roll, Abr.