



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Andreas Carnheimer

Culpa in contrahendo vid företagsförvärv

Examensarbete
20 poäng

Katarina Olsson

Förmögenhetsrätt

HT 2007

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och problemformulering	5
1.3 Avgränsingar	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	8
2.1 Förvärvsprocessen	9
2.2 Förvärvsavtalets ingående	11
2.2.1 Rättsliga förutsättningar	12
2.2.2 Prekontraktuella avtal	14
2.2.2.1 Sekretessavtal	14
2.2.2.2 Letter of Intent	15
2.2.3 Avtalsbundenhet	17
4.1 Objektiva rekvisit	22
4.1.1 Lojalitetsprincipen som ansvarsgrund	22
4.1.1.1 Lojalitetspliktens uppkomst	23
4.1.1.2 Betydelsen av prekontraktuella avtal	27
4.1.1.3 Lojalitetspliktens innebörd	29
4.1.1.3.1 Upplyningsplikt	30
4.1.1.3.2 Sekretessplikt	32
4.1.1.3.3 Begränsning av annans skada	33
4.1.1.4 Lojalitetspliktens räckvidd	34
4.1.2 Skada	35
4.1.3 Adekvat kausalitet	36
4.2 Subjektiva rekvisit	38
4.2.1 Uppsåt	38
4.2.2 Oaktsamhet	39
4.2.2.1 Allmänt om culpabedömningen	39
4.2.2.2 Culpabegreppet vid culpa in contrahendo	41
4.3 Bevisbörda och beviskrav	44
5.1 Ersättning	45
5.2 Jämkning	47

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

Summary

This thesis deals with the legal formation called culpa in contrahendo, negligence in connection with entering an agreement, and its application on mergers and acquisitions, M&A. A negotiation regarding an M&A that does not lead to a final deal can be very expensive for the parties involved. The principal rule in Swedish law is that a party enters a negotiation at its own risk and cannot expect compensation when negotiations do not lead to a closing deal. However, a party can become liable to damages as a consequence of the legal formation culpa in contrahendo. The aim of this paper is to present the conditions which will bring to the fore the precontractual liability.

By way of introduction this report deals with the transaction process during an M&A, with the purpose of elucidating the way to a binding agreement. In case of an existing, binding agreement between the parties a claim will be based on contractual grounds, which normally will increase the chance of compensation.

Secondly the paper presents the conditions of the precontractual liability known as culpa in contrahendo. The conditions, that have to be fulfilled, are grounds for liability (which in this is case is the obligation of loyalty during negotiations), damage, adequate causality and negligence. The burden of proof, which is held by the claiming party, is also addressed.

The last section of this report deals with the estimation of the amount of compensation in case of liability to pay damages. In short, the principal rule is that the party is entitled to compensation equal to the negative contractual interest.

In conclusion, the legal formation culpa in contrahendo strengthens the loyalty between the parties in negotiations of an M&A and thereby withholds the trustworthiness of the contractual institute. Despite some uncertainty of the scope and borders of culpa in contrahendo, it can be stated that the legal situation regarding the legal formation culpa in contrahendo is convincingly clear and predictable.

Sammanfattning

Förevarande uppsats behandlar rättsfiguren culpa in contrahendo, vårdslöshet i samband med ingående av avtal, och dess tillämpning vid företagsförvärv. En förhandling om företagsöverlåtelse som inte leder till ett slutgiltigt avtal kan vara ytterst kostsam för parterna. Huvudregeln i svensk rätt är emellertid att avtalspart förhandlar på egen risk med innebörden att han eller hon inte kan räkna med att få ersättning för sina utgifter och än mindre för uteblivna fördelar, när förhandlingarna inte lett till avtal. Skadeståndsskyldighet på grund av vårdslöshet vid avtals ingående kan dock uppstå enligt rättsfiguren culpa in contrahendo. Syftet med denna uppsats är därför att redogöra för vilka förutsättningar som måste vara för handen för att ett prekontraktuellt skadeståndsansvar skall aktualiseras vid förhandlingar rörande företagsöverlåtelser.

I uppsatsen redogörs inledningsvis för transaktionsprocessen vid ett företagsförvärv med avsikt att belysa själva avtalsbildningen. För det fall ett bindande avtal har kommit till stånd mellan parterna uppkommer ett inomobligatoriskt skadeståndsansvar, vilket normal innebär att möjligheterna till ersättning ökar. Avtalsbildningen vid ett företagsförvärv sker normalt successivt, varför en part följaktligen måste förvänta sig att bundenhet kan uppkomma innan ett skriftligt kontrakt är för handen. När partsavsikten är att avtalsinnehållet skall förkroppsligas i ett skriftligt kontrakt, torde dock avtalsbundenhet inte föreligga förrän detta undertecknats av parterna.

Vidare belyses de olika förutsättningar som måste vara uppfyllda för att det prekontraktuella skadeståndsansvaret vid företagsförvärv skall aktualiseras. De objektiva förutsättningar som måste vara för handen är ansvarsgrund (vilken i detta fall utgörs av lojalitetsplikten), skada och adekvat kausalitet. För skadeståndsskyldighet måste även det subjektiva rekvisitet culpa, uppsåt eller oaktsamhet, vara uppfyllt. Här analyseras också bevisbördan för ett eventuellt skadeståndsansvar och skada, vilken bärs av den skadelidande förhandlingsparten.

I arbetets sista del åskådliggörs den eventuella ersättningens storlek då culpa in contrahendo konstaterats. I korthet kan sägas att ersättningen som huvudregel utgörs av det negativa kontraktsintresset, eventuellt med ett visst tillägg.

Avslutningsvis framhålls att rättsfiguren culpa in contrahendo bidrar till att parterna vid förhandling om ett företagsförvärv uppträder lojalt och därmed också till att trovärdigheten för avtalsinstitutet upprätthålls. Trots att viss osäkerhet kan anses råda om rättsfigurens innehåll och räckvidd torde rättsläget kunna ses som tillräckligt tillfredställande och förutsägbart.

Förord

Med denna uppsats avslutar jag mina juridikstudier i Lund. Det har varit en intressant, händelsefull och rolig tid som alltid kommer att ligga mig varmt om hjärtat. Samtidigt som jag blickar tillbaka på mina år som student med glädje ser jag med spänning fram mot att ge mig ut i arbetslivet.

Jag vill här ta tillfället i akt och rikta ett stort tack till de personer som underlättat mitt arbete med denna uppsats. Först och främst vill jag tacka min handledare Katarina Olsson för värdefulla synpunkter och stor flexibilitet. Vidare vill jag rikta ett stort tack till Jesper Ottergren, advokat hos och delägare i Advokatfirman Vinge KB Malmö, för praktiska infallsvinklar, kommentarer och upplysningar. Jag vill också tacka min familj och min flickvän som avsevärt underlättat författandet av förevarande uppsats. Sist men inte minst riktar jag ett varmt tack till Johan och Olof för värdefull korrekturläsning.

Vidare vill jag tacka alla mina nära och kära för ett stort stöd genom hela min studieperiod.

Lund den 1 september 2007
Andreas Carnheimer

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
AD	Arbetsdomstolen
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rätts- handlingar på förmögenhetsrättens område
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
HD	Högsta Domstolen
JB	Jordabalk (1970:994)
JT	Juridisk Tidsskrift
KöpL	Köplag (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv avd I
NJM	Nordiskt Juristmöte
Prop.	Proposition
SkbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Företagsförvärv är en vanlig företeelse i svenskt näringsliv och vid sidan av andra vanliga affärsprocesser en etablerad affärsverksamhet i många bolag. Transaktionsprocessen vid företagsförvärv är ofta lång och kantas av flera successiva kontakter, informationsutbyten och förhandlingar. Löpande sker en gradvis utveckling av förtroende och tydlighet samtidigt som ett antal prekontraktuella avtal och slutligen ett bindande köpavtal, med där tillhörande sidoavtal, upprättas. Vid sidan av transaktionsavtalen upprättar parterna också avtal med andra externer såsom diverse konsulter och låneinstitut.

En förhandling om företagsöverlåtelse som inte leder till ett slutgiltigt avtal kan följaktligen vara ytterst kostsam för parterna. En långt gången förhandling innebär vidare att säljaren kan ha tillåtit betydande insyn i målföretaget och köparen kan ha ådragit sig betydande utredningskostnader. Huvudregeln i svensk rätt är emellertid att avtalspart förhandlar på egen risk med innebörden att han eller hon inte kan räkna med att få ersättning för sina utgifter och än mindre för uteblivna fördelar, när förhandlingarna inte lett till avtal. Skadeståndsskyldighet på grund av vårdslöshet vid avtals ingående kan dock uppstå enligt rättsfiguren culpa in contrahendo.

1.2 Syfte och problemformulering

Syftet med föreliggande uppsats är att redogöra för förutsättningarna för det prekontraktuella skadeståndsansvaret vid företagsförvärv. Avsikten är att belysa detta skadeståndsansvar med ledning av de olika faserna i transaktionsprocessen vid ett företagsförvärv och då i synnerhet de avtal vilka normalt upprättas under förhandlingarna.

Det prekontraktuella skadeståndsansvaret följer av ett uppsåtligt eller oaktsamt beteende i samband med avtals ingående, vilket betecknas såsom ansvar enligt culpapregeln. Därför är syftet med förevarande framställning framförallt att utreda vad som kan anses vara culpöst vid kontraktsförhandlingar vid ett företagsförvärv och vilka faktorer som får betydelse vid culpabedömningen.

Den övergripande problemformuleringen lyder således:

- Vilka förutsättningar måste vara för handen för att ett prekontraktuellt skadeståndsansvar skall aktualiseras vid förhandlingar rörande ett företagsförvärv?

Culpa in contrahendo medför att skadeståndsskyldighet kan uppstå på grund av vårdslöshet vid avtals ingående. För det fall att avtalsbundenhet har kommit till stånd mellan parterna kommer ett eventuellt skadeståndskrav dock att behandlas enligt avtalet och allmänna kontraktsrättsliga principer, vilket normalt förbättrar den skadelidandes möjligheter till skadestånd. Förevarande uppsats avser därför också att utröna när parterna vid ett företagsförvärv kan anses ha ingått ett bindande avtal.

Även om fokus ligger på förutsättningarna för ett prekontraktuellt skadeståndsansvar, kommer också, om än översiktligt, faktorer såsom bevisbörda, beviskrav och eventuell ersättnings storlek att belysas. Vidare kommer också möjligheterna att undvika ett skadeståndsansvar att undersökas.

1.3 Avgränsingar

Denna uppsats behandlar enbart prekontraktuellt skadeståndsansvar vid företagsförvärv på grund av dolus respektive culpa in contrahendo. Ett eventuellt prekontraktuellt ansvar enligt andra grunder lämnas därför därhän. Härav följer att ansvar enligt exempelvis straffrättsliga regleringar och lämnade garantier inte belyses. Begreppet culpa in contrahendo rymmer flera artskilda företeelser och avser handlande in contrahendo (vid avtalsförhandlingar), vare sig detta lett till avtal eller ej. I denna framställning behandlas endast situationer då avtalsförhandlingar inte leder till ett slutgiltigt avtal.

För att visa på när avtalsförhandlingarna leder till ett bindande förvärv kommer transaktionsprocessen och avtalsbildningen vid ett företagsförvärv att belysas. Mer allmänna principer rörande avtalsbundenhet berörs dock inte närmare i uppsatsen.

Vid komplicerade och utdragna avtalsförhandlingar upprättas vanligtvis en rad delöverenskommelser vilka konkretiseras i olika former av föravtal. I denna uppsats belyses enbart de prekontraktuella avtal vilka normalt sett upprättas vid förhandling om företagsöverlåtelse. Övriga prekontraktuella avtal eller bindande föravtal uppmärksammas emellertid inte.

Framställning belyser primärt transaktioner som sker på kommersiell grund. Eftersom aktiebolag får anses vara den viktigaste associationsformen i det praktiska affärslivet är uppsatsen huvudsakligen en redogörelse för privata förvärv av aktiebolag genom ett förhandlat aktieköp av ett helt bolag från en enda säljare. Framställningen utgår vidare från att involverade företag – köpare, säljare och målföretag – är svenska aktiebolag och att svensk rätt är tillämplig, varför internationella företagsförvärv ej kommer att avhandlas. Då uppsatsens fokus ligger på avtalsförhandlingarna vid företagsförvärv torde dock det mesta som sägs även vara applicerbart på andra former av förvärv av verksamheter. Publika företagsförvärv lämnas emellertid därhän

då parternas agerande härvid torde spela en mindre roll eftersom förhandlingar i sådana fall är mer sällsynta.

Endast parternas, det vill säga köparen och säljarens, prekontraktuella skadeståndsansvar kommer att undersökas. Biträdande konsults och andra vid avtalsförhandlingarna medverkande aktörers eventuella ansvar kommer därför inte att belysas. Parternas ansvar för aktuella mellanmäns handlande in contrahendo kommer endast översiktligt att behandlas.

Möjligheterna till att försäkra sig för aktuellt skadeståndsansvar och inverkan av dylik försäkring på ansvaret kommer endast översiktligt att beröras i uppsatsen.

Uppsatsens avsnitt rörande bevisbörda och beviskrav bär ganska översiktliga och allmänna drag, men återfinns i uppsatsen för att nå en fullständig bild av parts prekontraktuella ansvar. Uppsatsen kan emellertid inte göra anspråk på att vara en komplett redogörelse för bestämmelserna rörande bevisbörda och beviskrav vid ett prekontraktuellt skadeståndsansvar.

Oaktat att begreppet företagsförvärv präglas av ett köparperspektiv och företagsöverlåtelse av ett säljarperspektiv används orden som synonymer. Liktydigt används stundtals också begreppet företagsköp. Någon vikt vid de olika perspektiven bakom begreppen läggs således inte.

1.4 Metod och material

Förevarande uppsats bygger på en rättsvetenskaplig metod¹ där rättskälleläran och juridisk metod brukats för att analysera och tolka gällande rätt. Uppsatsen betecknas inte såsom rättsdogmatisk eftersom den verksamhet som benämns dogmatisk inbegriper kritik och rättspolitiska ställningstaganden, något som denna uppsats inte gör anspråk på.

Det huvudsakliga materialet i denna uppsats utgörs av lag, rättspraxis, i viss mån förarbeten samt, framförallt, doktrin. Materialet har främst behandlat företagsförvärv och skadeståndsrätt i allmänhet samt culpa in contrahendo i synnerhet.

I doktrin återfinns i viss mån delade meningar angående huruvida det är köplagen eller skuldebrevslagen som är tillämplig vid tvister rörande företagsöverlåtelser genom aktieöverlåtelse. Då köplagen får anses erhållit störst erkännande och också viss praxis talar för denna uppfattning behandlar denna uppsats framförallt det som diskuterats inom den svenska köprätten avseende förvärv av företag medelst aktier. Eftersom de flesta

¹ Den rättsvetenskapliga metoden inbegriper rättskälleläran, delar av den juridiska metoden samt andra metoder för att analysera rätten, se C. Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 2006, s. 36-39.

tvister rörande företagsförvärv i regel avgörs genom sekretessbelagd förlikning eller skiljedom finns en brist på tillgänglig rättspraxis. Då tvisterna inte når de allmänna domstolarna minskar också domstolarnas möjligheter att tydliggöra och utveckla rättsläget. Det finns därför en risk att tillgängliga rättsfall inte korrekt speglar gällande rätt. Vad gäller doktrin råder dock inga svårigheter att finna material som behandlar företagsförvärv. Den äldre liksom större delen av doktrinen behandlar framförallt frågan om de köprättsliga implikationerna av en företagsöverlåtelse. Mer modern litteratur berör istället oftare hela fenomenet företagsförvärv och de aspekter som härvid aktualiseras.

Rörande culpa in contrahendo utgörs det avgörande materialet av doktrin vilket är en följd av att denna rättsfigur är en samling icke lagreglerade principer. Vid sidan av doktrin ligger tyngdpunkten på de relativt få rättsfall som finns att tillgå inom detta område. Bristen på rättspraxis torde kunna förklaras av att parter vid tvist angående culpa in contrahendo, likt vid tvister om företagsförvärv, troligtvis föredrar att avgöra ärendet genom sekretessbelagd förlikning eller skiljedom. Vad gäller doktrin kan också här skönjas en viss begränsning i tillgängligt material. Culpa in contrahendo behandlas mestadels tämligen översiktligt i den avtals- och skadeståndsrättsliga litteraturen, något som troligen beror på en viss osäkerhet rörande principernas närmare innebörd och dessa böckers allmänna karaktär. Tonvikten i uppsatsen ligger istället på en rad intressanta artiklar som publicerats inom området.

1.5 Disposition

Uppsatsen består av fem huvuddelar. I den första delen, kapitel 2, behandlas den transaktionsprocess och de stegvisa förhandlingar vilka äger rum vid ett företagsförvärv. Därpå redogörs för avtalsbildningen mellan parterna som slutligen leder till ett bindande förvärv och företagsförvärvets rättsliga grund.

I den andra delen, kapitel 3, redogörs allmänt för rättsfiguren culpa in contrahendo och principernas framväxt.

I den tredje delen, kapitel 4, presenteras det prekontraktuella ansvarets förutsättningar, indelade i objektiva respektive subjektiva rekvisit. Med denna redogörelse som bakgrund kommer därefter bevisbörda och beviskrav att uppmärksammas.

I den fjärde delen, kapitel 5, analyseras eventuell ersättnings storlek samt möjligheterna till jämkning.

I den femte delen, kapitel 6, sker en avslutande analys av culpa in contrahendo vid företagsförvärv varvid de tidigare delarna kopplas samman och uppsatsens syfte och problemformulering besvaras.

2 Företagsförvärv

Företagsförvärv är en vanlig företeelse i svenskt näringsliv och en del av den ordinarie affärsverksamheten i många större bolag. I vissa bolag utgör företagsförvärv dessutom en bärande del av affärsidén. Företagsförvärv är dock inte ett sammanhållet fenomen baserat på en allmänt vedertagen definition, utan rymmer en mängd schatteringar. Förvärv av företag kan ske genom att köparen antingen förvärvar aktier, eller andelar, i företaget (aktieöverlåtelse) eller övertar dess tillgångar, skulder och förpliktelser (inkråmsöverlåtelse). Vid förvärv av aktier eller andelar överläts alltså den juridiska personen som helhet, medan förvärv av inkram innebär att endast vissa specifika tillgångar, exempelvis inventarier, maskiner eller fastigheter, som ägs av den juridiska personen överläts. En aktieöverlåtelse kan avse aktier som är noterade på börs eller på annat sätt offentligt omsatta, ett så kallat publikt förvärv, eller aktier vilka inte är noterade på börs utan ägs av ett fåtal privatpersoner eller företag, benämnt privat förvärv.² Förvärvsprocessen, vilken är den övergripande process som löper genom arbetet med en transaktion och inbegriper företagsförvärvets relationer, processer och verktyg, är ofta lång och kantas av flera successiva kontakter, informationsutbyten och förhandlingar. En typisk förvärvsprocess kan beskrivas i tre faser; strategifasen, transaktionsfasen och integrationsfasen, vilka i sin tur består av olika arbetsmoment.³ Eftersom företagsförvärvet innefattar så många beståndsdelar aktualiseras en mängd juridiska frågeställningar och problem.

Nedan kommer inledningsvis transaktionsprocessen vid ett företagsförvärv att belysas och då framförallt de moment av förhandlingar och kontakter som sker mellan parterna. Därefter behandlas förvärvsavtalets ingående varvid stor vikt läggs vid avtalsbildningen och de rättsliga förutsättningarna för ett företagsförvärv.

2.1 Förvärvsprocessen

Processen vid ett företagsförvärv löper från köparens eller säljarens första strategiska överväganden till att köpa respektive sälja ett företag till efterarbetet med att integrera målföretaget med köparföretaget. Transaktionsprocessen kan beskrivas på flera olika sätt, men vanligen anses processen bestå av fler eller färre faser och moment. Gemensamt för de olika processmodellerna är att företagsförvärvet ses som ett dynamiskt flöde där faser och moment kan gå in i varandra, förlängas, förkortas eller uteslutas.⁴

² R. Sevenius, Företagsförvärv – en introduktion, 2003, s. 17-18.

³ R. Sevenius, Företagsförvärv – en introduktion, 2003, s. 13.

⁴ R. Sevenius, Företagsförvärv – en introduktion, 2003, s. 15.

En typisk förvärvsprocess kan på ett övergripande plan beskrivas utifrån tre faser: strategifasen, transaktionsfasen och integrationsfasen. I den inledande strategifasen genomför köparen, eller säljaren, en strategisk analys över huruvida en företagsöverlåtelse är ett lämpligt tillvägagångssätt för att uppnå företagets målsättningar. Fasen fortsätter med en sökning, identifiering och utvärdering av enskilda företag som kan vara potentiella målföretag, eller för en säljares del, personer som kan vara intresserade av att köpa företaget som säljaren vill avyttra. I slutet av strategifasen inleds vanligen de första kontakterna mellan parterna och ofta undertecknas någon form av prekontraktuell avtal, exempelvis ett letter of intent och/eller ett sekretessavtal. Här görs i regel också någon form av företagsvärdering där målföretaget åsätts ett värde efter en analys av dess finansiella status.⁵

Större delen av informationsöverföringen mellan köparen och säljaren sker under transaktionsfasen. Här sker en företagsbesiktning, så kallad due diligence, där köparen⁶ samlar in och analyserar information rörande målföretaget för att få klarhet i den verksamhet som skall förvärfvas och kontrollera att förvärvsobjektet motsvarar köparens förväntningar. Företagsbesiktningen innebär också en viktig informationsöverföring från säljaren och målföretaget till köparen, något som ofta är en förutsättning för fortsatt förhandling.⁷ I transaktionsfasen sker även en strukturering där transaktionens struktur planeras och köpobjektet får en preliminär definition. Struktureringens mest centrala ställningstagande är om överlåtelsens skall omfatta aktierna eller inkråmet i målföretaget och i vilken omfattning. Syftet med struktureringen är främst att anpassa och organisera förvärvet för att undvika oförutsedda negativa effekter påkallade av olika regelverk men också att ta del av olika positiva effekter vilka uppnås eller säkerställs genom ett visst upplägg. Struktureringen kräver hänsyn till flera olika regelverk, bland annat aktiebolagsrätt, skatterätt och redovisningsregler, och marknadsvillkor, exempelvis för finansiering. Transaktionsfasen avslutas med en förhandling där parterna, i slutskedet av förhandlingen, slutligen bekräftar sin överenskommelse genom avtalsskrivning.⁸

Avtalsbildningen mellan parterna, vilken egentligen inleds redan vid de första kontakterna mellan parterna och fortsätter med förhandlingarna och avtalsskrivningen, kommer att belysas närmare i kapitel 2.2 nedan när det får anses främst troligt att ett eventuellt skadeståndsansvar på grund av culpa in contrahendo aktualiseras i dessa situationer.

Efter köparens tillträde skall köparföretaget och målföretaget samordnas vilket sker i integrationsfasen. Köparen är först och främst intresserad av att genomföra en tillträdesgranskning som fortsättning på företagsbesiktningen

⁵ R. Sevenius, Företagsförvärv – en introduktion, 2003, s. 13-15.

⁶ Det förekommer dock även så kallad ”seller’s due diligence”, där säljaren initierar en företagsbesiktning som utförs av oberoende konsulter, se R. Sevenius, Due diligence eller garantier – en fråga om antingen eller?, Balans nr 2, 2003.

⁷ R. Sevenius, Företagsförvärv – en introduktion, 2003, s. 100-101.

⁸ R. Sevenius, Företagsförvärv – en introduktion, 2003, s. 14.

för att undersöka vad som verkligen erhållits i och med transaktionen och för att kontrollera att målföretaget överensstämmer med avtalat skick. Integrationsarbetet präglas dock framförallt av en rad aktiviteter för att realisera de förväntade fördelarna med den genomförda transaktionen och samordna köpar- och målföretag. Här eftersträvas synergieffekter innebärande att värdet av de två sammanslagna organisationerna skall bli högre än för de fristående enheterna.⁹

2.2 Förvärvsavtalets ingående

Enligt rättsfiguren culpa in contrahendo kan skadeståndsskyldighet uppstå på grund av vårdslöshet vid avtals ingående. För det fall att ett avtal har kommit till stånd kommer ett eventuellt skadeståndskrav att behandlas enligt avtalet och allmänna kontraktsrättsliga principer, vilket normalt förbättrar den skadelidandes möjligheter till skadestånd avsevärt. Det är således av intresse att utröna huruvida parterna ingått ett bindande avtal eller om de fortfarande befinner sig på förhandlingsstadiet.

Avtalsbildningen vid ett företagsförvärv pågår successivt genom transaktionsprocessen. Under processen sker en gradvis utveckling av förtroende och tydlighet då parterna närmar sig varandra vilket återspeglas i de dokument som normalt upprättas där utveckling kan karakteriseras av en ökad konkretisering i avtalens innehåll. Bundenheten inträder visserligen ganska sent, oftast genom ett bindande köpavtal eller något liknande kontrakt, men på vägen dit upprättas en rad prekontraktuella avtal. Redan vid de inledande kontakterna mellan parterna författas vanligen ett sekretessavtal i syfte att skapa en förtrolig atmosfär mellan köparen och säljaren. Under transaktionsprocessen gång upprättas i regel också en avsiktsförklaring, ett så kallat letter of intent. Det bör även framhållas att vid sidan av avtalen mellan parterna återfinns också, på respektive sida, en mängd viktiga avtal som sluts med bland annat banker, konsulter och rådgivare. Som slutreglering av transaktionen upprättas slutligen ett köpavtal varvid parterna omsider når juridisk bundenhet, förutsatt att bundenhet inte inträtt tidigare på grund av orsak vilken presenteras i det följande.¹⁰

Nedan kommer den stegvisa avtalsbildningen att närmare presenteras och analyseras. Inledningsvis belyses de rättsliga förutsättningarna för företagsförvärvet och avtalsbundenheten mellan parterna. Härfter sker en redogörelse för de förkontraktuella avtal vilka vanligen författas vid en företagsöverlåtelse och deras rättsliga implikationer. Slutligen redogörs för upprättandet av själva överlåtelseavtalet, köpavtalet. Löpande sker också en reflektion över de kontakter och förhandlingar som äger rum mellan parterna.

⁹ R. Sevenius, Företagsförvärv – en introduktion, 2003, s. 14-15.

¹⁰ R. Sevenius, Företagsförvärv – en introduktion, 2003, s. 157-158.

2.2.1 Rättsliga förutsättningar

Ett företagsförvärv är en ofta komplex och väsentlig affärshändelse varför parterna har ett behov av att kunna grunda rättsförhållandet dem emellan på tydliga och förutsägbara regler. På grund av företagsförvärvets mångfacetterade karaktär finns ingen specifik lag eller rättslig princip som uteslutande och exklusivt reglerar överlåtelsen. Tillämpligt regelverk avseende själva företagsöverlåtelsen beror på formen och strukturen på förvärvet. En avgörande skillnad ligger däri huruvida överlåten å ena sidan avser aktier eller andelar i ett företag eller å andra sidan endast inkräm.

Tillämplig lag vid en aktiebolagsöverlåtelse har varit föremål för het diskussion i den juridiska doktrinen, framförallt med fokus på felbedömningen i målföretaget. Vid en överlåtelse av aktier har i litteraturen argumenterats både för en tillämpning av KöpL men också av SkbrL. Bakgrunden till denna oenighet är bland annat olika inställningar till hur en aktie klassificeras, men också det faktum att ingen av lagarna är utformad med de situationer som kan uppstå i samband med en företagsöverlåtelse i åtanke. Vilken lag som anses tillämplig kan ha stor betydelse för bland annat riskfördelningen mellan parterna vid ett företagsförvärv. Enligt 9 § 2 andra stycket SkbrL ansvarar överlåtarens för dess giltighet, men inte för dess vederhäftighet. Säljaren svarar alltså inte för avvikelser rörande skuldebrevets faktiska värde. Detta bör jämföras med KöpL 17 § tredje stycket som stadgar att vad köparen med fog kunnat förutsätta skall tillmätas betydelse vid en felbedömning, en regel vilken saknar motsvarighet i skuldebrevslagen. Säljarens felansvar är således mildrare i SkbrL jämfört med KöpL varför valet av tillämplig lag vid ett företagsförvärv kan få ansevärd konsekvenser.

KöpL är enligt lagens 1 § tillämplig vid köp av lös egendom. Eftersom aktier och andelar inte uttryckligen undantas är lagen således direkt tillämplig vid en företagsöverlåtelse där köpobjektet utgörs av aktier eller andelar i målföretaget.¹¹ Lagens tillämplighet på denna typ av egendom anges dock inte klart i lagen och i lagens förarbeten framhålls att andra lagar kan bli aktuella istället för eller som ett komplement till KöpL om lagens regler inte är ändamålsenliga varvid bland annat skuldebrevslagen nämns som ett alternativ.¹²

För det fall en aktie klassificeras som ett skuldebrev blir istället SkbrL tillämplig, se SkbrL 1 §. Aktien ses då som en fordringsrätt vilket grundas på inställningen att aktieägaren har ett ekonomiskt anspråk på aktiebolaget vid utdelningar och likvidation, varför aktieägaren ses som en borgenär och

¹¹ Att KöpL är direkt tillämplig vid köp av aktier bekräftas också i doktrin, se exempelvis T. Håstad, Den nya köprätten, 2003, s. 29, S. Lindskog, Något om köprättsligt fel i rörelsedrivande aktiebolag, 1990, s. 131, J. Ramberg, Köplagen, 1995, s. 137 och 295, A. Johansson, Undersökningsplikt vid aktiebolagsförvärv, 1990, s. 81 och 90ff och C. Hultmark, Kontraktsbrott vid köp av aktie – särskilt om fel, 1992, s. 79.

¹² Prop. 1988/89:76 s. 61.

aktiebolaget en gäldenär.¹³ Lagen definierar visserligen inte vad som avses med ett skuldebrev men termen anses ha en bred tillämplighet.¹⁴

Oenigheten till trots så anses i praxis¹⁵, skiljedom¹⁶ och doktrin¹⁷ ändå vanligen att KöpL skall tillämpas vid en aktieöverlåtelse. Gemensamt för behandlade fall i praxis och den publicerade skiljedomen är att förhållandena har varit sådana att i princip samtliga aktier överlåtits av en enda säljare. Därmed torde det inte gå att fastställa att KöpL vunnit erkännande då köpet endast gäller ett litet antal aktier.¹⁸ I doktrin har även uttalats att KöpL endast bör vara tillämplig när köpet avser större delen av kapitalet i målbolaget och köparen därigenom erhåller majoritetskontroll eller ett bestämmande inflytande.¹⁹ Sammantaget kan dock konstateras att, trots den osäkerhet som råder på området, det får anses fastslaget att en försäljning av samtliga aktier, vilka kontrolleras av en enstaka person, omfattas av KöpL.²⁰

Vad gäller inkråmsöverlåtelser aktualiseras olika regelsystem för olika slags tillgångar. Här överläts varje tillgång, skuld, rättighet och förpliktelse för sig med beaktande av de särskilda köprättsliga villkoren för det specifika inkråmet. Förvärv av fast egendom innebär alltså att JB blir tillämplig.²¹ Likt vid en överlåtelse av samtliga aktier ett företag, är KöpL och dess bestämmelser tillämpliga då hela företagets rörelse, det vill säga allt inkråm, överläts.²²

KöpL är dock dispositiv, varför lagens bestämmelser inte skall tillämpas i den mån annat följer av avtalet, av praxis som utbildats mellan parterna eller av handelsbruk eller annan sedvänja som måste anses bindande för parterna, se 3 § KöpL. Det råder alltså avtalsfrihet mellan parterna vid ett företagsförvärv, med de begränsningar som följer av AvtL:s regler rörande vissa illojala och oskäligen förfaranden. I praktiken är därför problemet med tillämplig lag av mindre betydelse enär parternas inbördes förhållande vanligtvis regleras av omfattande, skriftliga avtal. Den omfattande avtalsregleringen till trots är det sällan möjligt att skapa ett avtal som är helt frigjort från de dispositiva reglerna och som täcker alla eventualiteter. Om

¹³ C. Hultmark, Kontraktsbrott vid köp av aktie – särskilt om fel, 1992, s. 82 och R.

Sevenius, Företagsförvärv – en introduktion, 2003, s. 154.

¹⁴ M. Sacklén, Om felansvaret vid aktieköp, 1993, s. 842.

¹⁵ NJA 1976 s 341 och RH 1999:138.

¹⁶ Årsskrift från Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut, Svensk och internationell skiljedom 1986, s. 47-58.

¹⁷ Se förslagsvis G. Karnell, Om värdefel vid överlåtelse av rörelsedrivande aktiebolag, 1976, s. 273-274, C. Hultmark, Kontraktsbrott vid köp av aktie – särskilt om fel, 1992, s. 82, S. Lindskog, Något om köprättsligt fel i rörelsedrivande aktiebolag, 1990, s. 131, A. Johansson, Undersökningsplikt vid aktiebolagsförvärv, 1990, s. 91-93 och M. Sacklén, Om felansvaret vid aktieköp, 1993, s. 815 och 842.

¹⁸ C. Svernlöv, Företagsundersökning, Balans nr 4, 2004.

¹⁹ A. Johansson, Undersökningsplikt vid aktiebolagsförvärv, 1990, s. 90-92, Åhman, s. 481.

²⁰ A. Johansson, Undersökningsplikt vid aktiebolagsförvärv, 1990, s. 92, C. Svernlöv, Företagsundersökning, Balans nr 4, 2004.

²¹ C. Hultmark, Kontraktsbrott vid köp av aktie – särskilt om fel, 1992, s. 30f och 235ff.

²² C. Svernlöv, Företagsundersökning, Balans nr 4, 2004.

parterna med säkerhet vill åsidosätta regleringen i KöpL krävs att detta görs uttryckligt i avtalet och att parterna preciserar vad som skall gälla istället. En vanlig lösning på detta problem är en så kallad integrationsklausul, vilken stadgar att det skriftliga avtalet fullständigt och uttömmande reglerar parternas inbördes förhållande. För det fall en dylik klausul uppfattas såsom oklar kan avtalet mellan parterna komma att utfyllas av domstol i efterhand, varvid domstolen har att falla tillbaka på allmänna köprättsliga principer, vilka återfinns i KöpL.²³

Sammanfattningsvis påverkas förhandlingarna och avtalsförfattandet vid ett företagsförvärv av två övergripande regelverk. Eftersom det råder avtalsfrihet mellan parterna utgör AvtL och allmänna avtalsrättsliga principer grunden för avtalsbildningen, medan KöpL intar en kompletterande roll rörande det köprättsliga mellanhavandet för det fall parterna väljer att inte reglera ett visst förhållande.

2.2.2 Prekontraktuella avtal

På grund av den omfattande och komplexa transaktionsprocessen vid ett företagsförvärv är det vanligt att parterna under förhandlingsstadiet successivt enas om en rad huvudpunkter vilka konkretiseras i olika former av prekontraktuella avtal. De vid ett företagsförvärv mest frekvent förekommande prekontraktuella avtalen är sekretessavtal och letter of intent. Några bindande så kallade föravtal förekommer vanligtvis inte, även om ett slarvigt utformat letter of intent kan komma att tolkas som någon form av bindande föravtal. Om en sådan tolkning görs kan detta leda antingen till att en avtalsbundenhet anses ha uppkommit mellan parterna eller att den slarviga avsiktsförklaringen utgör grund vid skadeståndsanspråk till följd av culpa in contrahendo.

2.2.2.1 Sekretessavtal

Vid förhandlingar om företagsförvärv är ofta det önskvärt att köparen och säljaren kan diskutera en eventuell överlåtelse i en förtrolig atmosfär varför ett sekretessavtal normalt upprättas redan vid de inledande kontakterna parterna emellan. Även målföretaget är avtalspart eftersom det i första hand är målföretaget som lämnar ut sekretessbelagd information vid företagsbesiktningen till den potentielle köparen. Avsikten med ett sekretessavtal är att reglera en tystnadsplikt för parterna som kan vara mer eller mindre långtgående. Sekretessavtalet bör i huvudsak reglera förbud att röja sekretessbelagd information som lämnas mellan parterna eller av målföretaget, förbud att använda sådan information för något annat syfte än att utvärdera målföretaget och transaktionen, förbud att röja sekretessavtalets och förhandlingarnas existens samt en förpliktelse att tillse att parternas respektive konsulter och andra representanter iakttar

²³ Se bland annat M. Hedwall, *Tolkning av kommersiella avtal*, 2004, s. 20-21 och C. Svernlöv, *Förvärvsavtalet och dess garantier*, Balans nr 5, 2004. Integrationsklausulen benämns i det anglosaxiska systemet för merger clauses eller integration clauses.

sekretessbestämmelserna.²⁴ Ett sekretessavtal som uppfyller sedvanliga krav på avtal är bindande mellan parterna och avtalsbrott leder till ersättningsskyldighet. Om parterna inte har avtalat annat kommer skadan att beräknas enligt allmänna avtalsrättsliga principer, vilket i princip innebär att det positiva kontraktsintresset skall ersättas. Härmed avses att den skadelidande parten skall försättas i samma ekonomiska position som om avtalsbrottet aldrig begåtts. Eftersom det är svårt inte bara att bevisa att ett röjande av sekretessbelagd information har vållats av motparten, utan framför allt att skada inträffat och storleken på skadan är skadeståndet emellertid ofta angivet i avtalet i form av en vitesklausul.²⁵ Vid sidan av avtalsvillkor som anger förbud och definierar den sekretessbelagda informationen innehåller ett sekretessavtal i regel klausuler om lag- och forumval.

Sekretessavtalet kan integreras med ett letter of intent och kan då utgöra en betydande del av detta. Eftersom sekretessavtalet skall vara bindande för parterna kan det dock finnas ett egenvärde i att separera sekretessavtal och Letter of Intent på grund av det senares oklara status, se nedan.²⁶

2.2.2.2 Letter of Intent

Letter of intent är ett avtal med varierande beteckning och som kan se ut på en mängd olika sätt. De vanligaste internationella benämningarna torde vara letter of intent, letter of negotiation, memorandum of understanding eller head of terms medan svenska varianter är avtalsförklaring, principavtal eller principöverenskommelse.²⁷ Ett letter of intent innehåller ofta villkor eller riktlinjer för de fortsatta förhandlingarna och innebär typiskt sett att parterna upprättar en handling i vilken en avsikt att fortsätta förhandla i syfte att nå ett slutligt avtal bekräftas.²⁸ Bakgrunden till att dylika handlingar upprättas är framför allt att parterna skall känna en inbördes trygghet och våga fortgå med omfattande och tidskrävande förhandlingar. Ett företagsförvärv innebär ofta att fullgörelsen av ett eventuellt avtal redan på ett tidigt stadium måste planeras med förberedande åtgärder som följd. Vidare kan ett letter of intent användas som underlag vid ansökan om finansiering som krävs för förvärvets fullbordande.²⁹

Avsikten med ett letter of intent är således att reglera vad som skall gälla mellan parterna under en period innan ett slutligt avtal kommit till stånd. Syftet är emellertid inte att dokumentet skall leda till bundenhet annat än i vissa delar. Härav följer att det råder betydande osäkerhet om vilka

²⁴ C. Svernlöv, Sekretessavtal, Balans nr 3, 2004.

²⁵ C. Svernlöv, Sekretessavtal, Balans nr 3, 2004.

²⁶ M. Hedwall, Tolkning av kommersiella avtal, 2004, s. 183.

²⁷ Se J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 85 och A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 113.

²⁸ Se till exempel A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 114 och C. Svernlöv, Letter of Intent, Balans nr 3, 2004.

²⁹ B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, 2006, s. 146.

rättsverkningar ett letter of intent medför.³⁰ Den rådande uppfattningen får anses vara att ett letter of intent i princip inte är bindande. Dokumentets eventuella bindande verkan skall avgöras genom en tolkning av dess innehåll. Hur avtalet rubricerats är av viss, men inte avgörande, betydelse vid bedömningen av rättverkningarna. Det finns nämligen många olika sorters avsiktsförklaringar och alla motsvarar inte definitionen av ett letter of intent. Vid tolkningen av avtalstexten är det av vikt att hänsyn tas till helheten och till det syfte som framgår härav.³¹

Vid ett företagsförvärv innehåller ett letter of intent ofta en allmän beskrivning av förvärvet, en klausul som reglerar frågor rörande köpeskillingen, centrala frågor som parterna redan nu vill villkora köper av, andra riktlinjer för förvärvet samt ramarna för köparens undersökning av förvärvsobjektet. Dessa delar är vanligen inte bindande. Ofta innehåller ett letter of intent bestämmelser som har mera långtgående rättsverkningar. Sådana kan, utan att det för den skull föreligger bundenhet att ingå avtal, exempelvis föreskriva om ansvar för kostnader eller förbjuda förhandlingar med andra parter parallellt. Vidare är det vanligt med sekretess-, lag- och forumklausuler. Bestämmelser av detta slag är i princip bindande och detta oavsett om förhandlingarna så småningom utmynnar i ett avtal eller inte.³² Eftersom part då är kontraktsrättsligt bunden innebär ett åsidosättande av en sådan klausul ett avtalsbrott, vilket medför att ett skadeståndsansvar aktualiseras. Det är dock svårt att visa på en konkret skada vid avtalsbrott mot de klausuler som finns i ett letter of intent varför det ofta är nära inpå omöjligt att erhålla full ersättning. Av denna anledning är även vitesklausuler är vanligt förekommande, i avsikt att säkra viss kompensation vid åsidosättande av en bindande bestämmelse i handlingen.³³

Ett letter of intent kan också innehålla en klausul om så kallad avtalad skriftform, vilken innebär att bundenhet inte skall uppkomma förrän ett slutligt skriftligt avtalsdokument föreligger undertecknat av avtalsparterna. Härmed stadgas att inga rättigheter eller förpliktelser, utöver de som eventuellt särskilt angivits, uppkommer förrän parterna undertecknat ett slutligt, skriftligt, kontrakt.³⁴ Avsiktsförklaringen kan också innehålla en negativ reglering i form av att några krav inte skall kunna komma i fråga om inte förhandlingarna leder till ett resultat, varpå parterna kan undanta eventuella risker för ett krav på grund av culpa in contrahendo.

³⁰ M. Hedwall, *Tolkning av kommersiella avtal*, 2004, s. 188. Se också J. Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, 1993, s. 36, C. Svernlöv, *Letter of Intent*, *Balans* nr 4, 2004 samt J. Ramberg och C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2002, s. 85.

³¹ Se J. Ramberg och C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2002, s. 86, S. Holmgren & D. Lundqvist, *Letter of intent - värt mer än pappret?*, 1988, s. 34-35, A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 114 och J. Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, 1993, s. 37, *NJA* 1977 s. 92.

³² M. Hedwall, *Tolkning av kommersiella avtal*, 2004, s. 189, A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 114ff, J. Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, 1993, s. 37 och C. Svernlöv, *Letter of Intent*, *Balans* nr 3, 2004.

³³ Se A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 114ff, S. Holmgren & D. Lundqvist, *Letter of intent - värt mer än pappret?*, 1988, s. 41ff och J. Hellner och M. Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 2006, s. 94.

³⁴ J. Ramberg och C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2002, s. 88.

Uppfattningen är annars att upprättandet av ett letter of intent stärker den lojalitetsplikt som kan uppstå mellan två förhandlande parter vilken i sig kan leda till en skadeståndsskyldighet vid avbrutna förhandlingar.³⁵ Märk väl att friskrivningar generellt tolkas restriktivt i svensk rätt och enligt den så kallade *contra stipulatorem*-regeln skall friskrivningsklausuler tolkas restriktivt mot den som har författat eller stödjer sig på klausulen.³⁶ En klausul som uttryckligen anger att någon ersättning inte skall utgå i händelse av att en överenskommelse inte kommer till stånd bör dock accepteras, då det får ses som ett otvetydigt uttryck för partsavsikterna.³⁷

För det fall ett letter of intent inte anses som juridiskt bindande kan det innebära en viss moralisk förpliktelse och vara av stor betydelse för företagets anseende. Förhandlingar bygger på förtroende och ett otillbörligt brytande av avtalsförhandlingar kan inverka på framtida affärer varför det ofta föreligger betydande ekonomiska skäl för parterna att fullgöra sina ekonomiska förpliktelser.³⁸ En annan sak är att parterna efter att ha författat ett letter of intent kan ha uppträtt på så sätt att ett avtal ingåtts genom konkludent handlande. Denna bundenhet är dock en följd av parternas agerande i efterhand och inte på grund av letter of intent som sådan.³⁹ Likt avtalspreliminärer i allmänhet kan ett letter of intent få betydelse för tolkning av ett senare ingånget avtal.⁴⁰

2.2.3 Avtalsbundenhet

Den rättsliga slutregleringen av förvärvstransaktionen utgörs av köpeavtalet, vilket också innebär att överlåtelsen blir juridisk bindande mellan parterna. Eftersom culpa in contrahendo avser vårdslöshet vid avtals ingående innebär denna bundenhet att ett tänkbart ansvar för culpa in contrahendo inte längre är aktuellt. Ett eventuellt skadeståndskrav kommer istället att behandlas enligt avtalet och allmänna kontraktsrättsliga principer. Då avsikten i denna uppsats är att belysa culpa in contrahendo vid ett företagsförvärv faller en vidare analys och genomgång av köpeavtalet följaktligen utanför denna framställning. Det är däremot av intresse att utröna om en eventuell bundenhet uppkommit redan innan köpeavtalet skrivits under. Anses att ett bindande avtal har kommit till stånd innebär detta, vilket precis framhållits, att skadeståndskrav behandlas enligt kontraktuella bestämmelser och inte enligt principen om culpa in contrahendo.

³⁵ Se t.ex. A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 115, J. Ramberg & C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2002, s. 87 och J. Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, 1993, s. 38f. M. Hedwall, *Tolkning av kommersiella avtal*, 2004, s. 189, NJA 1978 s 147 och NJA 1990 s 745.

³⁶ M. Hedwall, *Tolkning av kommersiella avtal*, 2004, s. 177.

³⁷ S. Holmgren & D. Lundqvist, *Letter of internt- värt mer än pappret?*, 1988, s. 88.

³⁸ Se härtill J. Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, 1993, s. 37f och S. Holmgren & D.

Lundqvist, *Letter of internt - värt mer än pappret?*, 1988, s. 54ff. B. Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, 2006, s. 147.

³⁹ S. Holmgren & D. Lundqvist, *Letter of internt- värt mer än pappret?*, 1988, s. 63.

⁴⁰ A. Adlercreutz, *Avtalsrätt II* s. 164f, J. Ramberg och C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2002, s. 208-209 och 264, M. Hedwall, *Tolkning av kommersiella avtal*, 2004, s. 188-189.

Eftersom KöpL är dispositiv råder avtalsfrihet mellan parterna vid ett företagsförvärv, se ovan. I grunden avgörs därför frågan om det föreligger avtalsbundenhet enligt AvtL och allmänna avtalsrättsliga principer. Den svenska AvtL bygger på den så kallade löftesprincipen och avtalet anses fullbordat då anbud och accept har ett korresponderande innehåll, den så kallade anbud-accept-modellen. Vid ett företagsförvärv föregås dock ett avtalsslut vanligen inte av anbud och accept i den mening som avses i AvtL. Här kommer ett avtal istället i stånd genom en modell som kan kallas det gemensamma avtalsslutet, där parterna enar sig om en avtalstext, ett skriftligt kontrakt, vilken muntligen förhandlats fram och som sedermera undertecknas. I dessa situationer kan det inte utredas vilken av parterna som tagit initiativet (är anbudsgivare) till olika villkor eller klausuler som förhandlats och kompromissats fram, vanligen med hjälp av juridiska rådgivare.⁴¹

Vid ett företagsförvärv där förhandlingar ofta pågår under en längre tid och parterna lämnar olika avtalsförslag och kommer överens om vissa delvillkor, är det alltså problematiskt att tolka de olika viljeförklaringarna i enlighet med AvtL:s anbud-accept-modell. Avgörande för bedömningen av huruvida parterna är bundna vid ett avtal eller ej torde vara om parterna agerat på ett sådant sätt att avtal kan anses ha kommit till stånd. Ett sådant agerande kan exempelvis vara att parterna skrivit på ett skriftligt kontrakt, att de har börjat fullgöra delar av sina avtalade åtaganden eller att de gentemot varandra eller utomstående agerat på ett sådant sätt som indikerar att de anser sig bundna vid avtalet. Det är viktigt att komma ihåg att, även om förhandlingen upplevs såsom successivt bindande, inträder inte den rättsliga bundenheten successivt. Antingen är parterna bundna eller också inte. Avtalets innehåll, det vill säga parternas rättigheter och förpliktelser, kan dock växa fram successivt.⁴²

Enligt *Ramberg och Ramberg* är huvudregeln vid avtal som förhandlas fram successivt, att bundenheten inträder först när parterna i slutfasen får tillfälle att bedöma avtalet som helhet mot bakgrund av samtliga förhandlade villkor. I praktiken innebär detta att bundenhet inträder först när parterna undertecknat ett skriftligt kontrakt. Att ålägga bundenhet under långvariga och komplicerade förhandlingar bör ske med försiktighet.⁴³ Denna uppfattning delas av *Sohlberg* som framhåller att oavsett om och hur parterna, medvetet eller omedvetet, inriktat sig på att ett avtal kommer upprättas parterna emellan så träffas inget avtal förrän genom underskriften.⁴⁴ Ett stöd för denna ståndpunkt finns också i AD 157/1994 vari domstolen ansåg att det vid förlikningsförhandlingar typiskt sett måste antas att parterna avsett att ingen av dem skall bli bunden vid enskilda villkor, som parterna under förhandlingarnas gång enas om, förrän enighet

⁴¹ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 47 och J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 36.

⁴² A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 68 och J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 121-122.

⁴³ J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 122.

⁴⁴ S. Sohlberg, Ingående av avtal – Back to Basics, 1993, s. 657ff.

nåtts om alla villkor som parterna eller en av dem önskar få reglerade genom det åsyftade avtalet eller förrän enighet nåtts om just avtalsslut. Rättsläget är emellertid oklart och sålunda utgår exempelvis *Grönfors* från att en successiv bundenhet kan uppkomma.⁴⁵ Eftersom det saknas ett entydigt och precist svar om vad som gäller angående avtalsbundenhet vid de successiva förhandlingar som föregår ett företagsförvärv får det i varje särskilt fall bedömas vad parterna gemensamt, direkt eller indirekt, kan ha åsyftat. När avsikten är att avtalsinnehållet skall förkroppsligas i ett skriftligt kontrakt, torde avtalsbundenhet inte föreligga förrän detta undertecknats av parterna.⁴⁶

Även om parterna vid ett företagsförvärv vanligen inte avser att bli bundna förrän de signerat ett kontrakt finns ingen sedvänja eller något handelsbruk som skulle hindra att bundenhet inte uppkom förrän parterna satt saker i skrift. Part måste följaktligen förvänta sig att bundenhet kan uppkomma innan ett skriftligt kontrakt är för handen. Att vid ett företagsförvärv tolka in att bundenhet har uppkommit och dessutom tolka in vilka villkor som då gäller torde knappast vara enkelt. Detta följer framför allt av att förvärvsavtal präglas av allt eller inget; det vill säga antingen har part förvärvat eller inte, det finns inga mellanlägen.

För att undanröja tveksamheter i fråga om avtalets tillkomst och när bundenhet uppkommer kan parterna själva bestämma hur avtalet skall komma till stånd, så kallad avtalad förhandlingsform. Detta är fullt möjligt eftersom AvtL:s regler i 1 kap är ofullständiga och dessutom dispositiva och en avtalad förhandlingsform kan vara såväl uttrycklig som underförstådd. Parterna kan sålunda komma överens om avtalad skriftform vilket uttryckligen innebär att bundenhet inte skall uppkomma förrän ett slutligt skriftligt avtalsdokument har undertecknats av avtalsparterna. Som framhållits ovan förekommer det också att parterna stadgar om avtalad skriftform i ett letter of intent, vilket är ett klart uttryck för att de inte anser sig bundna förrän ett kontrakt undertecknats. Har parterna kommit överens om avtalad skriftform, eller någon annan förhandlingsordning, betraktas ett iakttagande av denna som en förutsättning för avtalsbundenhet.⁴⁷

⁴⁵ K. Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, 1993, s. 74ff.

⁴⁶ J. Ramberg och C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2002, s. 87 och 122.

⁴⁷ J. Ramberg och C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2002, s. 116-117, L. Vahlén, *Avtal och tolkning*, 1960, s. 121f, A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 85-87. Ett uttryck för att ett iakttagande av den avtalade förhandlingsordningen är en förutsättning för avtalsbundenhet finns också i NJA 1962 s. 276.

3 Allmänt om culpa in contrahendo

Transaktionsprocessen vid ett företagsförvärv är som framkommit i föregående kapitel komplex, kostsam och omfattande. Part som förhandlar om en företagsöverlåtelse gör det dock på egen risk såtillvida att hon inte kan räkna med att få ersättning för sina kostnader och än mindre för uteblivna fördelar, för det fall förhandlingarna inte leder till att ett avtal kommer till stånd. Parterna har inte någon skyldighet att sluta ett avtal och kan därför avbryta förhandlingarna utan att ange något skäl härför.⁴⁸ Har förhandlingarna och relationen mellan parterna emellertid nått en viss tidpunkt uppkommer en form av lojalitetsplikt mellan förhandlingsparterna och en skyldighet att iaktta medkontrahentens intressen. Denna övergripande rättsprincip innebär att den som genom dolus eller culpa in contrahendo orsakar någon skada kan bli skadeståndsskyldig.⁴⁹

Rättsfiguren culpa in contrahendo har en ganska vidsträckt användning såsom sammanfattande beteckning på olika klandervärda beteenden vid avtals ingående.⁵⁰ Ett sådant beteende är att en part försumligt lämnar oriktiga upplysningar till den andra parten vid ingående av ett avtal som sedan fullgörs. I denna situation kommer ett eventuellt skadeståndskrav att bedömas på en inomobligatorisk grund. Culpa in contrahendo skall alltså skiljas från rättsfiguren culpa in contractu som berör vårdslöshet efter det att avtal har slutits och stadgar om ett inomkontraktuellt skadeståndsansvar. För det fall att de inledande förhandlingarna inte leder till bindande avtal, exempelvis då den presumtiva avtalsparten upptäcker den oriktiga informationen och något avtal inte kommer till stånd, bedöms skadeståndsfrågan på utomobligatorisk grund.⁵¹ I denna framställning behandlas den senare situationen, då part vid ett företagsförvärv förfarit oaktsamt vid ingående av avtal vilket sedermera ej kommit till stånd. När avtal kan anses ha uppkommit vid en företagsöverlåtelse har redogjorts för ovan i kapitel 2.2.3.

Rättsfiguren culpa in contrahendo kan visserligen föras tillbaka ända till den romerska rätten, men sägs ha sitt ursprung i den tyske rättsvetenskapsmannen Jehrings teori om det förkontraktuella ansvaret som

⁴⁸ J. Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, 1993, s. 38, A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 110-111, J. Ramberg och C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2002, s. 82-83.

⁴⁹ J. Kleineman, *Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar*, 1991, s. 137-138, Se också NJA 1990 s. 745, A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 110, H. Nicander, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, 1995, s. 46, J. Ramberg och C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2002, s. 82-84 och 137, L.E. Taxell, *Avtalsrätt*, 1997, s. 65.

⁵⁰ K. Rodhe, *Lärobok i obligationsrätt*, 1986, s. 158.

⁵¹ J. Hellner, R. Hager & A H. Petersson, *Speciell avtalsrätt II: kontraktetsrätt*, 2006, s 198-199.

lanserades på 1800-talet.⁵² Inte utan viss svårighet har denna doktrin sedermera fått genomslagskraft även i svensk rätt. Ett exakt svar på varför principen, sitt gamla ursprung till trots, haft svårigheter att slå igenom i svensk rätt är problematiskt att ge. Enligt *Kleineman* föreligger att antal skäl som sammantaget förklarar rättsfigurens problem med att bli erkänd i den svenska rätten. För det första har den svenska skadeståndsrätten inte ägnats samma uppmärksamhet i doktrinen som i många andra länder. Detta gäller särskilt det utomkontraktuella, kommersiella, skadeståndsansvaret. Vidare har troligen den allmänna inställningen till rena förmögenhetsskador i utomobligatoriska förhållanden med kopplingen till kravet på brottslig gärning, den så kallade spärregeln i 2:2 SkL, ha påverkat attityden till problemet med skadeståndskrav vid avtals ingående. Avgörande för denna skadefrågas utveckling torde dock ha varit att avsaknaden av i lag fastslagna allmänna obligationsrättsliga grundsatser, i kombination med att den allmänna köplagen mer eller mindre fungerat som ledstjärna för allmänna obligationsrättsliga överväganden, medfört att köplagens skadeståndsregler motverkat en mer fristående rättsutveckling.⁵³

Förutsättningarna för diskussionen rörande ett ansvar vid culpa in contrahendo förändrades framförallt i och med den nya KöpL tillkomst då även 4:19 i JB ändrades. Från att tidigare råda stor osäkerhet över huruvida ett ansvar för culpa in contrahendo omfattades av de båda regelverken, står det nu klart att felansvarsreglerna för såväl lös som fast egendom, utan tvivel, innefattar ett ansvar för culpa in contrahendo. Läran om culpa in contrahendo har sedermera utvecklats genom doktrin och praxis, både i och utanför köprättsliga sammanhang, och kan idag ses som en allmän skadeståndsrättslig princip i den svenska rätten.⁵⁴

⁵² J. Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 125, E. Regnér, Varför inte lojalitetsplikt?, 2001, s. 715.

⁵³ J. Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 125-126.

⁵⁴ J. Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 139.

4 Det prekontraktuella ansvaret

För att en part skall bli skadeståndsskyldig för culpa in contrahendo måste en rad, objektiva och subjektiva, förutsättningar vara uppfyllda. De objektiva rekvisiten är oberoende av individuella förhållanden hos den som orsakar skadan medan de subjektiva rekvisiten tar hänsyn till skadevållarens individuella egenskaper.⁵⁵ Nedan kommer rättsfiguren och skadeståndsansvaret på grund av culpa in contrahendo i allmänhet och vid företagsförvärv i synnerhet att systematiskt belysas och klarläggas. Kapitlets struktur följer de objektiva och subjektiva förutsättningar vilka måste vara uppfyllda för att ett prekontraktuellt skadeståndsansvar skall vara för handen. Som avslutning för det prekontraktuella ansvaret uppmärksammas även frågor om bevisbörda och bevisplacering.

4.1 Objektiva rekvisit

De objektiva förutsättningarna för att ett skadeståndsansvar enligt rättsfiguren culpa in contrahendo skall aktualiseras innefattar ansvarsgrund, att skada har uppstått och att skadan drabbat annan än skadevållaren. Av vikt är också kravet på adekvat kausalitet.⁵⁶

4.1.1 Lojalitetsprincipen som ansvarsgrund

I svensk rätt står SkL i centrum för skadeståndsrätten och enligt SkL 1:1 är lagen tillämplig i både inom- och utomobligatoriska förhållande. Vid kontraktsförhållanden är lagen dock dispositiv i förhållande till vad parterna reglerat i avtalsförhållandet och såväl tvingande som dispositiva kontraktsrättsliga regler äger företräde.⁵⁷ För part delaktig i en avtalsförhandling rörande ett företagsförvärv, där någon bundenhet ej uppkommit, bedöms ett eventuellt skadeståndsansvar enligt SkL eftersom det är fråga om ett utomobligatoriskt förhållande. Den skada som blir aktuell vid culpa in contrahendo vid företagsförvärv är så kallad ren förmögenhetsskada vilken enligt SkL emellertid endast ersätts om den vållats genom brott, se SkL 2:2. Denna så kallade spärregel⁵⁸ utgör visserligen huvudregel i svensk rätt men redan innan lagens tillkomst hade skadeståndsskyldighet för rena förmögenhetsskador, utan samband med brott, utdömts i svenska domstolar. Enligt förarbetena till skadeståndslagen utgör inte heller paragrafen något hinder för en rättsutveckling i praxis mot

⁵⁵ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 101-102 och 123.

⁵⁶ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 101.

⁵⁷ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 85-87.

⁵⁸ J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, 1987, s. 83 och passim.

ett utvidgat ansvar för ren förmögenhetsskada enär paragrafen ej får läggas till grund för motsatsslut.⁵⁹

Parts möjlighet till ersättning för ren förmögenhetsskada på grund av culpa in contrahendo grundar sig på den i praxis och doktrin utvecklade lojalitetsplikten, vilken är en allmän rättsgrundsats som inte finns uttryckt i någon lagregel.⁶⁰ I avtalsförhållande råder vanligtvis en relativt långtgående lojalitetsplikt, men redan innan parter är bundna av ett avtal kan en lojalitetsförpliktelse uppkomma. Lojalitetsplikten inträder då förhandlingarna och relationen mellan parterna nått en viss tidpunkt och innebär att part har en skyldighet att inom vissa gränser beakta och bevaka sin motparts intressen.⁶¹ Lojalitetsplikten innebär således att den som genom dolus eller culpa in contrahendo orsakar någon skada kan bli skadeståndsskyldig.⁶²

4.1.1.1 Lojalitetspliktens uppkomst

En lojalitetsplikt mellan två förhandlade parter vid ett företagsförvärv kan inträda redan innan parterna är bundna av ett avtal. När och i vilken omfattning lojalitetsplikten infinner sig kan dock inte generellt besvaras utan beror på avtalstypen och omständigheterna i det särskilda fallet.⁶³ Att lojalitetsplikten kan uppkomma redan under avtalsförhandlingarna har HD gett uttryck för i ett antal rättsfall i den sparsamma rättspraxis som berör culpa in contrahendo.

I NJA 1963 s 105 förde G, en av huvuddelägarna i ett colombianskt bolag, förhandlingar med en svensk affärsman E om anställning av E såsom VD för det colombianska bolaget. En preliminär uppgörelse i form av ett anställningsavtal kom till stånd mellan de båda parterna och E flyttade efter överenskommelsen till Colombia och började arbetet som VD. Colombiansk lag uppställde emellertid ytterligare krav, utöver anställningsavtalet, för att uppgörelsen skulle bli giltig. För att uppgörelsen skulle bli giltig enligt colombiansk lag krävdes att bolagsstämman slutgiltigt godkände den aktuella uppgörelsen (anställningsavtalet). I det aktuella fallet fick aldrig uppgörelsen bolagsstämmans godkännande och anställningsavtalet kunde alltså inte anses giltigt. E hävdade att G, under förhandlingarna, givit sken av att godkännandet från bolagsstämman endast var en formalitet och därigenom uppträtt vilseledande. E krävde med anledning av den skada han orsakats ersättning för utgifter och utebliven lön.

⁵⁹ Se J. Kleineman, Skadeståndgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 131 och Prop. 1972:5 s. 157 och 568.

⁶⁰ J. Kleineman, Skadeståndgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 137-138, Se också NJA 1990 s. 745, A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 110, H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 46, J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 82-84 och 137, L.E. Taxell, Avtalsrätt, 1997, s. 65.

⁶¹ H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 31 och s. 46, C. Hultmark, Upplyningsplikt vid ingående av avtal, 1993, s. 7 och A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 110-111.

⁶² J. Kleineman, Skadeståndgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 137-138, NJA 1990 s. 745, A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 110, H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 46, J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 82-84 och 137.

⁶³ H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 46.

Kravet på bolagsstämmans godkännande framstod alltså för E som praktiskt taget betydelselöst och HD fann att E hade skäl för denna uppfattning. G och M intog, enligt HD, en sådan ställning i bolaget att E hade skäl att anta att kravet på bolagsstämmans godkännande ej utgjorde hinder för hans anställning, även om E de facto känt till att ett sådant godkännande krävdes. Det avgörande i frågan gällande huruvida G agerat vårdslöst blev emellertid det telegram som tillsänts E tre dagar efter uppgörelsen i vilket E uppmanas att inställa sig i Colombia för tjänstgöring. Telegrammets innehåll gjorde E förvissad om att bolagsstämmans godkännande endast var en formalitet och G å sin sida måste ha insett att denna tolkning låg nära till hands. Samtidigt har G vitsordat att han var mycket tveksam till att bolagsstämman faktiskt skulle godkänna anställningsavtalet med E. HD fann att G, då han ändock under dessa omständigheter tillsänt E detta vilseledande telegram, handlat på ett så vårdslöst sätt att han måste anses ha ådragit sig ett skadeståndsansvar.

Detta rättsfall utgör det enda fall där HD har ansett att ett skadeståndsansvar på grund av culpa in contrahendo har förelegat, vilket föranletts av skadevållarens tillitsskapande beteende. Att det av part ansågs vårdslöst att ej klargöra vilseledande information, vid den tidpunkt då relationen mellan parterna har blivit så nära att medkontrahenten har fog för att ådra sig kostnader i tron att avtal skall komma till stånd, kan anses vara ett uttryck för en lojalitetsplikt parterna emellan.⁶⁴ Nedan följer två rättsfall där HD fastslagit att en lojalitetsplikt och ett ansvar vid culpa in contrahendo kan inträda vid avtalsförhandlingar. Till skillnad från 1963-års mål utdömdes i dessa fall inte något skadestånd.

I fallet 1978 s 147 hade ett fastighetsbolag, A, och livsmedelsföretaget, T, genom ett så kallat projekteringsavtal, en preliminär muntlig överenskommelse, kommit överens om upplåtelse av butiklokal i en planerad byggnad. Händelseutvecklingen blev dock sådan att den tilltänkta etableringen av ett slutgiltigt upplåtelseavtal aldrig kom till stånd. A hade inrättat lokalen efter önskemål från T och A ville därför ha ersättning för de extra kostnader som uppkommit.

I första hand hävdade A att projekteringsavtalet innebar skyldighet för T att ta lokalen i anspråk genom avtal om hyra eller bostadsrätt och i vart fall skyldighet att betala för bolagets onyttiga projekterings- och installationskostnader.

HD ansåg i det aktuella fallet att uppgörelsen (projekteringsavtalet) var alldeles för obestämd för att innebära skyldighet för part att fullfölja och upprätta ett upplåtelseavtal. Överenskommelsen var endast muntlig och behandlade ej vissa väsentliga punkter såsom upplåtelseform, hyrestidens längd eller hur vederlaget skulle bestämmas.

I andra hand hävdade A att T genom sitt vårdslösa beteende gjort sig skyldig till culpa in contrahendo eller culpa in contractu. A hävdade att T uppträtt såsom att avtal kommit till stånd eller i vart fall dröjt för länge med att göra de undersökningar som krävdes för att kunna lämna ett definitivt besked.

HD ansåg att det aktuella projekteringsavtalet medfört skyldigheter för parterna att samarbeta inför ett framtida avtal om upplåtelse och därvid ta hänsyn till medkontrahentens intressen. HD menade dock att T i det aktuella fallet inte uppträtt på ett sätt som kan klassas om vårdslöst och att A inte i tillräckligt stor utsträckning bevakat sina egna intressen. HD ogillade därmed A:s skadeståndsyrkande.

⁶⁴ J. Kleineman, Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, 1993, s. 429-431, J. Kleineman, Skadeståndgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 131-132, H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 47.

Förevarande mål är inte ett renodlat culpa in contrahendo-fall eftersom det fanns ett projekteringsavtal. Enligt HD var detta dock inte att se som ett bindande föravtal, utan endast som en förberedelse, om än med några uppkomna förpliktelser, till ett upplåtelseavtal varför fallet ändå berör culpa in contrahendo. Av rättsfallet framgår, trots att utgången blev negativ, att skadestånd kan bli aktuellt på grund av vårdslöst uppträdande av förhandlingspart under förstadierna till ett avtal som aldrig kommer till stånd. Intressant är också den betydelse som HD lägger i projekteringsavtalet och de förpliktelser som detta ansågs medföra. HD:s uttalande innebär att avtalet fungerade som en avsiktsförklaring, ett letter of intent.⁶⁵ I fallet slår domstolen fast att det, som en följd av projekteringsavtalet uppkommit en skyldighet för parterna att samarbeta och därvid ta skälig hänsyn till medkontrahentens intresse. Skyldigheten innebar en förpliktelse att lojalt verka för ett beslut i avtalsfrågan innan motparten ådragit sig alltför stora kostnader samt att hålla motparten underrättad om utvecklingen. HD identifierade därmed en lojalitetsplikt mellan parterna, men målet föll på att handlandet vid en bedömning inte ansågs vårdslöst.⁶⁶

Nästa rättsfall av intresse är NJA 1990 s 745. Trots att någon ersättning inte utdömdes, klargjorde HD rättsläget på flera punkter vad gäller lojalitetsplikten och culpa in contrahendo.

Svenska Rotormaskiner AB, SRM, hade av G förvärvat licensrättigheterna till en vakuumpump. Parallellt med dessa förhandlingar förhandlade SRM med B om återförsäljningsrätt av de aktuella pumparna. B kontaktade i sin tur L för hjälp med marknadsföringen av de aktuella pumparna. B erhöll ett brev från SRM där det framgick att SRM tecknat ett samarbetsavtal med G. Detta samarbetsavtal innebar bland annat att B och L skulle ha rätt att teckna försäljningsavtal avseende pumpen. B räknade med att han var tillförsäkrad den aktuella återförsäljningsrätten och började marknadsföra pumpen. Efter ungefär ett år beslutade sig dock SRM för att ej anlita B som återförsäljare. B förde en skadeståndstalan mot bolaget och åberopade i första hand kontraktsbrott och i andra hand dolus respektive culpa in contrahendo.

B anförde att bolagets brev till honom utgjorde en uttrycklig avsiktsförklaring, ett letter of intent, med innebörden att bolaget hade för avsikt att ingå återförsäljningsavtal med honom. Genom att bolaget frångått denna förklaring menar B att bolaget gjort sig skyldigt till dolus eller culpa in contrahendo. B menade också att, även om ett letter of intent inte kan anses ha kommit till stånd, förhandlingarna nått så långt att en lojalitetsplikt får anses ha uppkommit. Bolaget har därvid gjort sig skyldigt till dolus eller culpa in contrahendo när det tyst sett på medan B påbörjade arbetet med återförsäljningen.

HD konstaterade att det aktuella brevet inte kunde anses vara ett letter of intent. HD ansåg dock att avtalsförhandlingarna kommit så långt att en viss lojalitetsplikt uppkommit. Lojaliteten hänför sig främst till B:s intresse av att begränsa sina kostnader för det fall att ett återförsäljningsavtal inte kom till stånd och skadeståndsskyldighet bör därmed uppkomma om bolaget i detta avseende uppträtt illojalt. B hade även till bolaget sänt ett brev där han berättade om de marknadsföringsåtgärder han vidtagit och uppmanade bolaget att inleda förhandlingar om ett slutgiltigt avtal. Enligt B har bolaget brutit i vad som ålegat bolaget genom att inte besvara det aktuella brevet och låta B fortsätta med marknadsföringsarbetet. Med hänsyn till vad som diskuterats mellan parterna och det

⁶⁵ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 112.

⁶⁶ H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 47, J. Kleineman, Skadeståndgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 131, Regnér s 716.

faktum att B endast sålt en pump har bolaget inte saknat fog för sin uppfattning att de kostnader B angett måste vara högst överdrivna. Ansvar för culpa in contrahendo kunde inte läggas bolaget till last på grund av att de inte svarat på det av B avsända brevet. Frågan blir då om B dröjt så pass länge med att underrätta B om att ett slutgiltigt avtal inte skulle komma till stånd att ansvar för culpa in contrahendo kan komma i fråga. HD besvarade frågan nekande med motiveringen att B inte under tiden för dröjsmålet haft kostnader av betydelse för försäljningsverksamheten. Något skadestånd utdömdes alltså inte.

I 1990-års rättsfall klargör HD att det finns en övergripande rättsprincip varigenom den som genom dolus eller culpa in contrahendo orsakar någon skada kan bli skadeståndsskyldig. Förutsättningen härför är att förhandlingarna nått så långt att det för part uppkommit viss förpliktelse att ta hänsyn till motparten. Har relationen nått denna tidpunkt måste parterna uppträda lojalt mot varandra och ett underlåtande att underrätta motparten om förhållanden av betydelse för frågan att få till stånd ett avtal kan vara illojalt.⁶⁷

Sammantaget visar de tre ovan återgivna rättsfallen att det uppstår en lojalitetsplikt vid avtals ingående.⁶⁸ *Nicander* har framhållit att när och i vilken omfattning lojalitetsplikten inträder kan ej generellt besvaras utan beror på avtalstypen och omständigheterna i det särskilda fallet. Han tolkar 1990-års fall såsom att det avgörande momentet för huruvida en lojalitetsplikt uppkommer vid avtals ingående är i vilken mån medkontrahenten ådragit sig eller kan komma att ådra sig kostnader. Förpliktelse uppkommer med andra ord vid en tidpunkt då relationen mellan parterna har blivit så nära att motparten har fog för att ådra sig kostnader i tron om att avtal skall komma till stånd.⁶⁹ *Adlercreutz* menar att lojalitetsplikten och ett prekontraktuellt ansvar uppkommer först då parterna uppnått enighet i huvudpunkter, särskilt om detta manifesteras i en principöverenskommelse eller avsiktsförklaring.⁷⁰ *Lehrberg* har uttalat att en generell lojalitetsplikt kan uppstå när avtalsförhandlingarna åtminstone nått en bit på väg och motparten vederligen haft beaktansvärda kostnader för att förbereda avtalet.⁷¹ Enligt *Ramberg och Ramberg* uppkommer en lojalitetsplikt om förhandlingsparten uppfattar att avtal snart kommer att slutas, varvid part har en förpliktelse att upplysa motparten om att förhandlingarna avslutas om hon vill frånträda förhandlingarna.⁷² Utifrån 1963-års fall anser *Kleineman* att inträdet av lojalitetsplikten kan ske redan i ett tidigt skede eftersom en bedömning avseende skadeståndsansvaret skall ske på grundval av den skadesituation som förelåg då den eventuellt skadeståndsgrundade dispositionen förmedlades.⁷³ *Kleineman* har senare utvecklat detta och betonat att frågan huruvida ett ansvar för culpa in

⁶⁷ J. Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 138.

⁶⁸ J. Herre, Svensk rättspraxis: Förmögenhetsrätt 1978-2004, 2005, s. 643.

⁶⁹ H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 47.

⁷⁰ A. Adlercreutz, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, 1987, s. 495.

⁷¹ B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, 2006, s. 144.

⁷² J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 137.

⁷³ J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, 1987, s. 432-433.

contrahendo skall inträda alltid kräver en ingående analys av varje enskilt falls särskilda omständigheter.⁷⁴

Vid ett företagsförvärv ådrar sig parterna främst transaktionskostnader för jurister, revisorer och andra rådgivare. Trots att flera av dessa rådgivare blandas in redan under de inledande kontakterna är det främst vid företagsbesiktningen av målbolaget och förhandlingarna som rådgivarnas insatser, och därmed kostnaderna för dem, aktualiseras. En due diligence innebär också att den potentiella köparen får en stor insyn i målbolaget. Har parterna enats om att genomföra en due diligence torde parterna med andra ord ha fog för att ådra sig kostnader i tron om att avtal, i vart fall troligen, skall komma till stånd. Part kan visserligen välja att avbryta förhandlingarna efter en due diligence på grund av en "finding" vilken innebär att målbolaget inte motsvarar partens förväntan. Men då en lojalitetsplikt kan anses ha uppkommit har en förhandlingspart, efter utförd due diligence, en plikt att bevaka motpartens intresse och upplysa om att hon avser frånträda förhandlingarna. Om hon utan rimligt skäl dröjer med ett sådant besked kan ett ansvar på grund av culpa in contrahendo aktualiseras.

Lojalitetsplikten innebär sålunda inte att part är förhindrad att avbryta förhandlingarna. Det är vanligt att någon yttre omständighet förändras, antingen genom någon form av due diligence-finding eller exempelvis att en bankfinansiering inte går igenom eller motsvarande varpå förhandlingarna avbryts. Det händer givetvis också att parterna helt enkelt inte kommer överens om någon viktig förhandlingsfråga och att ena parter därför avbryter diskussionen. Det kan således finnas legitima skäl att avbryta avtalsförhandlingarna, även om det vid långtgångna förhandlingar blir svårare att hävda att omständigheterna ger rätt att avbryta, men part har en skyldighet att beakta och bevaka sin motparts intressen vid ett eventuellt frånträdande.

4.1.1.2 Betydelsen av prekontraktuella avtal

Som påtalats i kapitel 2.2.2 ovan är det vanligt att parterna vid ett företagsförvärv under förhandlingsstadiet successivt enas om en rad huvudpunkter vilka konkretiseras i olika former av prekontraktuella avtal, vanligtvis sekretessavtal och letter of intent. Dyliga avtal kan under vissa förutsättningar få betydelse för bedömningen om en lojalitetsplikt uppkommit mellan parterna innan ett avtal har kommit till stånd.

De prekontraktuella avtalen har behandlats i såväl praxis som doktrin. I NJA 1990 s 745 bekräftar HD att prekontraktuella avtal kan få, om än ej avgörande, betydelse vid bedömandet av om ansvar kan inträda för culpa in contrahendo. I fallet anförde L att bolagets brev till honom utgjorde en uttrycklig avsiktsförklaring av innebörd att bolaget hade för avsikt att ingå ett återförsäljningsavtal med honom. Genom att frångå denna avsiktsförklaring hade bolaget gjort sig skyldigt till dolus eller culpa in

⁷⁴ J. Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 133.

contrahendo. L anförde vidare att om brevet inte skulle kunna ses som ett letter of intent hade i alla fall avtalsförhandlingarna mellan parterna nått så långt att en lojalitetsplikt uppkommit. Bolaget hade därför gjort sig skyldigt till dolus eller culpa in contrahendo, när bolaget passivt åsett hur han nedlade arbete och kostnader på en framtida försäljningsverksamhet, som inte kunde nyttiggöras utan att ett avtal kom till stånd. HD fastslog att innehållet i brevet till L och det sätt på vilket brevet tillkommit talade mot att bolaget avsett att tillstålla L en uttrycklig avsiktsförklaring. Brevet kunde därför inte anses utgöra ett till L riktat letter of intent. HD fortsatte och påtalade att ”för frågan om bolaget gjort sig skyldigt till dolus eller culpa in contrahendo har emellertid det ifrågavarande brevets karaktär ingen avgörande betydelse”⁷⁵. Av utredningen framgick att avtalsförhandlingarna nått så långt att såväl bolaget som L var inriktade på att L skulle få en återförsäljningsrätt. Enligt HD hade det vid denna tid uppkommit viss förpliktelse för bolaget att ta hänsyn till L:s intressen och denna skyldighet hade närmast haft avseende på L:s intresse av att begränsa sina kostnader för det fall att något återförsäljningsavtal inte kom till stånd.⁷⁶

Det avgörande för huruvida ett ansvar enligt culpa in contrahendo ska inträda är således inte att det mellan parterna föreligger ett letter of intent eller bindande föravtal, utan om förhandlingarna ”nått så långt”⁷⁷ att det för part uppkommit viss förpliktelse att uppträda lojalt mot och ha hänsyn till motpartens intresse. Lojalitetsplikten kan med andra ord uppkomma oavsett om något prekontraktuellt avtal föreligger eller ej. Ett skadeståndsansvar, vid ingående av avtal, som grundas på ett prekontraktuellt avtal är alltså bara ett specialfall av ansvar för culpa in contrahendo.⁷⁸

Adlercreutz har dock uttalat att den lojalitetsplikt som kan inträda vid avtalsförhandlingar, dock vanligen inte tillräcklig för att omsättas i skadeståndsansvar, kan förmodas bli stärkt genom förekomsten av ett letter intent, vilket är vanligt förekommande vid företagsförvärv.⁷⁹ Även *Ramberg och Ramberg* har påtalat att förekomsten av prekontraktuella avtal kan leda till en förstärkt lojalitetsplikt, något som måste avgöras efter en tolkning av innehållet i det aktuella dokumentet.⁸⁰ Sammantaget torde praxis och doktrin peka på att det avgörande i varje fall av eventuellt uppkommen lojalitetsplikt är en bedömning av avtalstypen och omständigheterna i det enskilda fallet. I denna bedömning är förekomsten av ett prekontraktuellt avtal inte avgörande, men kan verka stärkande för att en lojalitetsplikt har uppstått.⁸¹

⁷⁵ NJA 1990 s. 745 s. 759.

⁷⁶ NJA 1990 s. 745 s. 759.

⁷⁷ Källa från rättsfallet, NJA 1990 s. 745 s. 759.

⁷⁸ J. Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 137-138.

⁷⁹ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 115.

⁸⁰ J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 87. Se även M. Hedwall, Tolkning av kommersiella avtal, 2004, s. 189.

⁸¹ Se t.ex. H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 46, J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 87 samt M. Hedwall, Tolkning av

Vid förhandlingar om en företagsöverlåtelse upprättar i regel parterna ett sekretessavtal och/eller ett letter of intent. Det är också relativt vanligt att lojalitetsplikten sätts på pränt i dessa prekontraktuella avtal. Som framhållits är dessa avtal inte avgörande för att en lojalitetsplikt skall inträda men kan verka stärkande. Vid sidan av denna stärkande effekt kan dylika prekontraktuella avtal innehålla bindande klausuler, se ovan i kapitel 2.2.2. En avvikelse från dessa bestämmelser utgör ett avtalsbrott vilket aktualiserar ett skadeståndsanspråk på inomobligatoriskt grund istället för på grund av culpa in contrahendo. För att ytterliggare underlätta utkrävandet av skadestånd innehåller de förkontraktuella avtalen vanligen också vitesklausuler.⁸²

För att undvika uppkomsten av en lojalitetsplikt eller anspråk på grund av culpa in contrahendo är det också vanligt att parterna i en avsiktsförklaring uttryckligen anger att de inte är bindande, fränsett eventuellt specifika bindande klausuler, och att något avtal ej skall anses ingånget förrän det är undertecknat varför något anspråk på grund av culpa in contrahendo ej skall kunna göras gällande.⁸³

4.1.1.3 Lojalitetspliktens innebörd

Lojalitetsplikten innebär att part har en skyldighet att inom vissa gränser uppträda lojalt och beakta samt bevaka sin motparts intressen. Innebörden av skyldigheten att iaktta lojalitet varierar beroende på avtalstypen och omständigheterna i det enskilda fallet. Vid ett avtals ingående är lojalitetsplikten emellertid inte lika långtgående jämfört med i ett avtalsförhållande.⁸⁴

Enligt *Nicander* omfattar plikten att handla lojalt i princip alla slags angelägenheter och är inte begränsad till vissa förhållanden. Vid utrönande av lojalitetspliktens närmare innebörd blir uppgiften normalt att i det särskilda fallet försöka fastställa en handlingsnorm som anger vad en part har att göra och hur hon bör förhålla sig till sin medkontrahent.⁸⁵ *Kleineman* har uttalat att vid bedömningen om det föreligger ett prekontraktuellt skadeståndsansvar skall grunden sökas i en culpabedömning där frågan bör ställas hur en kommersiell aktör har att uppträda mot en annan kommersiell aktör vid förhandlingar. Den affärsetiska norm som i culpabedömningen här avgör när ett prekontraktuellt skadeståndsansvar skall inträda, kan

kommersiella avtal, 2004, s. 189. NJA 1990 s 745. R. Sevenius, Företagsförvärv – en introduktion, 2003, s. 162.

⁸² Svernlöv Sekretessavtal s 1-2 och letter of Intent s 1-4. Se t.ex. A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 115, J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 87 och J. Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 1993, s. 38f. M. Hedwall, Tolkning av kommersiella avtal, 2004, s. 189, NJA 1978 s 147 och NJA 1990 s 745.

⁸³ C. Svernlöv, Letter of Intent, Balans nr 3, 2004.

⁸⁴ Se t.ex. H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 31 och s. 46, C. Hultmark, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, 1993, s. 7. A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 110-111.

⁸⁵ H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 32 och 46.

följaktligen också ses som en gräns för lojalitetspliktens omfattning.⁸⁶ Vidare har *Holmgren och Lundqvist* framhållit att utgångspunkt vid bedömningen av förpliktelseernas omfattning bör vara typen av affär. Lojalitetsplikten mellan parterna anses därför vara lägre vid en affär i företagets löpande verksamhet än vid affärer av engångskaraktär, exempelvis företagsförvärv.⁸⁷

De förpliktelser som typiskt sett anses vara en del av lojalitetsplikten är informations- och upplysningsplikt, klargörandeplikt, tillsynsplikt, vårdplikt, omsorgsplikt, tystnadsplikt samt förbud mot konkurrerande verksamhet. I prekontraktuella situationer är det främst upplysningsplikt, sekretessplikt och begränsning av annans skada som aktualiseras. Däremot föreligger ingen ur lojalitetsplikten härledd generell skyldighet att inte förhandla med annan än medkontrahenten.⁸⁸

4.1.1.3.1 Upplysningsplikt

Lojalitetsplikten vid avtals ingående anses innebära att det för en part vid en viss tidpunkt inträder en skyldighet att iaktta sin förhandlingsparts intressen genom att informera om och klargöra förhållanden av betydelse för frågan om och på vilka villkor avtal kan komma till stånd. Denna upplysningsplikt omfattar således både en informations- och klargörandeplikt.⁸⁹ *Hultmark*⁹⁰ anser att upplysningsplikten vid avtals ingående är vidsträckt. Har en avtalspart faktisk kännedom om ett visst förhållande och inser att motparten saknar sådan kännedom och inser att förhållandet är av betydelse för motparten, så föreligger i regel en upplysningsplikt. Insikten är således ett nödvändigt rekvisit för att upplysningsplikt skall anses föreligga, men det är inte ett tillräckligt rekvisit för upplysningsplikt. Det finns situationer då en förhandlingspart visserligen inser att motparten handlar under en felaktig föreställning, men trots detta uppkommer ingen upplysningsplikt. En part behöver exempelvis inte upplysa motpart om att hon vet att det finns andra köpare som är villiga att betala ett högre pris för köpobjektet, även om köparen inser att sådan information är av stor betydelse för säljaren.⁹¹ De omständigheter som kan anses omfattas av upplysningsplikten är beroende av vad motparten typiskt sett förväntar sig att erhålla information om. Det blir därför ytterst en bedömning i det enskilda fallet.⁹² Enligt *Karlgren* har den part som vill skjuta upp sitt ställningstagande i fråga huruvida avtal skall ingås en klargörandeplikt om detta förhållande för motparten. Något ersättningsansvar torde inte komma ifråga för det fall ett sådant klargörande ägt rum.⁹³

⁸⁶ J. Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 139

⁸⁷ S. Holmgren & D. Lundqvist, Letter of internt - värt mer än pappret?, 1988, s. 58.

⁸⁸ H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 32 och 46.

⁸⁹ H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 46.

⁹⁰ Numera Ramberg.

⁹¹ C. Hultmark, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, 1993, s. 12 och 78. Se också H. Karlgren, Avtalsrättsliga Spörsmål, 1940, s. 106.

⁹² C. Hultmark, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, 1993, s. 78.

⁹³ K. Grönfors, Avtalslagen, 1995, s 37f.

I nära samband med upplysningsplikten skall nämnas att det även anses föreligga en generell undersökningsplikt vid avtals ingående. Avgränsningen mellan dessa plikter beror bland annat på vem av parterna som har lättast att anskaffa informationen. Upplysningsplikten blir normalt mindre framträdande för det fall medkontrahenten har lika goda möjligheter att undersöka förhållandena.⁹⁴ För att ett ansvar på grund av ej uppfylld upplysningsplikt skall bli aktuellt krävs att motparten inte har försummat sin undersökningsplikt.⁹⁵ *Hultmark* har i detta sammanhang framhållit att lojalitetsplikten visserligen får anses ha skärpts, men detta innebär inte att det finns en skyldighet att upplysa motparten om alla omständigheter. Såvida något illojalt handlande ej förekommit, är det fortfarande möjligt att göra en god affär. Det kan dock vara svårt att bedöma huruvida ett förtigande av en viss uppgift är att betrakta som en tillåten förhandlingsstrategi eller som ett illojalt agerande.⁹⁶

I ett par av de rättsfall som berör lojalitetsplikten och som presenterades ovan behandlade HD frågan om upplysningsplikt. I NJA 1963 s 105 förde E, som drev affärsverksamhet i Venezuela, och G, som var en av huvudintressenterna i ett bolag i Colombia, förhandlingar om anställande av E såsom verkställande direktör i bolaget. Ett kontraktsförslag härom mellan E och bolaget upprättades och E flyttade för ändamålet till Colombia. G hade dock kännedom om att någon bekräftelse av detta anställningsavtal genom beslut å bolagsstämma - vilket enligt colombiansk rätt utgjorde förutsättning för att bolaget skulle bli bundet av avtalet - icke kom till stånd. Denna kännedom lät G emellertid inte komma till uttryck i ett av denne avsänt telegram till E. HD fann här att G hade en upplysningsskyldighet och att detta även innefattade ett krav på den upplysningspliktige att utge korrekt information. Författandet av telegrammet, vilket var ägnat att vilseleda E beträffande utsikterna att erhålla anställning hos bolaget, ansågs innefatta en vårdslöshet å G:s sida som föranledde ett skadeståndsansvar, enär det ej kunde antagas annat än att E, om han av G erhållit upplysning om att möjligheten att genomföra anställningsavtalet var osäker, icke skulle ha flyttat till Colombia utan stannat kvar i Venezuela.

HD har vidare i NJA 1978 s 147 fastställt att lojalitetsplikten innebär en förpliktelse att lojalt verka för ett beslut i avtalsfrågan innan motparten ådragit sig alltför stora kostnader samt att hålla motparten underrättad om utvecklingen. Part bär med andra ord en upplysningsplikt för omständigheter som kan påverka huruvida ett avtal kommer till stånd.

I senare praxis, NJA 1990 s 745, bekräftade HD att en upplysningsplikt kan uppkomma vid ingående av avtal. I rättsfallet konstaterar HD att då avtalsförhandlingarna nått en viss tidpunkt kan skadeståndsskyldighet komma i fråga om part uppträtt illojalt gentemot medkontrahenten, till exempel genom att underlåta att underrätta part om förhållanden av

⁹⁴ H. Nicander, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, 1995, s. 46.

⁹⁵ C. Hultmark, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, 1993, s. 18.

⁹⁶ C. Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktie – särskilt om fel*, 1992, s. 701.

betydelse för frågan att få till stånd ett avtal. Vid långt komna avtalsförhandlingar uppkommer det alltså en viss förpliktelse för en förhandlingspart att ta hänsyn till motpartens intressen. Denna skyldighet har närmast avseende på parts intresse av att begränsa sina kostnader för det fall att något avtal inte kommer till stånd. I detta fall utdömdes visserligen inte något skadestånd men rättsfallet är ett tydligt exempel på att det under avtalsförhandlingar existerar en skyldighet att snarast underrätta den parten som förhandling inletts med när det står klart att avtalet ej kommer komma till stånd.

Utifrån NJA 1991 s 808, som rörde frågan om säljarens upplysningsplikt gällande rådgivningsfel vid försäljning av en kioskverksamhet, har *Hultmark* definierat lojalitetsförpliktelsen i avtalsförhållanden såsom: ”När en avtalspart känner till att avtalsobjektet är sämre än vad motparten förutsätter, har han skyldighet att tydligt klargöra för motparten hur saken ligger till”⁹⁷. Huruvida denna definition är applicerbar även vid avtals ingående är dock oklart, men den pekar på en utveckling mot en allt starkare lojalitetsplikt i svensk rätt.

Sammantaget uppkommer en upplysningsplikt då en förhandlingspart har faktisk kännedom om ett visst förhållande och inser att motparten saknar sådan kännedom. Det krävs också att förhandlingsparten inser att förhållandet är av betydelse för motparten. Upplysningspliktens omfattning är avhängigt vad motparten typiskt sett förväntar sig att erhålla information om, vilket får avgöras genom en bedömning i det enskilda fallet.⁹⁸

Vid ett företagsförvärv kan det exempelvis sägas åligga part att upplysa motpart om eventuella findings i en due diligence, om en misslyckad finansiering eller motsvarande som kan tänkas påverka parts vilja eller möjlighet att ingå ett avtal. Part som har faktiskt kännedom om ett sådant förhållande och inser att motparten saknar sådan kännedom har en skyldighet att omgående upplysa motparten för att söka begränsa motparts onödiga kostnader vid äventyr av skadeståndsskyldighet på grund av culpa in contrahendo. Ytterst blir dock upplysningspliktens omfattning vid ett företagsförvärv beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.

4.1.1.3.2 Sekretessplikt

Vid avtals ingående anses lojalitetsplikten även medföra en tystnadsplikt. Den som vid avtalsförhandlingar får kännedom om information vars röjande är ägnat att skada medkontrahenten anses, även utan uttrycklig avtalsreglering, ha en viss skyldighet att hemlighålla informationen och inte föra den vidare. Hur långt denna skyldighet sträcker sig är dock oklart.⁹⁹ Vid företagsförvärv författar de förhandlande parterna vanligen ett sekretessavtal eller så regleras frågan om sekretess i ett eventuellt letter of intent. På detta vis blir frågan om hur långt sekretessplikten sträcker sig mer

⁹⁷ C. Hultmark, Kontraktsbrott vid köp av aktie – särskilt om fel, 1992, s. 704.

⁹⁸ C. Hultmark, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, 1993, s. 78. Se också J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 96.

⁹⁹ H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 46-47.

tydlig och möjligheten att erhålla ersättning ökar om det i aktuellt avtal intagits en klausul om vite vid röjande av sekretessbelagd information. Med ett avtal som grund för sekretessplikten blir ansvaret sålunda inomobligatoriskt varpå möjligheterna till ersättning ökar jämfört med det utomobligatoriska ansvaret där skadeståndsansvaret grundas på culpa in contrahendo.

Vid sidan av lojalitetsplikten finns det också en lagfäst sekretessplikt i FHL. En part kan enligt 6 § FHL, vid förhandling om ett företagsförvärv, drabbas av skadeståndsansvar om hon uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare som hon i förtroende fått del av i samband med en affärsförbindelse med denne. Part skall enligt samma paragraf ersätta den skada som uppkommer genom hennes förfarande. Med uttrycket affärsförbindelse avses här även förhandling och anbudsförfaranden. Det finns med andra ord inget krav på att det ska föreligga ett bindande avtal parterna emellan för att en förtroendesituation skall anses ha uppkommit. Motparten måste dock inse, eller bör inse, att en förutsättning för att hon skall få del av uppgiften är att hon inte obehörigen utnyttjar eller röjer den.¹⁰⁰

En sekretessplikt kan för en förhandlingspart vid ett företagsförvärv sålunda grundas på lojalitetsplikten vid ingående av avtal, ett sekretessavtal eller en klausul i en avsiktsförklaring eller den lagfästa sekretessplikten i FHL. Då part vid en due diligence av ett målbolag får stor insyn i bolagets verksamhet är sekretessbestämmelser vid förhandlingar om en företagsöverlåtelse av stor vikt. Ett röjande av känslig information kan därför vara kostsamt såväl för målbolaget som för den röjande parten om uppgiften omfattades av någon form av sekretessplikt.

4.1.1.3.3 Begränsning av annans skada

Nicander har framhållit att avgörande för när en lojalitetsplikt uppkommer vid avtals ingående är i vilken mån medkontrahenten ådragit sig eller kan komma att ådra sig kostnader. Härav följer att part har en skyldighet att söka begränsa motpartens skada då avtalsförhandlingarna nått så långt att motparten har fog för att ådra sig kostnader i tron om att avtal skall komma till stånd. Skyldigheten att begränsa annans skada kan här visa sig i form av en upplysningsplikt eller klargörandeplikt för det fall part ej längre önskar ingå ett avtal.¹⁰¹ *Lehrberg* kopplar också lojalitetspliktens inträde till då avtalsförhandlingarna åtminstone nått en bit på väg och motparten vederligen haft beaktansvärda kostnader för att förbereda avtalet. Efter denna tidpunkt skall part, enligt lojalitetsplikten, se till sin medkontrahents intressen och söka begränsa dennes skada vid ett eventuellt avhopp från avtalsförhandlingarna.¹⁰²

¹⁰⁰ Prop. 1987/88:155 s 42f.

¹⁰¹ H. Nicander, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, 1995, s. 47.

¹⁰² B. Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, 2006, s. 144.

Skyldigheten att begränsa annans skada har också kommit till uttryck i praxis. I NJA 1978 s 147 ansågs ett livsmedelsbolag, som ville etablera sig i en lokal, på grund av ett projekteringsavtal vara skyldigt att medverka till ett definitivt avgörande av huruvida avtal skulle komma till stånd innan fastighetsägaren ådragit sig allt för omfattande projekteringskostnader, bland annat genom att hålla fastighetsägaren underrättad om hur frågan utvecklade sig på livsmedelsbolagets sida.¹⁰³ Denna inställning bekräftades senare i NJA 1990 s 745 då rätten uttalade att förpliktelsen för part att ta hänsyn till motpartens intressen närmast har avseende på motpartens intresse av att begränsa sina kostnader för det fall att något avtal inte kom till stånd.¹⁰⁴

I samband med förvärvsprocessens gång ökar parternas transaktionskostnader, det vill säga kostnader för jurister, revisorer, andra rådgivare och konsulter samt interna kostnader hos parten själv. Vid ett komplext förvärv med utdragen avtalsförhandling kan kostnaderna bli avsevärda varför part har ett starkt intresse av att begränsa sina kostnader för det fall att något avtal inte kommer till stånd. Part har också indirekta kostnader såsom att alternativa förhandlingsspår övergivits med mera vilka, om än svårare att bevisa, är lika viktiga för part att begränsa och undvika. För det fall en förhandlingspart kommer till insikt om att hon vill avbryta förhandlingarna bör hon således tidigt söka upplysa och klargöra för motparten att hon ej längre önskar ingå ett avtal. Väljer part att vänta med ett sådant besked och medför detta agerande att motparten ådrar sig kostnader hon haft fog för att göra, kan ett skadeståndsansvar på grund av culpa in contrahendo inträda.

4.1.1.4 Lojalitetspliktens räckvidd

Hur långt lojalitetsplikten sträcker sig kan ej generellt besvaras utan beror på avtalstypen och omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁰⁵ Graden av den lojalitet parterna är skyldiga att visa varandra i avtalsförhållanden måste enligt *Nicander* bedömas mot bakgrund av avtalstypen, parternas nytta av och grundvalar för att ingå avtalet, deras förväntningar på medkontrahentens prestation enligt avtalet samt de åtgärder de vidtagit och de kostnader de ådragit sig i anledning av avtalet. Härutöver bör en parts risktagande beaktas såtillvida att en part som i förhållande till sin medkontrahent tar en särskild risk, bör kunna förvänta sig att i större utsträckning få information av medkontrahenten om förhållanden som påverkar projektet.¹⁰⁶ En bedömning av lojalitetspliktens räckvidd vid ingående av avtal torde kunna ske utifrån liknande grunder, där framför allt karaktären på det förestående avtalet får betydelse.¹⁰⁷ I allmänhet måste exempelvis parter som förhandlar om ett samarbetsavtal eller ett långvarigt kontraktsförhållande vara särskilt lojala

¹⁰³ NJA 1978 s 147, s. 156.

¹⁰⁴ NJA 1990 s 745, s. 759.

¹⁰⁵ H. Nicander, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, 1995, s. 46.

¹⁰⁶ H. Nicander, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, 1995, s. 35.

¹⁰⁷ E. Regné, *Varför inte lojalitetsplikt?*, JT 2001/02, s 718.

vid avtalets ingående.¹⁰⁸ Eftersom det som åläggs parterna i fråga om lojalitet är av skiftande slag får frågan om lojalitetspliktens räckvidd besvaras från fall till fall med beaktande även av det moment av lojalitetsplikten som åsidosatts.¹⁰⁹ I takt med att förhandlingarna fortgår ökar i regel såväl lojalitetspliktens innebörd som räckvidd.¹¹⁰

Lehrberg har framhållit att lojalitetsplikten vid avtals ingående inte är särskilt långtgående då han har uttalat att ”åtminstone när förhandlingarna pågått en viss tid och lett till en viss grad av enighet, uppkommer en skadeståndssanktionerad lojalitetsplikt mellan parterna enligt reglerna om culpa in contrahendo. Denna plikt är dock inte synnerligen långtgående.”¹¹¹

På vissa områden är lojalitetsplikten lagreglerad varför dess innebörd och räckvidd blir föremål för respektive rättslig reglering. Så är exempelvis fallet inom försäkringsrätten där det råder en långtgående, lagreglerad, upplysningsplikt vid avtals ingående. Vid bedömningen av lojalitetspliktens räckvidd i det enskilda fallet måste således hänsyn även tas till eventuell lagstiftning.¹¹²

4.1.2 Skada

Den skada som blir aktuell vid culpa in contrahendo är ren förmögenhetsskada. Med ren förmögenhetsskada avses enligt 1:2 SkL ”sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada”. Skulle exempelvis en köpare förhandla om ett företagsförvärv utan att ha för avsikt att sluta något avtal, till exempel för att förhindra att försäljning sker till spekulantens konkurrent, utgör de kostnader som säljaren vidtar på grund av köparens dispositioner en ren förmögenhetsskada. Exempel på rena förmögenhetsskador på grund av culpa in contrahendo vid företagsöverlåtelser är direkta transaktionskostnader för bland annat konsulter och rådgivare och mer indirekta kostnader som att alternativa förhandlingsspår övergivits. Med ren förmögenhetsskada avses också ett försämrat rörelseresultat för företag och andra rörelseidkare, försämrade inkomster för enskilda personer samt ökade utgifter utan motsvarande nytta.¹¹³

Huvudregeln i svensk rätt att ren förmögenhetsskada leder till skadeståndsskyldighet endast om den vållats genom brott, se 2:2 SkL, men som påtalats under kapitel 4.1.1 ovan utgör inte stadgandet något hinder för en rättsutveckling i praxis mot ett utvidgat ansvar för ren förmögenhetsskada när paragrafen ej får läggas till grund för

¹⁰⁸ C. Hultmark, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, 1993, s. 46f.

¹⁰⁹ H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 38.

¹¹⁰ A. Holm, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, 2004, s. 98.

¹¹¹ B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, 2006, s. 132.

¹¹² H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 46.

¹¹³ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 65.

motsatsslut.¹¹⁴ Parts möjlighet till ersättning för ren förmögenhetsskada på grund av culpa in contrahendo grundar sig således på den i praxis och doktrin utvecklade lojalitetsplikten.¹¹⁵ Härav följer att förhandlingspart kan bli skadeståndsskyldig för ren förmögenhetsskada om denne av uppsåt eller oaktsamhet orsakar skada vid avtals ingående. Ansvar bygger på culpaprincipen där en culpabedömning skall avgöra huruvida den påstått oaktsamme borde ha handlat annorlunda.¹¹⁶ Vilka omständigheter som skall beaktas vid denna bedömning utreds närmare i avsnitt 4.2 nedan.

4.1.3 Adekvat kausalitet

För att skadeståndsskyldighet skall uppkomma krävs att den skadeståndsgrundande händelsen har orsakat skadan. Orsaksförhållandet analyseras traditionellt i doktrin med hjälp av begreppen ”tillräcklig betingelse” och ”nödvändig betingelse”. Att en händelse är en tillräcklig betingelse för en annan innebär att den förra händelsen enligt naturens eller samhällets ordning leder till den andra. En händelse som är en nödvändig betingelse betyder det att den senare händelsen inte skulle ha inträffat om inte den förra inträffat. Orsaksförhållandet, eller med ett annat ord kausaliteten, skall också vara adekvat. Kravet på adekvans innebär att det fordras att skadan har orsakats inte bara enligt naturens och samhällets beskaffenhet utan också genom ett händelseförlopp som var någorlunda normalt och påräkneligt. Adekvanskravet har sin grund i att den som handlat uppsåtligt eller oaktsamt inte skall belastas med att ersätta slumpmässiga, opåräkneliga följder. Inadekvata följder får den skadelidande bära ensam, liksom rena olyckshändelser. För att en förhandlingspart vid ett företagsförvärv skall få en skada ersatt av motparten krävs med andra ord att skadan ligger i farans riktning. Bedömningen sker ofta i två steg, så att det först prövas om en viss typ av skada godtas som liggande inom adekvansgränsen och därefter om skadan i det särskilda fallet orsakats på ett adekvat sätt.¹¹⁷

Kravet på adekvat kausalitet mellan en handling och en inträffad skada som en förutsättning för att skadestånd skall kunna utgå har bekräftats av HD in pleno i NJA 1993 s 41 I och II vari HD framför: ”En grundsats inom skadeståndsrätten är att det skall föreligga adekvat kausalitet mellan en handling och en inträffad skada för att skadestånd skall kunna utgå. Genom kravet på adekvat kausalitet förhindras att alltför oväntade och avlägsna skadeverkningar ersätts.”¹¹⁸

¹¹⁴ Se J. Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 131 och Prop. 1972:5 s. 157 och 568.

¹¹⁵ J. Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 137-138, Se också NJA 1990 s. 745, A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 110, H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, 1995, s. 46, J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 82-84 och 137, L.E. Taxell, Avtalsrätt, 1997, s. 65.

¹¹⁶ J. Hellner och M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 125.

¹¹⁷ J. Hellner och M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 195-205.

¹¹⁸ NJA 1993 s 41 I och II. Se s. 54f.

I NJA 1963 s 105, där skadestånd på grund av culpa in contrahendo utgick, ansågs adekvat kausalitet vara för handen. HD uttalar sig visserligen inte uttryckligen om kausaliteten men av HD:s domskäl framkommer att det telegram B sändt till A, vilket felaktigt gav intryck av att A erhållit anställning hos bolaget i Colombia och samtidigt uppmanade A att inställa sig vid bolaget var en nödvändig betingelse för skadornas uppkomst. De skador som A sedermera åsamkades på grund av hans flytt till Colombia ansågs vara en påräknelig följd av B:s vilseledandet i telegrammet och A:s skador låg därmed i farans riktning.

I det senare rättsfallet rörande culpa in contrahendo, NJA 1990 s 745, framhöll HD att avgörande för skadeståndsskyldighet är huruvida part uppträtt på ett sätt som måste bedömas som illojalt. I aktuellt rättsfall ansågs dock inte vad som förekommit under förhandlingarna vara tillräckligt för att utlösa skadeståndsskyldighet. *Adlercreutz* tolkar HD:s slutsatser som att kausalsamband mellan försummelse och skada inte visats föreligga.¹¹⁹ behandlas. Adekvat kausalitet som rekvisit för att skadeståndsskyldighet har vidare betonats i NJA 1994 s 204. Rättsfallet berör visserligen inte avtalsförhandlingar, men åtminstone skadeståndsansvar vid uppträdande i samband med ett affärsavtal. Ett franskt bolag, A, hade åtagit sig att leverera ett parti stål till ett svenskt bolag, B, med likviditetsproblem efter att C i ett till A riktat brev såsom ägare av en tredjedel av aktierna i B och kreditgivare till samma bolag förklarat sig ha för avsikt att även i framtiden vid behov stödja B. C hade med andra ord utfärdat ett så kallat letter of comfort till A. Trots att brevet i sig inte ansågs utgöra ett borgensåtagande ansågs C likväl ansvarigt gentemot A för utförda leveranser på grund av utfärdat letter of comfort och omständigheterna vid dess tillkomst. I fallet framgick tydligt att brevet var en förutsättning för att C skulle leverera stål till A. Vårdslösheten ansågs inte bara bero på omständigheterna vid brevet tillkomst utan också bestå av underlåtenheten att underrätta A om läget så att A hade kunnat innehålla leveransen. Kausalsambandet mellan C:s letter of comfort och A:s leverans av stål till B fastslås således i rättsfallet. *Adlercreutz* har påpekat att HD i detta fall lade stor vikt vid kravet på adekvat kausalitet och att det var en förutsättning för att skadestånd skulle utgå.¹²⁰

För att en förhandlingspart vid ett företagsförvärv skall bli skadeståndsskyldig för en ren förmögenhetsskada orsakad vid avtals ingående krävs således, jämte övriga förutsättningar för skadeståndsansvar, att skadan orsakats på ett adekvat kausalt sätt. Den förmögenhetsskada som drabbar en part skall bero på en handling från motpartens sida vilken var en nödvändig betingelse för skadans uppkomst samtidigt som skadan var påräknelig och att skadan därmed låg i farans riktning.

¹¹⁹ A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 113.

¹²⁰ A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 116

4.2 Subjektiva rekvisit

De subjektiva förutsättningarna för ett ansvar enligt culpa in contrahendo tar hänsyn till skadevållarens individuella egenskaper och kan sammanfattas som uppsåt och oaktsamhet eller med en gemensam term vållande (eller culpa).

4.2.1 Uppsåt

Då förhandlingspart vid ett företagsförvärv av uppsåt åsamkar motpart skador i samband med avtalsförhandling föreligger så kallad dolus (uppsåt) in contrahendo. För att part skall bli ersättningsskyldig i samband med avtals ingående krävs emellertid endast oaktsamhet varför anledning saknas att här söka precisera begreppet uppsåt. Omfattningen av skadeståndsskyldigheten kan bli densamma oavsett vilken grund, culpa eller dolus, som görs gällande. Valet av grund är dock av betydelse för att erforderlig bevisning kan föras om relevanta omständigheter.¹²¹ Vid en begreppsrettslig analys av uppsåtets skadeståndsrättsliga innebörd kan ledning närmast hämtas från den straffrättsliga doktrinen. Inom straffrätten är typfallet av en uppsåtlig gärning en medveten, kontrollerad handling eller underlåtenhet.¹²²

En förhandlingspart vid ett företagsförvärv agerar således med uppsåt för det fall hon styr sitt agerande under fullständig medvetenhet om vad som händer. Ett ansvar för dolus in contrahendo vid företagsförvärv kan exempelvis aktualiseras då part ger sig in i en förvärvsdiskussion endast för att få fram information om en konkurrent, utan någon som helst avsikt att faktiskt genomföra affären, eller ger sig in i en diskussion enbart för att störa en annan pågående avtalsförhandling med annan budgivare utan avsikt att fullfölja. Skadeståndsskyldighet på grund av dolus in contrahendo torde också uppkomma då part förhandlar om ett avtal trots att hon är medveten om att medkontrahenten inte kommer att få erforderligt myndighetstillstånd.¹²³

Från dessa så kallade uppsåtsfall, där part med vett och vilja inlett förhandlingar utan syfte att få till stånd ett avtal, måste skiljas de situationer då part ursprungligen saknade avsikt att inte ingå avtal utan blott på ett tämligen sent stadium av transaktionsprocessen beslöt sig för att inte medverka till att ett bindande avtal kommer till stånd. Dylika fall hör närmast till kategorin culpa in contrahendo.¹²⁴ Gränsen mellan culpa och dolus in contrahendo är följaktligen inte helt klar vilket bekräftas av *Rodhe* som påpekat att det är ”uppenbarligen ett ganska kort steg från de grövre

¹²¹ J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 84.

¹²² N. Jareborg, Allmän kriminalrätt, 2001, s. 310.

¹²³ J. Ramberg och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2002, s. 84.

¹²⁴ J. Kleineman, Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, 1993, s. 449.

fallen av culpa in contrahendo, vetskapsfallen, till dolus in contrahendo i form av svek. Vad som här betingar steget från culpa till dolus är näppeligen klarlagt.”¹²⁵

4.2.2 Oaktsamhet

Utgångspunkten för att ett agerande vid förhandlingar om ett företagsförvärv skall aktualisera ett skadeståndsansvar är att agerandet anses oaktsamt. Här skall först redogöras för den allmänna bedömning som sker vid ett utomobligatoriskt skadeståndsanspråk för att därefter belysa de åsikter som lyfts fram i doktrin rörande alternativa tillvägagångssätt vid culpa in contrahendo.

4.2.2.1 Allmänt om culpabedömningen

Den grundläggande frågan vid culpabedömningen är huruvida den påstått oaktsamme, i detta fall förhandlingspart, borde ha handlat på annat sätt. Vid denna bedömning beaktas ett stort antal omständigheter i syfte att finna en standard med vilken en jämförelse kan ske med det handlande som har förekommit. För att fastställa en jämförbar standard beaktas generellt sett, i tur och ordning; författningar och andra föreskrifter, prejudikat och slutligen sedvana. Ger dessa omständigheter inte tillräcklig ledning måste domstolen falla tillbaka på en fri culpabedömning.¹²⁶

I första hand sker sålunda culpabedömningen i anslutning till specificerade normer föreskrivna i någon författning eller i föreskrifter utfärdade av myndigheter. Vad gäller agerandet och förfarandet vid förhandlingar om ett företagsförvärv saknas emellertid dylika normer varför någon ledning därav ej kan erhållas. I andra hand beaktas eventuellt förekommande prejudikat. Då det allmänna kravet på konsekvens i rättskipningen innebär att lika fall skall bedöms lika måste tidigare avgöranden om aktsamhetskrav beaktas. Culpabedömningen avser dock ofta särskilda fall där mera individuella omständigheter många gånger åberopas vilket innebär att olikheter ofta kan påvisas mellan ett nytt fall och ett tidigare fall, en omständighet som kan motivera en annan utgång i det nya. Många tvister som uppkommer vid avbrutna förhandlingar i samband med en företagsöverlåtelse avgörs vanligen genom en sekretessbelagd uppgörelse parterna emellan eller genom skiljedom. Dessa avgöranden kan följaktligen inte beaktas av en domstol. Eftersom rättspraxis rörande culpa in contrahendo i allmänhet och culpa in contrahendo vid företagsförvärv i synnerhet är ytterst sparsam kan domstolen här knappast finna omständigheter att taga hänsyn till i culpabedömningen. Slutligen skall ledning så sökas i sedvanan, närmare bestämt den goda sedvanan. Eftersom en utredning om sedvanan i respektive situation ofta fordrar stor energi och drar avsevärda kostnader, är fall där sedvanan tillerkänts betydelse för avgörande av hur högt kravet på

¹²⁵ K. Rodhe, Obligationsrätt, 1984, s. 344.

¹²⁶ J. Hellner och M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 128-133.

aktsamhet skall ställas relativt sällsynta. Någon allmängiltig vedertagen praxis rörande agerandet vid en förhandling om företagsförvärv torde ej anses föreligga även om det kan diskuteras huruvida en viss affärsetisk norm gör sig gällande vid avtalsförhandlingar. Strukturen i förvärvshandlingar, i vart fall vid lite större affärer, är troligen rätt så väl etablerad, åtminstone då parterna har någorlunda väletablerade rådgivare som vet hur projekten brukar bedrivas. De huvudsakliga stadierna i transaktionsprocessen, sekretessavtal – letter of intent – due diligence – förhandlingar – signing – closing, är i sådana fall mer regel än undantag, men det finns självfallet ett flertal varianter och därutöver förhandlingar som tar helt andra vägar eller hoppar över flertalet av mellanleden. Hur själva förhandlingarna går till, det vill säga vilka huvudfrågor som hanteras och hur diskussionerna förs med mera, kan variera från fall till fall varför någon särskild praxis eller sedvänja här inte gör sig gällande.¹²⁷ Det bör också påpekas att även om förhandlingspart förebringat utredning rörande vad som är brukligt, förbehåller sig domstolarna att pröva om denna praxis skall godtas.¹²⁸

Eftersom författningar, prejudikat och sedvana inte ger tillräcklig ledning, är domstolen vid culpa in contrahendo vid företagsförvärv lämnad åt en fri bedömning av kraven på handlandet.¹²⁹ I den fria bedömningen beaktar domstolen framförallt fyra faktorer; risken för skada, den sannolika skadans storlek, möjligheterna att förekomma skadan och den handlandes möjligheter att inse risken för skada. Domstolen gör en helhetsbedömning där de olika omständigheterna vägs mot varandra varefter det avgörs huruvida dessa omständigheter krävde ett annat handlande än det som förekommit. Domstolen väger sålunda mot varandra framförallt riskerna för skada och kostnaderna av skadeförebyggande åtgärder. Det fordras ett avgörande huruvida omständigheterna så starkt motiverade ett handlande, eller en underlåtenhet, som kunnat förekomma skada, att skadeståndsskyldighet bör åläggas på grund av agerandet. Ju större sannolikhet för skada vid en handling, och ju större skador som kan uppkomma, desto högre ställs kraven på att handling skall underlåtas eller att åtgärder skall vidtas som skall förekomma skadan.¹³⁰ Företagsförvärv berör mestadels avsevärda belopp och dispositioner som utförs på grund av förhandlingsparts agerande kan ofta uppgå till betydande summor. Den sannolika skadans storlek på grund av culpa in contrahendo vid företagsförvärv kan därför bli omfattande. För att undvika missförstånd rörande bundenhet och affärens slutliga genomförande bör part följaktligen agera med viss försiktighet vid förhandlingar rörande företagsöverlåtelser.

Vid företagsförvärv är det vanligt att parterna under förhandlingsstadiet successivt enas om en rad huvudpunkter vilka konkretiseras i olika former av prekontraktuella avtal. De vid ett företagsförvärv mest frekvent förekommande prekontraktuella avtalen är sekretessavtal och letter of intent.

¹²⁷ R. Sevenius, Företagsförvärv, 2003, s. 12-14.

¹²⁸ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 128-133.

¹²⁹ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 133.

¹³⁰ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 133-135.

Några bindande, så kallade föravtal, förekommer i regel inte. I domstolens culpabedömning beaktas dylika prekontraktuella avtals förekomst och innehåll. Framförallt undersöks vilka rättsliga förpliktelser avtalen stadgar för parterna och då i synnerhet huruvida de ger upphov till en skyldighet att lojalt samarbeta med skälig hänsyn till medkontrahentens intressen.¹³¹

4.2.2.2 Culpabegreppet vid culpa in contrahendo

Vid sidan av den i svensk rätt erkända culpabedömningen, redogjord för i föregående kapitel, som sker vid ett utomobligatoriskt skadeståndsanspråk har i doktrin lyfts fram alternativa tillvägagångssätt för att avgöra huruvida ett skadeståndsansvar bör inträda på grund av culpa in contrahendo.

Kleineman har beskrivit det prekontraktuella skadeståndsansvaret som ett av flera fall av vilseledande som förutsätter att den skadelidande har hyst befogad tillit till den oaktsamt förmedlade informationen. I dessa fall bör bedömningen börja med att söka den principiella grunden för culpabedömningen och vid culpa in contrahendo måste utgångspunkten vara hur en kommersiell aktör har att uppträda mot en annan kommersiell aktör vid förhandlingar. Enligt *Kleineman* utgör således den affärsetiska normen utgångspunkt för culpabedömningen. Som ett nästa steg undersöks om skadevållaren bort inse att hennes beteende skulle ha kunnat föranleda den aktuella skadan. I denna bedömning görs även ett ställningstagande till vad skadevållaren kunde förutse beträffande informationstagarens reaktion. Slutligen beaktas den skadelidandes eget uppträdande där det för skadeståndsskyldighet förutsätts att den skadelidande haft anledning att hysa tillit till den oaktsamt förmedlade informationen.¹³²

Kleineman anser sålunda att den skadelidandes befogade tillit är en förutsättning för skadeståndsansvar för culpa in contrahendo. Skadevållaren kan endast bli ersättningskyldig för sådana dispositioner som hon haft anledning antaga att den vilseledde kunde komma att vidta. En avgörande förutsättning för ansvar är också att den tillit som följt av vilseledandet bedöms vara befogad. För att ett ansvar i prekontraktuella situationer skall aktualiseras fordras alltså ej blott att det kan fastställas att skadevållaren varit vårdslös, utan jämväl att det förelegat faktisk tillit samt att denna varit befogad.¹³³

Denna befogade tillit har bland annat kommit till uttryck i NJA 1963 s 105 där HD pekar på att den svenske affärsmannen ”E, om han av G erhållit upplysning om att möjligheten att genomföra anställningsavtalet var osäker, icke skulle hava flyttat till Colombia utan stannat kvar i Venezuela.”¹³⁴ Det var med andra ord fullt befogad av E att sätta sin tillit till G:s telegram där G

¹³¹ A. Adlercreutz, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, 1987, s. 512.

¹³² J. Kleineman, Skadeståndgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 139.

¹³³ J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, 1987, s. 432-433.

¹³⁴ NJA 1963 s 105, s 112.

vilselede E beträffande utsikterna att erhålla anställning hos det colombianska bolaget.

Enligt Kleineman synes HD i NJA 1990 s 745 utgå från en affärsetisk norm i culpabedömningen, nämligen vad som åvilat bolaget sedan dess styrelse fattat ett för L ogynnsamt beslut. Den relevanta tidpunkten var med andra ord den då styrelsebeslutet att inte ge L exklusiv återförsäljarrätt fattades. Efter detta datum var bolaget skyldigt att snarast underrätta L om beslutet. Innan denna händelse har HD noga redogjort för sin uppfattning om varför relationen dessförinnan inte kunde ge upphov till ett skadeståndsansvar trots att L genom brev, innan styrelsebeslutet, hade informerat om de kostnader som han skulle ha för säljfrämjande åtgärder. HD påpekar först och främst att det såväl för bolagets företrädare som för L måste ha stått klart att möjligheten för att till stånd det avtal L önskade berodde på flera osäkra faktorer och att det fortsatta marknadsföringsarbetet innebar ett risktagande. Vidare framhåller HD att L också måste ha insett att bolaget vid bedömning av avtalsfrågan skulle beakta försäljningsresultatet, vilket varit mindre bra. Vid tidpunkten innan bolagsstyrelsens beslut har bolagets oklara läge och L:s insikter härom sålunda varit sådana att bolaget kunnat utgå från att L:s åtgöranden ännu utgjorde eget risktagande. Efter styrelsens beslut blir läget dock annorlunda eftersom bolagets egna avtalsförhållanden då är mer definitiva och en skyldighet att agera inträder. HD anser emellertid att L inte haft några mer betydande kostnader under denna tid varför skadeståndsyorkandet ogillas. Uttrycken ”måste ha stått klart” och ”måste ha insett” indikerar att HD inte ansett att L kunde hysa tillit till att ett klagande för bolaget att han lade ner avsevärda kostnader för marknadsföringen utgjorde befogad grund för honom att anta att han skulle få ersättning för dessa. Bolagets underlåtenhet att reagera på L:s brev har följaktligen inte givit L befogad anledning att anta att bolaget skulle ge honom den åtråvärda ensamförsäljningsrätten och därmed ej rätt till skadestånd på grund av culpa in contrahendo.¹³⁵

Culpanormen vid culpa in contrahendo får enligt *Kleineman* sammanfattningsvis sökas i affärsetiska principer tillämpliga vid kommersiella förhandlingar. Då avtal skall ingås i näringslivet får parterna inte ta allt för mycket för givet eftersom situationen ofta präglas av konkurrens. Den så kallade culpatröskeln får antas ligga högt för det prekontraktuella ansvarets inträdande. Endast kvalificerat oetiska beteenden hos den som avbryter förhandlingar torde medföra att denne blir skadeståndsskyldig. Det är således acceptabelt att avbryta förhandlingarna om större negativa överraskningar dyker upp i due diligence-granskningen, om bankfinansiering misslyckas eller liknande. Att bara lämna förhandlingsbordet utan synbart skäl är dock, troligen, mer riskfyllt. När part, utan konsekvenser, kan bryta förhandlingarna om ett företagsförvärv beror mycket på omständigheterna i det enskilda fallet. Det får dock anses

¹³⁵ J. Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 138-139.

klart att ju längre fram parterna kommit i förhandlingarna, desto svårare blir det att hävda att omständigheterna ger rätt att avbryta.¹³⁶

Vid sidan av *Kleinemans* oakstamhetsbedömning där en affärsetisk norm utgör utgångspunkten för culpabedömningen vid culpa in contrahendo har *Adlercreutz* utvecklat en riskfördelningsprincip. Baserat på NJA 1963 s 105 och NJA 1978 s 147 (samt en här ej återgiven skiljedom) anser *Adlercreutz* att HD låtit frågan om dröjsmål med klagörande vara central vid culpabedömningen. Enligt *Adlercreutz* är en sådan culpabedömningen allt för snäv och menar att ansvar för culpa in contrahendo skall kunna inträda även när beteendet inte kan klassificeras som klandervärt. I stället för eller snarare som en komplettering till en snäv culpabedömning kan skadeståndsskyldigheten avgöras genom en riskfördelningsbedömning. Ställning tas då till vem av parterna som är närmast att stå risken för att en åtgärd blivit onyttig på grund av att avtalsförhandlingarna inte fullföljts. Grunden för riskfördelningen kan, i förekommande fall, stå att finna i ett letter of intent eller bindande föravtal som ingåtts mellan parterna som stadgar något om ansvar för motpartens kostnader när möjligheten till tillbakaträdande utnyttjas. Eventuellt handelsbruk i den riktningen kan också aktualisera ett sådant ansvar. En rimlig riskfördelning bör också kunna fastställas utifrån parternas beteende, i första hand när de varit överens om att påbörja verkställigheten före avtalsslutet men också när ena parten gör detta med andra partens vetskap och understöd, särskilt om påbörjad verkställighet är främjande för att avtalets syfte skall uppnås inom avsedd tid. Delat ansvar kan ibland vara en lämplig lösning.¹³⁷ Vid företagsförvärv upprättas vanligen en avsiktsförklaring i vilken parterna föreskriver att vardera parten måste handla i medvetande om risken att avtalet ej kommer till stånd. Några krav skall sålunda inte kunna komma i fråga om inte förhandlingarna leder till ett slutligt avtal. Ett slentrianmässigt tillfogande av dylik klausul bör dock inte kunna upphäva eventuella konsekvenser av parts reella uppträdande.¹³⁸

Enligt *Kleineman* finns det ett visst stöd för *Adlercreutz* allmänna riskfördelningsprincip i rättspraxis och doktrin. HD synes numera benägen att göra allmänna riskfördelningar vilket exempelvis påvisas i NJA 1986 s 696. I aktuellt fall anförde HD att med hänsyn till den intressegemenskap som förelåg mellan en säljare och ett finansbolag, låg det närmare till hands att låta finansbolaget – och inte köparen som var konsument – bära det ekonomiska ansvaret för säljarens underlåtenhet att låta anmäla ett bilbyte. *Ramberg* har beskrivit en sådan diskussion som en närmare att bära risken motivering, något som inte är främjande för skadeståndsrätten. Ett närmare att bära risken argument har exempelvis förekommit då någon i rättspraxis

¹³⁶ J. Kleineman, Skadeståndgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 140. Se också J. Kleineman, Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, 1993, s. 458.

¹³⁷ A. Adlercreutz, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, 1987, s. 511-513.

¹³⁸ A. Adlercreutz, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, 1987, s. 513.

ålagts ett rent strikt ansvar utan stöd i lag. Likväl finner Kleineman det något äventyrligt att tänka sig ett ansvar vid culpa in contrahendo utan att föra in en vårdslöshetsbedömning.¹³⁹

Om riskfördelningsprincipen tillämpats vid 1963-års fall hade ersättning utgått för flyttkostnader och dylikt oavsett om G, en av huvuddelägarna i det colombianska bolaget, fick anses ha handlat försumligt under förhandlingarna om en eventuell anställning av den svenske affärsmannen E. Det var G som stod närmast att bära risken för kostnader som E, med goda skäl, ådrog sig i anledning av det ofullständiga avtalet.¹⁴⁰

4.3 Bevisbörda och beviskrav

I utomobligatoriska skadeståndsmål anses som huvudregel den skadelidande bära bevisbördan. Vid culpa in contrahendo i samband med ett företagsförvärv måste den skadelidande förhandlingsparten därför bevisa att hon har lidit skada, att skadan uppkommit som en adekvat följd av motpartens agerande, att motpartens handlande varit culpöst samt omfattningen av skadan. Vill den mot vilken kravet riktas åberopa att det förelåg ursäktande omständigheter, torde hon däremot ha bevisbördan för dem. Beviskravet vid culpa in contrahendo medför, liksom vid övriga dispositiva tvistemål, att den som bär bevisbördan för ett visst sakförhållande skall styrka att detta förhållande föreligger.¹⁴¹

Det bör också påpekas att part som vid förhandling om ett företagsförvärv hävdar att ett avtal ingåtts alltid bär bevisbördan för detta, även om det är ostridigt att parterna har förhandlat med varandra. Part som vill hävda att en bundenhet har uppstått gör därför säkrast i att tydligt klargöra detta samt säkra bevisning.¹⁴² Vid förhandling om företagsöverlåtelse måste parterna med andra ord vara beredda på att bundenhet kan uppkomma redan innan de har författat och undertecknat ett avtal. För att undvika ett sådant ofrivilligt avtalsinträde kan parterna teckna en avsiktsförklaring som uttryckligen anger att bundenhet inte uppkommer förrän slutligt avtal undertecknats.

¹³⁹ J. Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, 1991, s. 132.

¹⁴⁰ A. Adlercreutz, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, 1987, s. 512.

¹⁴¹ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 148-149 och 198-200.

¹⁴² P.O. Ekelöf & R. Boman, Rättegång, fjärde häftet, 1992, s. 100. Se också NJA 1977 s 105.

5 Skadeståndsberäkning

Då en skadeståndsrättslig analys fastställt att part vid ett företagsförvärv är skadeståndsskyldig på grund av culpa in contrahendo, är nästa steg att beräkna skadeståndets storlek. I det följande analyseras sålunda ersättningens storlek vid culpa in contrahendo varefter möjligheterna till jämkning av skadeståndet belyses.

5.1 Ersättning

Den traditionella uppfattningen är att vid culpa in contrahendo utgår skadestånd för skador upp till det negativa kontraktsintresset.¹⁴³ Detta innebär att en förhandlingspart vid ett företagsförvärv kan kräva att få ersättning för sina kostnader, så att hon blir försatt i samma ekonomiska situation som om förhandlingarna aldrig förts eller avslutats vid den tidpunkt då så skulle ha skett om inte motparten betett sig vårdslöst.¹⁴⁴ Utgångspunkten att det är det negativa kontraktsintresset som ersätts vid ett culpöst agerande i samband med avtalsförhandlingar har stöd i NJA 1963 s 105 där HD framför att G ådragit sig ett skadeståndsansvar på grund av vårdslöshet, ”dock icke i större omfattning än att E genom skadeståndet ekonomiskt försattes i samma belägenhet som om dylikt vilseledande ej förekommit”.¹⁴⁵

Lehrberg har framhållit att den traditionella utgångspunkten, att ersättningen beräknas till det negativa intresset, orsakar vissa svårigheter vid culpa in contrahendo, eftersom den uppkomna skadan i samband med avbrutna förhandlingar om ett företagsförvärv inte alltid begränsar sig till extrakostnader. Tvärtom är det i dessa situationer ofta fråga om kostnader som motparten skulle ha haft i alla fall, men som hon nu inte får ersättning för genom förvärvsavtalet. Vid culpa in contrahendo torde därför viss ersättning kunna utgå utöver det negativa intresset. De utgifter som *Lehrberg* anser kan bli ersatta är i första hand positiva utgifter inom ramen för det negativa intresset. Härmed avses exempelvis lön till anställd eller särskilt anlitad personal för arbetet med projektet som blivit onyttig, material för prospektering, undersökningar, till exempel tekniska och ekonomiska och så vidare.¹⁴⁶ Vid avbrutna förhandlingar om ett företagsförvärv bör således ersättning utgå för kostnader för olika rådgivare och konsulter, bland annat ekonomer och jurister, samt interna kostnader hos parten själv. Förekommande förberedande åtgärder, såsom finansiella eller organisatoriska, utförda av köparen, säljaren eller målföretaget faller också under de positiva utgifter som kan utgå inom ramen för det negativa

¹⁴³ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 94-95. Se också B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, 2006, s. 152.

¹⁴⁴ B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, 2006, s. 152.

¹⁴⁵ NJA 1963 s 105, se s. 109.

¹⁴⁶ B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, 2006, s. 152.

intresset. För det fallet en utgift blir till nytta för ett ersättningsavtal med annan – som inte hade kunnat ingås om det första avtalet realiserats – föreligger sannolikt inte rätt till ersättning för utgiften.¹⁴⁷

Ersättning för förlorade intäkter på grund av förhandling om företagsförvärv ligger egentligen utanför ramen för det negativa intresset. Det torde därför vara svårt att få ersättning för indirekta kostnader som att alternativa förhandlingsspår övergivits med mer, vilka vanligen också är mycket svåra att uppskatta och bevisa. *Lehrberg* påpekar dock att det trots detta råder ganska stor enighet om att viss ersättning skall kunna utgå. Ersättningen är emellertid svårt att beräkna och skadornas adekvans svårbedömd varför ett schablonmässigt påslag på övriga kostnader kan tänkas utgå.¹⁴⁸ Även *Adlercreutz* har framhållit att skadestånd vid culpa in contrahendo vanligen utgår i form av ersättning för kostnader och utgifter till ingen nytta, det vill säga det negativa intresset, men att även andra poster kan tänkas tillkomma.¹⁴⁹ I NJA 1963 s 105, där skadestånd på grund av culpa in contrahendo utdömdes, var en ledamot i HD av uppfattningen att ersättning borde utdömas enligt det positiva intresset (majoriteten utdömde skadestånd enligt det negativa intresset). Ledamoten framhöll att det upprättade arbetskontraktet mellan bolaget och E, vilket sänts till E i Venezuela, inte innehöll något förbehåll om att för bolagets bundenhet skulle erfordras bolagsstämmans godkännande, och E hade inte, innan han erhöll kontraktet, på annat sätt blivit underrättad om nämnda villkor. E:s uppgift om att han trott, att avtalet gällde mot bolaget, borde därför godtagas. Den skiljaktige ledamoten anförde på grund därav att ”skadeståndet skall bestämmas sålunda, att E gottgöres den förlust han lidit genom att han ej kunnat göra kontraktet gällande mot bolaget, och bör följaktligen beräknas med utgångspunkt från kontraktets bestämmelser”.¹⁵⁰

Värt att nämna är att storleken på ett eventuellt skadestånd på grund av culpa in contrahendo även har diskuterats vid ett nordiskt juristmöte i Oslo år 1984. Mötet behandlade framförallt letters of intent varvid diskussion rörande skadeståndsansvaret för den som har använt avsiktsförklaring på ett orimligt sätt, exempelvis utan rimligt skäl avbryter förhandlingarna och drar sig tillbaka, uppkom”. Den danske rättsvetenskapsmannen Bernhard Gomard uttalade då att det negativa intresset som mått på skadeståndet är en lämplig utgångspunkt, men ett visst tillägg för ”bruttoavance”¹⁵¹ - varmed troligen avses tillägg för att företagsledningen och annan personal engagerats – torde kunna utgå. Gomards uppfattning tar framförallt sikte på situationen då part vägrat att fullfölja en avsiktsförklaring till ett definitivt avtal, något som kan bli aktuellt vid ett företagsförvärv där parterna vanligen författar ett letter of intent.¹⁵²

¹⁴⁷ B. Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, 2006, s. 152.

¹⁴⁸ B. Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, 2006, s. 152-153.

¹⁴⁹ A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 110.

¹⁵⁰ NJA 1963 s 105, s. 113.

¹⁵¹ B. Gomard, *Letters of intent (hensigtserklaringer)*, NJM 1984 I s. 309-310.

¹⁵² B. Gomard, *Letters of intent (hensigtserklaringer)*, NJM 1984 I s. 245ff och s. 308 – 310. Se också Adlercreutz diskussion rörande det nordiska juristmötet 1984 i A.

Skadestånd till det positiva kontraktsintresset, det vill säga ersättning för alla förluster på grund av att förvärvsprocessen inte leder till ett förvärvsavtal och även för utebliven vinst, kan främst komma i fråga då en utfästelse har lämnats. I detta fall blir det fråga om ett inomobligatoriskt skadeståndsansvar och den skadeståndsberättigade skall försättas i samma läge som om företagsförvärvet genomförts.¹⁵³

5.2 Jämkning

Utgångspunkten är att den skadeståndsskyldige skall ersätta hela den skadelidandes förlust enligt skadeståndsberäkningen ovan i kapitel 5.1. Den skadelidande kan dock genom sitt handlande gå miste om skadestånd som eljest skulle tillfalla honom.

Enligt SkL 6:1 andra stycket kan skadestånd med anledning av ren förmögenhetsskada jämkas, om vållande på den skadelidandes sida har medverkat till skadan. Jämkning kan sålunda ske även till följd av medvållande, inte av den skadelidande själv utan av en annan person, anställd eller vissa andra medhjälpare eller liknande till den skadelidande, så kallad passiv identifikation. Situationen bedöms då på samma sätt som om den skadelidande själv varit medvållande.¹⁵⁴ Vid ett företagsförvärv torde sålunda jämkning kunna ske på grund av medvållande av förhandlingsparts företrädare, företrädare för målbolaget (på säljarens sida), men också med anledning av vållande av rådgivare och konsulter till förhandlingsparten.

Jämkning av skadeståndet sker efter vad som är skäligt med hänsyn till graden av vållande på ömse sidor och omständigheterna i övrigt, se SkL 6:1 tredje stycket. Traditionellt jämkas till viss kvotdel av skadan varvid främst skuldgraden, särskilt hos den skadelidande, beaktas. Följden av medverkan genom vållande är sålunda jämkning, inte att skadestånd helt utesluts. Det kan dock förekomma att skadestånd jämkas till noll, varpå resultatet är detsamma som att skadestånd ej utgår. I bedömningen tas hänsyn till hur stor del av skadan som medvållandet kan anses ha orsakat och också parternas ekonomiska förhållanden (särskilt om nedsättningen kan bli oskäligt hård mot den skadelidande, samtidigt som den ansvarige är försäkrad).¹⁵⁵ Vid ett företagsförvärv är parternas ekonomiska förhållanden i stor utsträckning jämgoda varför bedömningen härvid först och främst tar sikte på skuldgraden och hur stor del av skadan som kan anses ha orsakats av medvållandet.

SkL 6:2, vilken är tillämplig även vid culpa in contrahendo, stadgar att jämkning vidare kan ske då skyldighet att utge skadestånd är oskäligt

Adlercreutz, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, 1987, s. 496.

¹⁵³ B. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, 2006, s. 152.

¹⁵⁴ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 229.

¹⁵⁵ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 221 och 227-228.

betungande med hänsyn till den skadeståndsskyldiges ekonomiska förhållanden. Skadeståndet kan då jämkas efter vad som är skäligt, varvid även den skadelidandes behov av skadeståndet och övriga omständigheter skall beaktas. Regeln har sin bakgrund i ansvarsförsäkringens betydelse för den utomobligatoriska skadeståndsrätten då det normala är att skadestånden utgår ur den skadeståndsskyldiges ansvarsförsäkring. Saknas dylik försäkring eller därest den inte täcker skadan kan full skadeståndsskyldighet leda till krav som i värsta fall blir ruinerade för en enskild person som skadeståndsskyldig. Då skadeståndsskyldigheten täcks av ansvarsförsäkring kommer jämkning därför inte i fråga eftersom jämkning förutsätter att skadeståndsskyldigheten är oskäligt betungande. På belopp överstigande ansvarsförsäkringens begränsade ansvarsbelopp svarar den skadeståndsskyldige ensam varför jämkning på detta belopp kan bli aktuellt. Här bör noteras att inte endast om ansvarsförsäkring finns utan också om den skadeståndsskyldige borde ha tecknat ansvarsförsäkring, men inte gjort så, anses jämkning inte komma i fråga. En sådan skyldighet att teckna ansvarsförsäkring anses i allmänhet åligga företag men inte privatpersoner.¹⁵⁶ Parter vid företagsförvärv utgörs ofta av större, förmögna, juridiska personer vilka således får anses ha en hög tröskel innan ett skadestånd kan anses vara oskäligt betungande. Vidare åligger parterna en skyldighet att teckna ansvarsförsäkring, delvis på grund av de juridiska personernas storlek men också till följd av den risk som affärer likt företagsförvärv får anses innebära. Det ska också påpekas att jämkningsregeln i 6:2 haft ringa praktisk betydelse vid ansvar för oaktsamhet och endast tillämpats i några få undantagsfall.¹⁵⁷

Liksom inom kontraktsrätten, gäller som allmän princip att den skadelidande skall söka begränsa sin skada och företa skadebegränsande åtgärder.¹⁵⁸ Den skadelidande har således ett motiv för att iaktta aktsamhet, enär hon kan gå miste om en del av skadeståndet på grund av medvållande.

¹⁵⁶ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 425-429.

¹⁵⁷ J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 2006, s. 429.

¹⁵⁸ J. Hellner, R. Hager & A H. Persson, Speciell avtalsrätt II – Kontraktsrätt, 2006, s. 228. Se också J. Kleineman, Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, 1993, s. 459.

6 Avslutning

Vid förhandlingar om företagsförvärv är sammanfattningsvis utgångspunkten att part förhandlar på egen risk med innebörden att han eller hon inte kan räkna med att få ersättning för sina utgifter och än mindre för uteblivna fördelar, när förhandlingarna inte lett till avtal. Skadeståndsskyldighet på grund av vårdslöshet vid avtals ingående kan dock uppstå enligt rättsfiguren culpa in contrahendo, vilket är tänkt att bidra till att förhandlande parter agerar lojalt.

Det prekontraktuella skadeståndsansvaret vid företagsförvärv förutsätter att en rad förutsättningar, objektiva och subjektiva, är för handen. Parts möjlighet till ersättning för ren förmögenhetsskada på grund av culpa in contrahendo grundar sig på den i praxis och doktrin utvecklade lojalitetsplikten, vilken är en allmän rättsgrundsats som inte finns uttryckt i någon lagregel. Lojalitetsplikten inträder då förhandlingarna och relationen mellan parterna nått en viss tidpunkt och innebär att part har en skyldighet att inom vissa gränser beakta och bevaka sin motparts intressen. Vid företagsöverlåtelser upprättar parterna vanligt olika prekontraktuella avtal, framförallt letters of intent och sekretessavtal. Dyliga avtal är inte avgörande för lojalitetspliktens inträde, men kan ha en stärkande effekt.

För att ett prekontraktuellt skadeståndsansvar skall aktualiseras krävs vidare att det uppkommit en skada, i förevarande fall ren förmögenhetsskada och att det föreligger adekvat kausalitet mellan förhandlingspart handling och inträffad skada. Bedömningen i dessa båda fall avviker inte nämntvärt från sedvanlig utomobligatorisk skadeståndsrätt.

De subjektiva rekvisiten för ett ansvar enligt culpa in contrahendo vid företagsförvärv innebär att den uppkomna skadan måste ha vållats av culpa, det vill säga uppsåt eller oaktsamhet. Det blir här närmast aktuellt med en fri culpabedömning där hänsyn tas främst till risken för skada, den sannolika skadans storlek, möjligheterna att förekomma skadan och den handlandes möjligheter att inse risken för skada. Vid sidan av den fria bedömningen tas även hänsyn till eventuella prekontraktuella avtal och deras innehåll. I doktrin har framhållits att den affärsetiska normen och den skadelidandes befogade tillit bör utgöra utgångspunkt för culpabedömningen. En annan mening som har kommit till uttryck i doktrin är att en vanlig, fri, culpabedömningen är allt för snäv och ett ansvar för culpa in contrahendo skall kunna inträda även när beteendet inte kan klassificeras som klandervärt. I stället för eller snarare som en komplettering till en snäv culpabedömning kan skadeståndsskyldigheten avgöras genom en riskfördelningsbedömning.

Vid culpa in contrahendo i samband med ett företagsförvärv bär den skadelidande förhandlingsparten bevisbördan och måste sålunda bevisa att hon har lidit skada, att skadan uppkommit som en adekvat följd av

motpartens agerande, att motpartens handlande varit culpöst samt omfattningen av skadan.

Den skada som kan utgå vid bevisat culpa in contrahendo uppgår i huvudregel till det negativa kontraktsintresset. I doktrin diskuteras och påpekas att viss ersättning utöver det negativa kontraktsintresset kan utgå, framför allt utgifter inom ramen för det negativa intresset. Härmed avses exempelvis lön till anställd eller särskilt anlita personal för arbetet med projektet som blivit onyttig, material för prospektering, undersökningar, till exempel juridiska, ekonomiska och tekniska och så vidare.

För att undvika uppkomsten av en lojalitetsplikt eller anspråk på grund av culpa in contrahendo kan parterna, vilket också är brukligt, vid förhandling om ett företagsförvärv i ett letter of intent uttryckligen ange att något avtal eller andra förpliktelser ej skall uppkomma förrän ett förvärvsavtal är upprättat och undertecknat. På så vis kan part undvika att drabbas av anspråk på grund av culpa in contrahendo vid avbrutna förhandlingar.

Lojalitetsplikten innebär inte att part är förhindrad att avbryta förhandlingarna vid ett företagsförvärv. Det är vanligt förekommande att förhandlingarna avbryts på grund av att någon yttre omständighet förändras, antingen genom någon form av due diligence-finding eller exempelvis att en bankfinansiering inte går igenom eller motsvarande. Det händer givetvis också att parterna helt enkelt inte kommer överens om någon viktig förhandlingsfråga och att ena parter därför avbryter diskussionen. Det kan med andra ord finnas legitima skäl att avbryta avtalsförhandlingarna, även om det vid långtgångna förhandlingar blir svårare att hävda att omständigheterna ger rätt att avbryta, men part har en skyldighet att beakta och bevaka sin motparts intressen vid ett eventuellt frånträdande.

Rättsfiguren culpa in contrahendo bidrar till att parterna vid förhandling om ett företagsförvärv uppträder lojalt och därmed också till att trovärdigheten för avtalsinstitutet upprätthålls. Trots att viss osäkerhet kan anses råda om rättsfigurens innehåll och räckvidd torde rättsläget kunna ses som tillfredställande och förutsägbart. Osäkerheten kring vad en process kan leda till kan verka avskräckande på processvilligheten, men det är dock svårt att se hur enklare och/eller klarare regler skulle utformas utan att inkräkta på förhandlingsfriheten. Det måste finnas legitima skäl för att avbryta en förhandling om företagsförvärv och om regelverket ändras för att underlätta processer om culpa in contrahendo kan detta riskera att inverka menligt på parternas vilja att påbörja diskussioner.

Det finns dock vissa sidor av det prekontraktuella ansvaret som är mer oklara än andra och där doktrin uppvisar olika, ibland motsägelsefulla, åsikter. Rättsläget torde därför kunna tydliggöras, och på så sätt öka förutsebarheten, vad gäller exempelvis culpabedömningen och skadeståndsberäkningen. Det får anses oklart vilka aspekter som skall beaktas i culpabedömningen, trots att det ytterst handlar om en bedömning i det enskilda fallet varför det finns ett behov av generella

bedömningskriterier. Även avseende skadeståndsberäkningen uppvisar doktrin, och i viss mån praxis, splittrade åsikter. Ett tydliggörande på dessa punkter torde inte nämnvärt påverka möjligheterna till ett skadestånd men klargöra hur ett culpöst beteende vid avtals ingående och hur eventuell ersättnings storlek bör fastställas.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Proposition 1988/89:76 om ny köplag

Proposition 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter

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

Litteratur

Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt 1, 12:e upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund, 2002

Ekelöf, Per Olof och Boman Robert, Rättegång, fjärde häftet, 6 upplagan, Norstedts Juridik, Göteborg 1992

Grönfors, Kurt, Avtalslagen, 3:e upplagan, Nerenius & Santérus, Stockholm, 1995

Grönfors, Kurt Avtalsgrundande rättsfakta, Nerenius & Santérus Förlag, Göteborg, 1993

Hedwall, Mattias, Tolkning av kommersiella avtal, 2:a upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2004

Hellner, Jan och M. Radetzki, Skadeståndsrätt, 7:e upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2006.

Hellner, Jan och Hager, Richard och Person, Annina H, Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt. Andra häftet. Allmänna ämnen, Norstedts Juridik, 4:e upplagan, Stockholm, 2006

Hellner, Jan, Kommersiell avtalsrätt, 4 upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1993.

Holm, Anders, Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, UniTryck, Linköping, 2004

Holmgren, S, Lundquist, D, Letter of Intent –värt mer än pappret?, Studentlitteratur, Lund 1993

Hultmark, Christina, Upplyningsplikt vid ingående av avtal, Juristförlaget, Stockholm, 1993

Hultmark, Christina, Kontraktsbrott vid köp av aktie – särskilt om fel, Juristförlaget, Stockholm 1992

Håstad, Torgny, Den nya köprätten, 5 upplagan, Iustus förlag, Uppsala 2003

Jareborg, Nils, Allmän kriminalrätt, Iustus Förlag, Uppsala, 2001

Karlgren, Hjalmar Avtalsrättsliga spörsmål, 2 upplagan, Norstedt Juridik, Stockholm, 1954

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

Lehrberg, Bert, Avtalsrättens grundelement, 2:a upplagan, I.B.A., Uppsala, 2006

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, 6:e upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2005

Ramberg, Jan, Köplagen, 1 upplagan, Fritzes förlag, Stockholm, 1995

Rohde, Knut, Obligationsrätt, Norstedts, Stockholm, 1984

Rohde, Knut, Lärobok i obligationsrätt, 6:e upplagan, Norstedts, Stockholm, 1986

Sevenius, Robert, Företagsförvärv – en introduktion, Studentlitteratur, Lund, 2003

Taxell, Lars Erik, Avtalsrätt: bakgrund, sammanfattning, utblick, Norstedts Juridik, 1997

Vahlén, Lennart, Avtal och tolkning, Norstedt, Stockholm, 1960

Artiklar och periodiskt tryck

Adlercreutz, Axel, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar andra fall av ofullständiga avtal (avtal om 'letters of intent', principöverenskommelser mm), SvJT 1987

Gomard, Bernhard, Letters of intent (hensigtserklaringer), NJM 1984 del I

Herre, Johnny, Svensk rättspraxis: Förmögenhetsrätt 1978-2004, SvJT 2005

Johansson, Anders, Undersökningsplikt vid aktiebolagsförvärv, SvJT 1990

Karnell, Gunnar, Om värdefel vid överlåtelse av rörelsedrivande aktiebolag, Festskrift till Knut Rohde – Studier i krediträtt och associationsrätt, Nordstedts förlag, Stockholm, 1976

Kleineman, Jan, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, JT 1991/92

Kleineman, Jan, Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga principer, JT 1993/94

Lindskog, Stefan, Något om köprättsligt fel i rörelsedrivande aktiebolag, Festskrift till Gotthard Calissendorff, Norstedts förlag, Stockholm, 1990

Nicander, Hans, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållandet, JT 1995/96

Regnér, Emma, Varför inte lojalitetsplikt? JT 2001/02

Sacklén, Mats, Om felansvar vid aktieköp, SvJT 1993

Sevenius, Robert, Due diligence eller garantier – en fråga om antingen eller?, Balans nr 2, 2003

Sohlberg, Stig Ingående av avtal – Back to Basics, JT 1993-94

Svernlöv, Carl, Sekretessavtal, Balans nr 3, 2004

Svernlöv, Carl, Letter of Intent, Balans nr 3, 2004

Svernlöv, Carl, Företagsundersökning, Balans nr 4, 2004

Svernlöv, Carl, Förvärvsavtalet och dess garantier, Balans nr 5, 2004

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1994 s 204

NJA 1993 s 41 I och II

NJA 1991 s 808

NJA 1990 s 745

NJA 1986 s 696

NJA 1978 s 147

NJA 1977 s 105

NJA 1977 s 92

NJA 1976 s 341

NJA 1963 s 105

NJA 1962 s 276

Hovrätten

RH 1999:138

Arbetsdomstolen

AD 157/1994

Skiljedom

Årsskrift från Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstitut, Svensk och internationell skiljedom, 1986, s. 47-58