



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Fredrik Christiansson

Prekontraktuellt  
utomobligatoriskt  
skadeståndsansvar - en  
rättsekonomisk analys

Examensarbete  
30 högskolepoäng

Jur. dr Ola Svensson

Allmän förmögenhetsrätt

HT 2009

# Innehåll

|  |           |
|--|-----------|
| <b>FÖRORD</b>  | <b>1</b>  |
| <b>SUMMARY</b>   | <b>2</b>  |
| <b>SAMMANFATTNING</b>                                    | <b>3</b>  |
| <b>FÖRKORTNINGAR</b>                                     | <b>4</b>  |
| <b>1 INLEDNING</b>                                       | <b>5</b>  |
| 1.1 Introduktion och syfte                               | 5         |
| 1.2 Frågeställning                                       | 6         |
| 1.3 Avgränsning  | 6         |
| 1.4 Disposition  | 7         |
| 1.5 Metod och material                                   | 8         |
| 1.5.1 Rättsdogmatisk metod                               | 8         |
| 1.5.2 Rättsekonomisk metod                               | 8         |
| 1.5.3 Rättsekonomiska antaganden                         | 9         |
| <b>2 EKONOMISKA TEORIER</b>                              | <b>11</b> |
| 2.1 Ekonomisk effektivitet och rationella val            | 11        |
| 2.2 Marknadsteorin och paretooptimalitet                 | 13        |
| 2.3 Spelteori  | 14        |
| 2.4 Transaktionskostnader                                | 15        |
| 2.5 Riskfördelning                                       | 16        |
| 2.6 Externaliteter                                       | 17        |
| <b>3 RÄTTSEKONOMISK OMSÄTTNING AV EKONOMISKA TEORIER</b> | <b>19</b> |
| 3.1 Avtalsinstitutet                                     | 19        |
| 3.1.1 Samarbete och påföljder                            | 19        |
| 3.1.2 Tillitprincipens betydelse                         | 21        |
| 3.1.3 Transaktionskostnader                              | 21        |
| 3.2 Skadeståndsinstitutet                                | 22        |

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| <b>4</b> | <b>SVENSK SKADESTÅNDRÄTT</b>                                       | <b>24</b> |
| 4.1      | Gränsdragning mellan inom- och utomobligatoriska förhållanden      | 24        |
| 4.2      | Ren förmögenhetsskada  | 25        |
| <b>5</b> | <b>AVTALSBUNDENHET OCH DESS BAKOMLIGGANDE PRINCIPER</b>            | <b>27</b> |
| 5.1      | Definition av avtalsbundenhet                                      | 27        |
| 5.2      | Avtalets bakomliggande principer                                   | 28        |
| 5.3      | Krav på avtalsinnehållet   | 29        |
| 5.4      | Avtalad förhandlingsordning  | 30        |
| 5.5      | Letter of intent (LOI)   | 30        |
| <b>6</b> | <b>PREKONTRAKTUELLT SKADESTÅNDSANSVAR</b>                          | <b>33</b> |
| 6.1      | Allmänna reflektioner utifrån föreliggande rättspraxis             | 33        |
| 6.1.1    | NJA 1963 s. 105  | 33        |
| 6.1.2    | NJA 1978 s. 147  | 34        |
| 6.1.3    | NJA 1990 s. 745  | 34        |
| 6.1.4    | Sammanfattning   | 35        |
| 6.2      | Prekontraktuellt lagstadgat ansvar                                 | 35        |
| 6.2.1    | Ansvaret för lämnade uppgifter                                     | 36        |
| 6.2.2    | Kontraktuell upplysningsplikt                                      | 39        |
| 6.2.3    | Avtalsrättsliga prekontraktuella regler                            | 40        |
| 6.2.4    | Prekontraktuellt sekretessansvar                                   | 40        |
| 6.3      | Prekontraktuellt ansvar på utomobligatorisk grund                  | 41        |
| 6.3.1    | Avgränsande faktorer   | 41        |
| 6.3.1.1  | Lojalitetsplikten  | 42        |
| 6.3.1.2  | Befogad tillit   | 43        |
| 6.3.2    | Formalavtalens betydelse   | 44        |
| 6.3.3    | Parallella avtalsförhandlingar                                     | 45        |
| 6.3.4    | Utlösande faktorer   | 45        |
| 6.4      | Betydelsen av subjektiva rekvisit                                  | 46        |
| <b>7</b> | <b>RÄTTSEKONOMISK ANALYS AV PREKONTRAKTUELLT SKADESTÅNDSANSVAR</b> | <b>48</b> |
| 7.1      | Inledande anmärkningar   | 48        |
| 7.2      | Utgångspunkten – det hypotetiska kontraktet                        | 49        |
| 7.2.1    | Ekonomisk rationalitet och parternas hypotetiska kontrakt          | 52        |
| 7.2.2    | Överenskommelser om kostnadsfördelningen                           | 52        |
| 7.2.3    | Förhandlingsvillkor – lojalitet och befogad tillit                 | 54        |
| 7.3      | Spelteori och det hypotetiska kontraktet                           | 55        |

|     |  |    |
|-----|--|----|
| 7.4 | Transaktionskostnader och det hypotetiska kontraktet | 56 |
| 7.5 | Lagstiftningsmöjligheter                             | 58 |
| 7.6 | Beräkning av ersättning                              | 60 |
| 8   | SLUTSATS   | 63 |
|     | KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING                      | 66 |
|     | RÄTTSFALLSFÖRTECKNING                                | 68 |

# Förord

Att skriva examensarbete har varit ömsom vin, ömsom vatten. Inledningsvis var det svårt att fastställa ämne och avgränsa sig, och det var inte alltid kul att sitta inne och skriva när solen sken utanför fönstret. Allt eftersom bitarna började falla på plats och jag trängde djupare in i ämnet uppstod dock ett allt större intresse för uppgiften som sådan. Efter ett tag var man så djupt inne i ämnet att det emellanåt var svårt att slita tankarna från det. Till sist förelåg ett resultat som man kan kalla färdigt. Jag skulle vilja tacka alla som har hjälpt mig med arbetet. Ett stort tack till Setterwalls Advokatbyrå som har tagit emot mig som uppsatspraktikant och kommit med tips och synpunkter på mitt arbete så att det blivit ännu bättre. Min handledare Carl-Johan Bune tackas för sitt engagemang, intresse, sina synpunkter och reflektioner. Tack vare dessa har arbetet fått en större koppling till det praktiska affärlivet, och utan detta hade arbetet inte haft den kvalité det har idag. Vidare vill jag tacka min familj samt mina vänner för korrekturläsning och uppmuntran när motivationen svikit. Slutligen vill jag tacka min handledare på Juridicum, Ola Svensson, för sitt stora engagemang i ämnet, för tips, idéer och diskussioner. Hur som helst, arbetet är klart. Hoppas det skall väl smaka!

# Summary

This essay investigates the possibility to use a pre-contractual basis for liability in order to receive private law compensation when the negotiations between parties have not resulted in a binding contract. The essay solely focuses on the compensation of pure economic losses that have arisen out of such a situation. Since there is no legislation to support such a claim in the Swedish legal system, the claim must be based on legal principles, legal practice and doctrine. However, I also use a selection of contract law regulations in order to ascertain what should be regarded as existing law on the area. The result from the investigation is finally analyzed from an economic point of view in order to ascertain whether the current regulation and application is economically efficient or not.

To receive compensation for pure economic losses when there is no binding contract between the parties, the court first has to demarcate the potentially liable group. This is done using the principle of loyalty or determining the degree of justified trust between the parties. The second step is, with the help of all circumstances of the case, determine whether the liability has been triggered. In this part, both loyalty and justified trust plays a vital part, as well as determining whether the party at fault acted blameworthy or not. According to the essay, the principal of loyalty is the key factor to demarcate the potentially liable group. The determination of the degree of trust has, according to the laws of economics, a more vital role as a factor that can trigger liability as well as a factor to determine the appropriate level of compensation. In order for the level of compensation to be economically efficient, it should only include costs assigned to the optimal level of trust.

By using a hypothetical contract, the current regulation and application of private law compensation when a contract has not been reached is deemed economically efficient. According to the hypothetical contract, two commercial parties will, in accordance with the existing main rule in Swedish law, carry their own costs until a contract has been reached. The hypothetical contract also lays out the rules for the negotiation, which will influence the assessment of the degree of loyalty between the parties.

One possible solution to further increase the economical efficiency would be to introduce permissive legislation in accordance with the hypothetical contract. With such a solution, the parties would not have to negotiate the question at hand unless they want to deviate from the legislation. This would primary apply to specific areas that need specific solutions, such as negotiations involving parties-specific investments.

Finally, the level of compensation should be calculated with consideration of the level of optimal trust in order to be economically efficient. Nevertheless, the existing standard rule that the compensation should correspond to the negative costs of contract is efficient since, in most cases, it is not possible for the courts to considerate the actual costs in proportion to the optimal level of trust.

# Sammanfattning

Det prekontraktuella skadeståndsansvaret på utomobligatorisk grund är ett rättsområde som i princip inte är lagstiftat utan som bygger på allmänna rättsgrundsatser, principer, doktrin och rättspraxis. För att avgränsa den ersättningsskyldiga kretsen bör i första hand förekomsten av en lojalitetsplikt bedömas, eftersom detta är den mest rättsekonomiskt effektiva lösningen. Lojalitetsplikten innebär nämligen att transaktionskostnaderna minskar vilket i sig är ekonomiskt effektivt. I nästa steg måste en bedömning ske huruvida det föreligger tillräckligt utlösande faktorer för att ansvar skall kunna utgå. De utlösande faktorerna är flera till antalet, men i princip går merparten att hänföra till lojalitetsplikten eller om det förelegat befogad tillit eller inte. Av central betydelse är även huruvida det förekommit någon form av culpöst eller illojalt beteende från skadevällaren, där en mer ekonomiskt effektiv lösning hade varit att ta hänsyn till vilken av parterna som står närmast att bära risken för skadan.

Genom att tillämpa ett hypotetiskt kontrakt i den rättsekonomiska analysen framstår den nuvarande tillämpningen och regleringen av det prekontraktuella skadeståndsansvaret som ekonomiskt effektivt. Det hypotetiska avtalet är det avtal som parterna hade ingått om de varit ekonomiskt rationella, fullt ut informerade och transaktionskostnaderna varit noll. I ett genomsnittligt hypotetiskt kontrakt hade kommersiella parter kommit överens om att vardera part i enlighet med vigilansprincipen fått stå sina kostnader under avtalsförhandlingarna. Det är först när någon av parterna är riskaversiv som placeringen hade sfrångått huvudregeln.

Genom att införa dispositiva rätt avseende prekontraktuellt utomobligatoriskt skadestånd hade den ekonomiska effektiviteten kunnat öka genom att transaktionskostnaderna för merparten av typsituationerna minskat. Genom att de dispositiva reglerna utformas i enlighet med resultatet av det hypotetiska kontraktet uppnås ekonomisk effektivitet. Därigenom kan parterna i normalfallet underlåta att behandla denna fråga under avtalsförhandlingarna vilket sänker transaktionskostnaderna samtidigt som det sannolikt ligger i parternas intresse att slippa förhandla dessa frågor.

En svårighet med att införa dispositiva regler är att de tenderar att bli alltför generella, vilket gör att rättsläget blir osäkert och den önskade effektivitetsökningen minskar. En möjlig lösning hade här varit att identifiera specifika problemområden och avgränsa lagstiftningen till dessa. Ett sådant är förhandlingssituationer med relationsspecifika investeringar.

Nivån på ersättning för ett utomobligatoriskt prekontraktuellt skadeståndsansvar bör beräknas utifrån en tillitsbaserad beräkningsmetod där endast kostnader som är hänförliga till skadelidandes optimala tillit skall ersättas. I praktiken förefaller dock tillämpningen av den nuvarande schablonreglen med det negativa kontraktintresset vara en ekonomiskt effektiv utgångspunkt för domstolarna eftersom det är svårt att bedöma de specifika kostnader och korresponderande optimal tillit i det specifika fallet.

# Förkortningar

|      |   |
|------|---|
| AvtL | Avtalslagen                                     |
| DWL  | Dead Weight Loss                                |
| FHL  | L(1990:409) om skydd för<br>företagshemligheter |
| HD   | Högsta domstolen                                |
| HovR | Hovrätten                                       |
| JB   | Jordabalken                                     |
| JT   | Juridisk tidskrift                              |
| KKL  | Konsumentköplagen                               |
| KtjL | Konsumenttjänstlagen                            |
| KöpL | Köplagen  |
| LOC  | Letter of comfort                               |
| LOI  | Letter of Intent                                |
| NJA  | Nytt juridiskt arkiv                            |
| Prop | Proposition                                     |
| RH   | Rättsfall från Hovrätten                        |
| SkL  | Skadeståndslagen                                |
| SvJT | Svensk Juristtidning                            |
| Tfr  | Tidsskrift för rettsvitenskap                   |
| TR   | Tingsrätten                                     |
| ÄB   | Ärvdabalken                                     |



# 1 Inledning

## 1.1 Introduktion och syfte

Möjligheterna att erhålla skadestånd för ren förmögenhetsskada på utomobligatorisk grund utan att brott föreligger är starkt begränsad i den svenska rättsordningen. Samtidigt är det uppenbart att företag drar på sig omfattande kostnader i samband med avtalsförhandlingar, kostnader som de själva får stå för om inte avtalsförhandlingarna löper i hamn. Den ökande internationaliseringen gör också att svenska företag allt oftare genomför avtalsförhandlingar med utländska bolag som kanske har en helt annan uppfattning om när avtalsbindning uppkommer mellan parterna. Rättsfigurer såsom Letter of Intent och andra avsiktsförklaringar luckrar till viss del upp den sedan lång tid tillbaka existerande huvudregeln att vardera part ska stå sina kostnader innan slutligt avtal kommit till stånd. Lojalitetsplikten ställs mot vigilansprincipen.<sup>1</sup> Man kan med rätta fråga sig vilka faktorer som påverkar möjligheterna att erhålla ersättning för kostnader som uppstått under förhandlingsstadiet och hur dessa är reglerade. Finns det några möjligheter för parterna att förhindra att ett ansvarsförhållande uppkommer redan på förhandlingsstadiet och därmed grundar rätt till ersättning i vissa särskilda situationer?

Ett annat minst lika centralt belysningsperspektiv som jurister ofta bortser ifrån är vilka samhällsekonomiska effekter en rättslig bestämmelse får. Genom att använda sig av en traditionell rättsdogmatisk analysmetod missar ofta jurister det ekonomiska perspektivet, ett perspektiv som spelar stor roll i samhället och som påverkar vilken rättslig lösning som lagstiftaren väljer att förordna. Det är här ekonomiska teorier och modeller får särskild betydelse. Genom att anlägga ett rättsekonomiskt perspektiv på ett problem belyses vilken ekonomisk påverkan som en rättslig bestämmelse får.

Syftet med uppsatsen är att utifrån rättsdogmatisk och rättsekonomiska teorier problematisera och analysera den rådande rättsliga regleringen av prekontraktuellt skadeståndsansvar på utomobligatorisk grund. Inriktningen är det kommersiella området varför konsumentförhållanden ej avhandlas. För att möjliggöra analysen kommer ett antal rättsekonomiska teorier att förklaras och appliceras på rådande rättsregler och rättsfall. Syftet med uppsatsen är att belysa problem med den rådande regleringen och, om möjligt, ge förslag på lösningar och synsätt för att uppnå största möjliga ekonomiska effektivitet i rättsreglerna och därmed även i förlängningen för samhället.

---

<sup>1</sup> Vigilansprincipen innebär i korthet att vardera part får stå risken för sina åtaganden under till exempel avtalsförhandlingar, se vidare avsnitt 5.1.1.

## 1.2 Frågeställning

De centrala frågeställningarna som lyfts fram i arbetet och som analyseras och besvaras är följande:

- *Finns det någon form av gemensamma principer som styr prekontraktuellt skadeståndsansvar på utomobligatorisk grund och hur förhåller de sig till varandra?*
- *Är den rådande regleringen av prekontraktuellt skadeståndsansvar i svensk rätt ekonomiskt effektiv?*
- *Finns det någon lösning som är ekonomiskt mer effektiv och i så fall vilken?*

## 1.3 Avgränsning

Ämnet befinner sig i gränslandet mellan obligationsrätt, avtalsrätt och skadeståndsrätt, varför utvecklingar skulle kunna göras in i samtliga dessa discipliner. Ett ämne som detta måste därför avgränsas på något sätt. Jag har valt att till största del anlägga ett avtalsrättsligt perspektiv på problematiken, med de eventuella brister som detta kan tänkas medföra. Som exempel kommer jag endast att inledningsvis och övergripande behandla förhållandet mellan det inom- och utomobligatoriska skadeståndsansvaret. Då syftet med uppsatsen är att beskriva just prekontraktuellt skadestånd så är det inte heller av intresse att närmare belysa till exempel kontrollansvaret som förekommer i obligationsrättsliga förhållanden. Däremot kan obligationsrättsliga regler rörande prekontraktuellt ansvar vara av visst intresse även på det utomobligatoriska området. Sammantaget är min ambition att behandla prekontraktuellt skadeståndsansvar på utomobligatorisk grund utifrån en avtalsrättslig bedömningsmall med beaktande av de regler som finns inom obligationsrätten.

I och med valet av ämne, ”Prekontraktuellt utomobligatoriskt skadeståndsansvar”, följer en del avgränsningar. Först och främst vad gäller skadetyper så följs den inom skadeståndsrätten fastlagda uppdelningen i person-, sak-, eller förmögenhetsskada. I arbetet kommer endast ansvar för ren förmögenhetsskada att behandlas.<sup>2</sup> Anledningen till detta är att denna skadetyper är den i särklass vanligaste när det talas om skador i kommersiella förhållanden mellan två parter.

I nästa steg måste även begreppet prekontraktuellt skadeståndsansvar kommenteras. Traditionellt sett brukar i dessa sammanhang enbart talas om culpa in contrahendo, det vill säga vårdslöshet i avtalsförhandlingar i de fall där ett avtal aldrig kommer till stånd. Detta prekontraktuella ansvar hänförs sig således till det utomobligatoriska området då inget avtalsförhållande föreligger. Det förekommer dock även ett prekontraktuellt ansvar då avtal har ingåtts, det vill säga regler som reglerar hur parterna skall förhålla sig

---

<sup>2</sup> Definition av begreppet ren förmögenhetsskada, se avsnitt 4.1.

till varandra innan dess att avtalet kommit till stånd. Som exempel kan nämnas upplysningsplikten inom köprätten. Om part efter att ett avtal kommit till stånd söker ersättning från motparten på grund av att han eller hon åsidosatt sin upplysningsplikt i samband med avtalsslutet utgör detta i så fall ett ansvar baserat på en prekontraktuell regel. Därmed måste alltså läsaren ha klart för sig skillnaden mellan prekontraktuell ansvar i inomobligatoriska förhållanden och prekontraktuell ansvar i utomobligatoriska fall. För att skaffa sig djupare förståelse för prekontraktuell ansvar i utomobligatoriska fall är det viktigt att analysera, och till viss del ta ledning i inomobligatoriska regler som reglerar prekontraktuell ansvar. Därför har jag valt att arbeta med begreppet prekontraktuell skadeståndsansvar och inte begreppet culpa in contrahendo.

När det slutligen gäller genomgången av det utomobligatoriska prekontraktuell skadeståndsansvaret begränsar jag mig genom att enbart belysa tvåpartskonstellationer. Anledningen till detta är att ett prekontraktuell skadeståndsansvar i flerpartskonstellationer har fler likheter med skadeståndsrätten än med avtalsrätten, och därmed faller en sådan undersökning utanför syftet med detta arbete.

## 1.4 Disposition

Eftersom jag inte valt att enbart nyttja mig av den rättsdogmatiska metoden uppkommer ett större behov av god disposition, då läsaren samtidigt med den juridiska framställningen måste hålla reda på ett antal ekonomiska begrepp och teorier. För att förenkla för läsaren har jag därför valt att disponera arbetet på så vis att jag inledningsvis gör en fördjupad genomgång av de ekonomiska teorierna i allmänhet och ett antal för arbetet intressanta teorier i synnerhet. Detta för att ge läsaren en grund att stå på inför den fortsatta läsningen. Därefter ges exempel på hur dessa teorier omsatts inom rättsekonomin, det vill säga hur lagstiftaren har valt att i praktiken applicera de ekonomiska teorierna på utvecklingen av rättssystemet.

I avsnitt två följer den traditionella ”juridiska” framställningen där jag med hjälp av lagtext, förarbeten, doktrin och andra relevanta rättskällor lyfter fram och analyserar vad som är gällande rätt. Genom att läsaren dessförinnan tagit del av de rättsekonomiska teorierna kan dessa relateras till detta avsnitt. Den traditionellt juridiska delen är disponerad på så vis att inledningsvis beskrivs på ett övergripande sätt skadeståndsansvaret i svensk rätt samtidigt som begreppet ren förmögenhetsskada definieras. I samband med detta förtydligas också förutsättningarna avseende vad som krävs för att ett avtal skall föreligga och vilka faktorer som är avgörande i detta hänseende. De bakomliggande principerna bakom avtalsbundenhet genomlyses i denna del. Betydelsen av avsiktsförklaringar/ Letter of Intent belyses också i detta sammanhang. Utifrån ovanstående begrepp analyserar jag sedan förutsättningarna för prekontraktuell skadeståndsansvar generellt och vilka övergripande principer som kan antas styra möjligheterna att erhålla ersättning på utomobligatorisk grund. Till hjälp i denna del använder jag mig av vissa utvalda obligationsrättsliga och avtalsrättsliga regler samt relevant praxis.

I avsnitt tre sammanförs ovan nämnda material i en rättsekonomisk analys av det prekontraktuella skadeståndsansvaret på utomobligatorisk grund. Detta sker genom att några av de i avsnitt ett till tre medtagna analysmodellerna appliceras på den för området gällande rätten. Därmed utkristalliseras några tänkbara slutsatser och genom dem ett antal lösningar på de problem som kan ha identifierats.

## 1.5 Metod och material

I arbetet har jag använt mig av en rättsekonomisk metod för att belysa de aktuella rättsreglerna. Den rättsekonomiska analysmetoden är inte särskilt vanligt förekommande i juridiska arbeten, vilket måhända kan bero på juristers till synes medfödda obehagskänsla för siffror och diagram. Icke desto mindre tror jag att den kan spela en viktig roll för att belysa gällande rätt ur ett delvis nytt perspektiv och förhoppningsvis bjuda på nya lösningsalternativ på gamla problem. Med anledning av att arbetet skrivits delvis på och med hjälp av Setterwalls advokatbyrå, är vissa källor svåra att ange då de närmast rör sig om uppfattningar och tillvägagångssätt som används inom affärlivet i praktiken. Vissa felkällor kan vad gäller denna aspekt därmed uppkomma, men läsaren ombedes ha överseende med detta då de praktiska resonemangen ger arbetet större verklighetsanknytning.

### 1.5.1 Rättsdogmatisk metod

Den traditionella rättsdogmatiska metoden brukar beskrivas på så vis att man använder sig av informationssökning i lagstiftning, förarbeten, praxis och relevant juridisk doktrin för att fastställa gällande rätt. Därefter brukar en analys av resultatet göras. I enlighet med den rådande rättskällehierarkin ska överordnad rättskälla i största möjliga mån användas framför lägre. När det gäller just prekontraktuellt skadestånd är antalet lagregler på området dock starkt begränsat, vilket gör att tyngdpunkten av materialet för uppsatsen utgörs av juridisk doktrin och avgöranden från rättsliga instanser av olika dignitet.

### 1.5.2 Rättsekonomisk metod

Inom rättsekonomin undersöks de juridiska reglerna ur ett nationalekonomiskt perspektiv.<sup>3</sup> Detta innebär att man försöker tolka alla handlingar i ekonomiska termer, där det slutliga målet i alla lägen är att öka välbståndet i samhället.<sup>4</sup> Detta mål nås enligt rättsekonomerna genom att utforma lagstiftningen på ett så effektivt sätt som möjligt, bland annat på ett

---

<sup>3</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 9.

<sup>4</sup> Ibidem, s. 205 ff. Det föreligger en skillnad mellan välbstånd och välfärd på så vis att ett maximerat välbstånd innebär att de personer som värderar varor och tjänster högst i samhället "äger" eller innehar varorna eller tjänsterna. Välfärd mäter alltså framgången i samhället i betalningsvilja och inte i nytta. Välbståndet säger inte heller något om resursfördelningen i samhället. Välfärden däremot utgår istället från vilken nytta individer har av att få konsumera varor och tjänster, varför fördelningsaspekten gör sig gällande för välfärdsbedömningen.

sådant sätt att alla frivilliga transaktioner genomförs i samhället då dessa är välståndsökande.<sup>5</sup> Härmed avses ekonomisk effektivitet. Andra metoder för att nå målet förekommer naturligtvis också, och jag återkommer till dessa längre fram i mitt arbete.

Den rättseconomiska vetenskapen syftar bland annat till att försöka besvara frågan hur människor i samhället förhåller sig till redan existerande lagar, det vill säga hur lagarnas handlingsdirigerande effekt fungerar. Dessutom, och kanske viktigare, har vetenskapen en normativ sida där analyser av lagar och förordningar ofta leder fram till konkreta förslag till förbättringar och förändringar.<sup>6</sup> Lagar är som bekant inte bara en teknisk skapelse i en lagbok, utan har till syfte att skapa faktisk efterlevnad och förändring i samhället. Det är denna förändring som rättsekonomin analyserar och kommenterar.

Naturligtvis finns det fler metoder och modeller än de som belyses i detta arbete, varför resultatet därigenom skulle kunna komma att påverkas av vilka teorier som används. För att uppmärksamma detta problem kommer jag i samband med presentationen av de specifika teorierna motivera varför jag valt att använda mig av just dessa.

### 1.5.3 Rättseconomiska antaganden

För att kunna analysera samhället utifrån ett ekonomiskt perspektiv måste det göras ett antal antaganden för att därmed förenkla samhället. Detta sker normalt genom att olika typer av modeller används där verkligheten konstrueras så att den blir översiktlig och hanterbar.<sup>7</sup> Risken är naturligtvis att samhället förenklas till den grad att resultatet av undersökningen inte längre är vetenskapligt korrekt. Det är användandet av denna typ av modeller och antaganden som gör att den rättseconomiska vetenskapen ifrågasätts, framförallt av jurister som är vana vid att försöka ta ställning till alla aspekter av ett problem innan problemet löses.

Antagandena kan delas in i två grupper, dels de antagande som är genomgående för hela den rättseconomiska metoden, till exempel att människor alltid väljer det handlingsalternativ som maximerar deras nytta, dels antagande som varierar med hänsyn till vilken specifik analysmodell man använder sig av.

Om vi tittar närmare på de antaganden som är genomgående för hela den rättseconomiska metoden så tänkte jag lyfta fram tre specifika antaganden för att kort visa att de inte är helt oproblematiske, och att man därför bör ha ett kritiskt förhållningssätt till de rättseconomiska resultaten.

De tre antagandena är följande:<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Cooter, Ulen, 2008, s. 9f.

<sup>6</sup> Ibidem, s. 4.

<sup>7</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 212.

<sup>8</sup> Ibidem, s. 214ff.

- Människor väljer alltid det handlingsalternativ som maximerar deras nytta.
- Under osäkerhet väljer människor det alternativ som maximerar den förväntade nyttan.
- Vi vill befrämja ekonomisk effektivitet eftersom det befrämjar det sammanlagda välståndet i samhället.

Om vi börjar med det första antagandet att människor alltid väljer det handlingsalternativ som maximerar deras nytta så är detta antagande inte speciellt kontroversiellt, utan ligger antagligen i linje med hur människor agerar i samhället. Här brukar visserligen exemplet med välgörenhet lyftas fram som motargument, men det brukar bemötas med att även en persons välgörenhet ytterst syftar till att göra personen mer lycklig och därmed genererar större nytta.<sup>9</sup>

Det andra antagandet är betydligt mera problematiskt eftersom människor har svårt att vara helt ekonomiskt rationella i alla lägen. För att detta antagande skall gälla förutsätts att människor i alla lägen kan beräkna den förväntade nyttan för en situations olika handlingsalternativ, något som ofta inte är praktiskt genomförbart eller för den delen något som intresserar människor i allmänhet.<sup>10</sup>

Slutligen vad gäller det tredje antagandet så kan detta bemötas med att det kan finnas andra mål i samhället än att öka den ekonomiska effektiviteten. Välstånd har visserligen inget etiskt värde i sig, men kan användas för att befrämja välfärden i samhället.<sup>11</sup> Huruvida det är välstånd som ska maximeras i samhället är en rättsfilosofisk fråga som knappast ryms inom ramen för detta arbete. Det bör dock observeras att det kan finnas andra mål i samhället än att maximera välståndet, vilket kan inverka på möjligheten att omsätta de slutsatser som kan dras av de rättsekonomiska analyserna i praktiken.

---

<sup>9</sup> Ibidem, s. 214.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 215.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 205ff.

## 2 Ekonomiska teorier

*"Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses."*<sup>12</sup>

### 2.1 Ekonomisk effektivitet och rationella val

Nationalekonomi handlar om att utifrån den tillgångsmässigt begränsade verklighet vi lever i, välja de handlingsmönster som ger den effektivaste lösningen.<sup>13</sup> Därigenom handlar ekonomi mycket om att välja mellan olika alternativ, att avstå från något för att kunna göra något annat. Har en individ bara 100 kronor så kan denne inte både gå på bio och köpa en DVD. Han eller hon måste välja vad som värderas högst. Samtidigt har allting en kostnad. Det talas i dessa sammanhang om *alternativkostnaden* för ett val, det vill säga den avkastning som skulle erhållas vid den bästa alternativa användningen av en viss resurs.<sup>14</sup> Om individen bara hade kunnat välja på att gå på bio och köpa filmen på DVD och väljer bion så är alltså alternativkostnaden den nytta individen istället hade fått om han eller hon köpt filmen på DVD.

Inom den ekonomiska teorin förutsätts vidare att människor är rationella i sina val vad gäller hur behoven tillfredsställs. Människor förutsätts kunna urskilja kostnader och nytta, och utifrån dessa begrepp avgöra hur största möjliga nytta skall erhållas ur de resurser som personen förfogar över.<sup>15</sup> För att kunna analysera detta används begreppen *marginalkostnad* och *marginalnytta*. Härmed avses den uppoffring och nytta en individ får ut av att göra något ytterligare, till exempel att äta ett äpple till när man redan har ätit fyra. Bedömningen skall göras ur den aktuella situationen, inte isolerat från vad som redan skett. Det ska alltså inte bedömas hur stor nyttan är av att äta ett äpple i största allmänhet utan vilken nytta individen har av att äta ytterligare ett äpple när denne redan ätit fyra.

För att fatta ekonomiskt rationella beslut skall utbytena i samhället ske fram till den tidpunkt då marginalkostnaden är exakt lika stor som marginalnyttan.<sup>16</sup> Detta kan förklaras med att så länge marginalkostnaden är mindre än marginalnyttan så tjänar en individ på att göra ytterligare ett "utbyte". Skulle däremot marginalkostnaden överstiga marginalnyttan så skall man istället låta bli att göra transaktionen eftersom alternativkostnaden i dessa fall är högre än den vinst individen skulle få genom utbytet.

---

<sup>12</sup> Lionel Charles Robbins, Lord Robbins, 1932, *An Essay on the nature and significance of economic science*.

<sup>13</sup> Eklund, 2004, s. 37.

<sup>14</sup> Perloff, 2004, s. 183.

<sup>15</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 16ff.

<sup>16</sup> Eklund, 2004, s. 48.

Som den uppmärksamme läsaren säkert förstår så är det svårt för den enskilde individen att i alla lägen väga kostnaden mot nyttan och beräkna alternativkostnader för tänkbara transaktioner. Slutsatsen av detta skulle i så fall bli att människor inte kan vara ekonomiskt rationella eftersom de inte kan göra de ställningstaganden som krävs. Inom ekonomin sägs att individerna fattar sina beslut under osäkerhet. Hur osäkerhet påverkar en individs beslutsfattande beror delvis på vilken inställning som personen i fråga har till risk.<sup>17</sup> Individens inställning till risk och dess inverkan på vilka transaktioner som genomförs behandlas närmare i avsnitt 2.6. Här tänkte jag mera generellt belysa hur individer skall förhålla sig till beslut under osäkerhet.

Om en individ till exempel köper en lunch skall, för att ekonomisk effektivitet skall föreligga, lunchen endast köpas om marginalnyttan av köpet överstiger marginalkostnaden. I det här fallet skulle det alltså kunna innebära att lunchen smakar gott. Vad gäller en lunch kan det vara svårt att avgöra hur det kommer att smaka innan den ätits. Förtäringen av lunchen har lite förenklat två olika utgångar, antingen gillar man den eller inte. Vid beslut under osäkerhet skall individerna beräkna sannolikheten för att en viss följd inträder och förhålla sig till detta resultat. Man talar i dessa situationer om *risk*, det vill säga hur stor risken är att en viss följd inträder. För att beräkna sannolikheten för att en viss följd inträder kan historisk empirisk data användas för att räkna fram en sannolikhet.<sup>18</sup> Har en person till exempel ätit lunch på samma ställe 10 gånger innan och det smakat gott 4 gånger är sannolikheten att lunchen tillfredställer personen 40 %. Föreligger ingen egen direkt erfarenhet av att äta lunch på det aktuella stället kan istället andra fakta användas för att försöka uppskatta sannolikheten att lunchen tillfredställer en, till exempel vad vänner har sagt, om kocken är erkänt duktig etc.

Om en individ som skall köpa en bil till sin rörelse och bilen fungerar kommer han att tjäna 1 000 kr. Om den inte fungerar kommer han däremot förlora 500 kr. Sannolikheten för att bilen kommer fungera är 40 %. Köparens väntevärde för bilen är således:

$$V = 1\,000 * 0,4 + -500 * 0,6 = 100 \text{ kronor}$$

*Väntevärdet* beräknas genom att man går igenom alla händelser som kan inträffa till följd av det valda handlingsalternativet och multiplicerar sannolikheten för varje händelse med dess utfall.<sup>19</sup> Det är detta väntevärde som i sin tur skall jämföras med marginalkostnaden och alternativkostnaden för transaktionen för att avgöra om den skall genomföras eller inte.

---

<sup>17</sup> Perloff, 2004, s. 595ff.

<sup>18</sup> Ibidem, s. 590.

<sup>19</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 130.



## 2.2 Marknadsteorin och paretooptimalitet

Den kapitalistiska marknadsteorin är den ekonomiska teori som är mest känd och tillämpad i dagens samhälle. Nästan alla har hört talas om utbud och efterfrågan och hur de förhåller sig till varandra.

Efterfrågan för en nytthet stiger enligt teorin om priset för densamma sjunker.<sup>20</sup> Detta leder till att efterfrågekurvan lutar snett nedåt. Hur brant kurvan lutar beror på *pricelasticiteten*, det vill säga hur påverkbar efterfrågan är för nyttheten när priset ändras.<sup>21</sup> När det gäller utbud finns inte någon lag om dess förhållande till priset, men det brukar antas att det omvända förhållandet råder, det vill säga att utbudet ökar när priset är högt.<sup>22</sup> På så vis lutar utbudskurvan snett uppåt och en skärningspunkt uppstår mellan utbuds- och efterfrågekurvan. Det är denna punkt som är *marknadens jämviktsläge* och det är hit som marknaden själv rör sig om det råder perfekt konkurrens.<sup>23</sup> I jämviktsläget är det så kallade *konsumentöverskottet* och *producentöverskottet* maximerat vilket är ekonomiskt effektivt.<sup>24</sup> Skulle jämvikten rubbas resulterar detta i att konsumentöverskottet eller producentöverskottet minskar, vilket benämns som en *deadweightloss* (DWL).<sup>25</sup> Förekomsten av DWL innebär per definition att ekonomin inte fungerar på en effektiv nivå.

När man talar om ekonomisk effektivitet och marknadsteorier talas ofta om *paretooptimalitet*. I detta läge är det viktigt att skilja mellan paretooptimalitet och *paretoöverlägsenhet*. Att en situation är paretoöverlägsen innebär att båda parterna tjänar på transaktionen. Så är fallet om en transaktion har en kvasiränta som överstiger transaktionskostnaderna. När paretooptimalitet föreligger går det inte längre att genomföra några transaktioner i samhället som leder till att någon får det bättre utan att någon annan får det sämre.<sup>26</sup> Är en marknad paretooptimal innebär detta således att inga ytterligare transaktioner skall genomföras då alla nyttheter är fördelade på ett optimalt sätt. Däremot säger paretooptimalitet inget om hur nyttheterna på marknaden faktiskt är fördelade. Anledningen till att det är ekonomiskt effektivt att marknaden befinner sig i ett jämviktsläge är att det är paretooptimalt.<sup>27</sup> I jämviktsläget kan nämligen inte fler utbyten göras så att någon får det bättre utan att någon får det sämre. Detta skulle i så fall resultera i DWL.

För att paretooptimalitet skall föreligga krävs att ett antal villkor är uppfyllda. Först och främst måste det råda perfekt konkurrens. Skulle det till exempel föreligga en monopolsituation leder detta till att det uppstår DWL. Vidare måste alla kostnader vara internaliserade, det vill säga att alla

---

<sup>20</sup> Eklund, 2004, s. 62.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 28.

<sup>22</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 49.

<sup>23</sup> Eklund, 2004, s. 63f.

<sup>24</sup> Perloff, 2004, s. 285, 308.

<sup>25</sup> Ibidem, s. 282ff.

<sup>26</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 54f.

<sup>27</sup> Ibidem, s. 57ff.

kostnader som är förknippade med en viss transaktion bärs av de berörda parterna och inte av samhället i övrigt. Som exempel på kostnader som inte är internaliserade är miljökador.<sup>28</sup> Vidare måste det röra sig om privata nyttigheter och inte om kollektiva nyttigheter. En kollektiv nyttighet karakteriseras av att icke-rivalitet mellan användare av varan och icke-exkluderbarhet för andra användare.<sup>29</sup> Slutligen måste parterna ha perfekt information, det vill säga att de måste ha tillgång till all relevant information för att kunna fatta rätt beslut.

## 2.3 Spelteori

Spelteorin utgör en analysmodell för hur företag agerar på en marknad där antalet aktörer är begränsade och de därigenom måste förhålla sig till konkurrenternas beslut när de fattar sina egna.<sup>30</sup> Företagen måste här ha en strategi för hur de skall förhålla till olika av konkurrenterna fattade beslut. Modellen är även känd under beteckningen tjuvarnas dilemma och kan beskrivas på följande sätt:

Två personer blir anhållna för att ha planerat ett brott. De placeras i olika rum så att de inte kan kommunicera med varandra. Om båda personerna erkänner brottet kommer de få straffrabatt och får sitta i fängelse 5 år var. Om däremot en av dem erkänner och den andra inte erkänner kommer den som erkänner få straffrabatt och bara sitta i fängelse i ett halvår medan den andra får sitta 10 år i fängelse. Skulle de misstänkta istället vara tysta båda två så kommer de endast att dömas för ett mindre allvarligt brott och erhålla 1 års fängelse vardera. Hur kommer de två individerna agera?

Den mest optimala lösningen för de två misstänkta är att båda två är tysta. I så fall får de endast sitta i fängelse 1 år vardera. Nu är det emellertid så att eftersom parterna inte litar på varandra så riskerar de genom att vara tysta få sitta i fängelse i 10 år om den andra erkänner. Den mest effektiva lösningen är således för en part att erkänna, eftersom han som mest riskerar att sitta i fängelse i 5 år och om han har tur kommer han bara att sitta inlåst i ett halvår. I dessa situationer föreligger ett så kallat *Nash-jämviktsläge*.<sup>31</sup> Här kan ingen aktör öka sitt välbefinnande genom att ändra sitt agerande utan att någon annan part ändrar sitt agerande. Att märka är dock att detta jämviktsläge inte är paretooptimalt då båda parterna kan få det bättre. För att det skall vara paretooptimalt så skulle båda parterna istället vara tysta. Detta är dock inte möjligt eftersom parterna inte samarbetar.

Det ovan givna exemplet är av en typ där parterna bara ”spelar” en omgång. Skulle de båda parterna vara inblandade i flera på varandra följande spel ändras agerandet på så vis att det mellan parterna uppkommer ett incitament att samarbeta.<sup>32</sup> Genom att göra det så rör sig parterna mot ett paretooptimalt tillstånd. Den sista rundan mellan parterna kommer dock

---

<sup>28</sup> Perloff, 2004, s. 623.

<sup>29</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 169.

<sup>30</sup> Perloff, 2004, s. 426.

<sup>31</sup> Cooter, Ulen, 2008, s. 40f.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 41.

alltid att vara såsom det genomfördes ett spel med endast en spelomgång, då parterna inte längre har något incitament att samarbeta. Spelteorin har ett stort inflytande på de rättsekonomiska teorierna vad gäller kontraktsrätten och bundenhet av kontrakt. Genom att på olika sätt ge incitament till parterna att agera på ett visst sätt i samband med avtals ingående försöker lagstiftaren att få parterna att agera på det sätt som är mest paretooptimalt.

## 2.4 Transaktionskostnader

Som utgångspunkt skall en transaktion alltid genomföras om någon får det bättre utan att någon annan får det sämre. Som exempel kan tas att A har en bil som B vill köpa. A värderar bilen till 150 000 kronor och B värderar bilen till 200 000 kronor. I enlighet med teorin om ekonomisk effektivitet skall transaktionen genomföras om bilen säljs för mer än 150 000 kronor men mindre än 200 000 kronor. Västståndsökningen för transaktionen blir i detta fall 50 000 kronor och beror på vilka *reservationspris* som avtalsparterna har i förhållande till bilen, det vill säga vad den är värd för dem.<sup>33</sup> Så länge det föreligger diskrepans mellan parternas reservationspris skall alltså transaktionen genomföras.<sup>34</sup> Man talar i dessa situationer om att det föreligger en så kallad *kvasiränta*.<sup>35</sup>

I vissa fall genomförs inte transaktionen trots att ovan beskriven diskrepans föreligger. Detta kan bero på flera olika orsaker, men en avgörande faktor kan vara att transaktionen är åtföljd av omfattande transaktionskostnader. Transaktionskostnader leder därmed till en minskning av jämviktskvantiteten på en marknad.<sup>36</sup>

Transaktionskostnader brukar delas in i tre olika typer, *kostnader för kontakt*, *kostnader för kontrakt* och *kostnader för kontroll*.<sup>37</sup> Kostnaderna för kontakt är den kostnad som parterna har för att komma i kontakt med varandra. Denna kan till exempel vara omfattande om parterna bor långt ifrån varandra och inte kan kommunicera på ett ekonomiskt effektivt sätt. Till dessa kostnader brukar även räknas så kallad *asymmetrisk information*, det vill säga att den ena parten vet mer än den andra avseende till exempel en varas beskaffenhet. Existensen av asymmetrisk information innebär en DWL eftersom priset för produkten ofta kan sättas över marginalkostnaden för densamma.<sup>38</sup>

Kostnaden för kontrakt är den kostnad som parterna har för att sluta avtalet. I detta ligger bland annat förhandlingskostnader för att avtalet skall komma till stånd.<sup>39</sup> Kostnaderna för kontrakt är av stor betydelse för arbetets ämne.

---

<sup>33</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 75ff.

<sup>34</sup> Exemplet förutsätter att parterna avser att ingå paretoeffektiva avtal. Rent teoretiskt skulle A kunna ge B en krona för bilen, vilket skulle resultera i en kvasiränta på 149 000 kronor. Ett sådant avtal hade dock aldrig ingåtts eftersom det inte är paretoeffektivt vilket innebär att B inte hade ingått ett sådant avtal på fri vilja.

<sup>35</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 78.

<sup>36</sup> Ibidem, s. 89.

<sup>37</sup> Ibidem, s. 85.

<sup>38</sup> Perloff, 2004, s 658.

<sup>39</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 86.

Erhåller en part stora kontraktskostnader för ett avtal som aldrig ingås är det tänkbart att skadelidande part undersöker möjligheterna att söka ersättning från motparten på grund av dennes agerande under förhandlingarna.

Kostnader för kontroll innefattar kostnader som en part har för att tillse att han eller hon får ta del av de rättigheter som följer av ett ingånget avtal.<sup>40</sup> Här innefattas bland annat rättegångskostnader för att förmå motparten att fullgöra sin del av avtalet. Transaktionskostnaderna påverkar genomförandet av en transaktion på så vis att så länge kvasiräntan överstiger transaktionskostnaderna så skall transaktionen genomföras i enlighet med reglerna om ekonomisk effektivitet.<sup>41</sup> Det ligger alltså i samhällets intresse att hålla nere transaktionskostnaderna så mycket som möjligt för att möjliggöra att så många transaktioner som möjligt genomförs.

## 2.5 Riskfördelning

Teorierna om riskfördelning påverkar många av ovanstående teorier, bland annat teorin om rationella val. Risken påverkar som visat i avsnitt 2.1 parternas väntvärde för en specifik transaktion. Ju fler utfall en specifik transaktion kan få desto mer omfattande och svårbedömd blir beräkningen av det förväntade väntvärdet. Ett annat mått av intresse i sammanhanget är en *transaktions varians*, det vill säga den förväntade avvikelser mellan de olika alternativ som en transaktion kan tänkas få.<sup>42</sup> Roten ur variansen är vad som vanligen benämns som standardavvikelsen. Generellt kan sägas att om väntvärdet är konstant, så innebär ett högt värde på variansen eller standardavvikelsen att risken blir högre. Ett lågt värde är alltså eftersträvarvärt.

Inom den ekonomiska teorin talas om två olika attityder gentemot risk och hur dessa i sin tur påverkar en parts beslut att genomföra transaktionen eller inte.<sup>43</sup> Om hänsyn inte tas till en parts riskattityd skall som bekant det alternativ väljas som maximerar väntvärdet för att det skall vara ekonomiskt effektivt. När man tar hänsyn till en parts riskattityd blir det dock annorlunda. De två förhållandena till risk är *riskaversivitet* och *riskneutralitet*. En riskaversiv person som väljer mellan två olika alternativ med olika risk väljer det mera riskfyllda alternativet endast om detta alternativ innebär ett väsentligt större väntvärde än alternativet med mindre risk. En riskaversiv person brukar sägas ha en avtagande marginalnytta på sina tillgångar.<sup>44</sup> Detta är en av de grundläggande teorierna inom nationalekonomin, att pengar eller tillgångar har avtagande marginalnytta. 100 kronor är till exempel inte lika mycket värt för en miljonär som för en hemlös. En riskneutral person är precis som det låter neutral i förhållande till den risken som är inblandad och i och med detta väljs alltid det

---

<sup>40</sup> Ibidem, s. 87.

<sup>41</sup> Ibidem, s. 87f.

<sup>42</sup> Perloff, 2004, s. 593.

<sup>43</sup> Egentligen finns det även ett tredje alternativ, riskbenägenhet. Detta är dock så pass ovanligt och av väldigt liten relevans för föreliggande arbete, att jag har valt att bortse från detsamma.

<sup>44</sup> Perloff, 2004, s. 596.

alternativet som maximerar det förväntade väntvärdet. Generellt brukar stora företag anses vara riskneutrala eftersom de kan sprida risken inom sin koncernstruktur på ett helt annat sätt än en privatperson.<sup>45</sup> Som exempel kan nämnas ett försäkringsbolag som sprider sin risk över hela försäkringskollektivet.

Ur ett samhällsekonomiskt perspektiv är det mest effektivt att risken för att få stå kostnaden för en skada skall läggas på den part som kan bära risken till lägst kostnad. Detta kan åstadkommas på ett antal sätt. Vanligtvis innebär detta att den part som är riskneutral får bära risken, då detta sker utan krav på kompensation.<sup>46</sup>

## 2.6 Externaliteter

En *externalitet* är en kostnad eller en vinst som inte bärs av den ursprungliga skadevållaren eller erhålls av den rättmätige ”tillverkaren” utan av samhället i stort.<sup>47</sup> Som exempel kan nämnas att en fabrik som smutsar ner en närliggande sjö inte tvingas stå för kostnaderna för att sanera densamma. Ett annat alternativ är ett företag som genom att bekosta annonsering för en ny typ av produkt därigenom ofrivilligt gör att konkurrenter ökar sin försäljning av liknande produkter, något den ursprungliga annonsören ej erhåller ersättning för.

Problemet med externaliteter är att de leder till att den verksamheten som ger upphov till kostnaderna inte bedrivs på ett sätt som är optimalt för samhällets totala välbefinnande.<sup>48</sup> Det är först när till exempel alla kostnader internaliseras som verksamheten kommer att bedrivas, ur samhällets perspektiv, på ett ekonomiskt effektivt sätt. Inom rättsekonomin har dessa resonemang manifesterats i framförallt skadeståndsrätten, där en part som är vårdslös och inte vidtar tillräckliga försiktighetsåtgärder får betala för de skador som hans verksamhet orsakar. Problemet med externa kostnader är att beräkna hur stora de är samt, vad gäller skadeståndsrätten, vilken sannolikhet det är att de inträffar.

En av anledningarna till att externaliteter uppkommer är att äganderätterna i samhället inte är tillräckligt definierade.<sup>49</sup> Genom tydligt fördelade rättigheter så uppmuntras förhandling mellan parterna, vilket i sin tur leder till att den som billigast kan bära kostnaden gör detta.<sup>50</sup> Enligt *Coaseteoremet* är det parterna som är bäst lämpade att fördela nyttigheter mellan varandra till skillnad från att en utomstående, till exempel en

---

<sup>45</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 136f.

<sup>46</sup> Jmf. Perloff, 2004, s 597.

<sup>47</sup> Perloff, 2004, s. 621.

<sup>48</sup> Ibidem, s. 624f.

<sup>49</sup> Jmf. Ibidem, s. 638.

<sup>50</sup> Enligt Coaseteoremet leder tydligt definierade rättigheter i samhället till ekonomisk effektivitet eftersom parterna tvingas att förhandla med varandra, detta oavsett vilken av parterna som innehar rättigheten. Tildelandet av rättigheter är en fråga om fördelning av samhällstillgångar och skall inte beröras närmare här. Däremot kan Coaseteoremet ha betydelse för vilken av parterna som väljer att ta på sig risken för kostnaderna under avtalsförhandlingarna.

domstol, går in och bestämmer hur fördelningen skall ske. Därmed ökar den ekonomiska effektiviteten i samhället. Om parterna inte kan fördela externaliteten mellan sig får istället lagstiftaren med hjälp av dispositiv rätt internalisera externaliteten på den part som kan bära kostnadsrisken till lägst kostnad. Vanligtvis är detta den part som är minst riskaversiv.

# 3 Rättsekonomisk omsättning av ekonomiska teorier

Rättsekonomi är vetenskapen där ekonomiska teorier realiseras med hjälp av rättssystemet. Frågan är alltså hur de ekonomiska teorierna skall omsättas juridiskt för att maximera den ekonomiska effektiviteten.

## 3.1 Avtalsinstitutet

En central fråga inom rättsekonomi är vilka transaktioner som skall upprätthållas av rättssystemet, det vill säga vilka löften som skall kunna genomdrivas med rättsliga medel och hur eventuell gottgörelse vid avtalsbrott skall beräknas.

### 3.1.1 Samarbete och påföljder

Som visat ovan är paretooptimalitet ekonomiskt effektivt och därmed något eftersträvansvärt. Eftersom personer antas vara rationella och hela tiden sträva efter att få det bättre, kan det därmed förutsättas att alla avtal som båda parterna velat skulle vara bindande också skall vara juridiskt bindande. Generellt kan sägas att ekonomisk effektivitet kräver att domstolarna genomdrivar de löften där det föreligger en gemensam partsvilja avseende dess bindande verkan.<sup>51</sup> På så vis möjliggörs samarbete mellan parterna, och samarbete ökar den ekonomiska effektiviteten. En av de grundläggande betydelseerna med kontraktsrätten är just att säkerställa att avtalsparterna uppfyller sina åtaganden, även om utbytet av desamma inte sker simultant.<sup>52</sup>

Tillämpas spelteori på avtalsbundenhet så innebär existensen av ett gällande ingånget avtal som kan verkställas med rättssystemets hjälp att situationen ses som ett spel med återupprepade omgångar. Om avtalsbundenhet föreligger så lönar det sig alltså för parterna att samarbeta.<sup>53</sup> Skulle avtalet å andra sidan inte vara bindande så innebär detta att parterna inte har någon skyldighet eller strävan efter att samarbeta, utan det handlar i så fall om att maximera egen vinst på motpartens bekostnad. Spelteori visar hur rättssystemet skall konstrueras för att få parterna att samarbeta genom att omöjliggöra för parterna att frånträda avtalsbundenheten utan att riskera att ersätta motparten dennes kostnader.<sup>54</sup> Anledningen till att man inte skall genomdriva löften där det inte föreligger någon gemensam partsvilja är att det i dessa fall inte föreligger någon ekonomisk vinst för parterna att samarbeta. För långsiktiga avtal finns dock problemet med att förutsättningarna för att samarbeta kan ha försämrats när avtalsförhållandet lider mot sitt slut.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> Cooter, Ulen, 2008, s. 202.

<sup>52</sup> Posner, 1998, s. 103.

<sup>53</sup> Cooter, Ulen, 2008, s. 205.

<sup>54</sup> Ibidem, s. 206.

<sup>55</sup> Ibidem, s. 237.

Vad gäller problematiken med asymmetrisk information kan denna lösas genom att i lagstiftning föreskriva vilken omfattning och typ av information som parterna måste delge varandra i en avtalsförhandling. Som exempel kan ges reglerna om svek, förutsättningsläran och i grunden skyldigheten att vara lojal mot sin medkontrahent. Därtill torde även prekontraktuella skadeståndsregler kunna hänföras, det vill säga att det följer en skyldighet att vara lojal även under avtalsförhandlingar, och i förlängningen i vissa fall en upplysningsplikt.<sup>56</sup>

Nästa fråga är vilken påföljd för avtalsbrott som är den mest ekonomiskt effektiva. Påföljden kan ses som det pris som den felande avtalsparten får betala för att komma ifrån avtalet. Är påföljden orimligt sträng hämmar detta den ekonomiska effektiviteten på samma sätt som i de fall där det inte finns någon påföljd. Som visat med spelteorin fokuserar deltagarna i ett spel med en omgång endast på sin egen ekonomiska vinning och bryr sig inte om motpartens eventuella förluster. Anledningen till att en part vill begå ett avtalsbrott är till exempel att kostnaden att uppfylla avtalet överstiger kostnaden att bryta avtalet. Effektivitet kräver som bekant att vinsten maximeras för båda avtalsparterna. Därmed innebär ett framtvängande av fullgörande ibland en minskad ekonomisk effektivitet då ena parten får stå betydligt större kostnader än om denna part hade fått bryta avtalet och betala skadestånd till den andra. Detta innebär alltså att det i vissa fall är mer ekonomiskt effektivt att låta ett avtalsbrott ske än att kräva att avtalet fullgörs.<sup>57</sup>

Vilken typ av ersättning skall då utgå vid avtalsbrott? För att ersättningen skall vara så ekonomiskt effektiv som möjligt skall den återställa den skadelidande i den situationen som rådde innan skadeorsaken inträffade. Skadeorsaken kan utgöras av både ett avtalsbrott eller ett avbrytande av avtalsförhandlingarna. Vilken typ av ersättning som skall utgå beror på vilken typ av skadeorsak det rör sig om.<sup>58</sup> Rör det sig om ett avtalsbrott bör det för att vara ekonomiskt effektivt utgå så kallat positivt kontraktsintresse.<sup>59</sup> Genom att sätta ersättningsskyldigheten till en nivå som motsvarar det positiva kontraktsintresset framkallas därigenom en ekonomiskt effektiv avtalsbundenhet för löftesgivaren.<sup>60</sup> När det gäller skador beroende på tillit, till exempel prekontraktuella skador, bör endast det så kallade negativa kontraktsintresset utgå.<sup>61</sup> Det kan även i dessa situationer vara svårt att bedöma värdet av det icke uppkomna avtalet. Graden av tillit spelar dessutom in på hur ersättningen skall beräknas för att den skall vara ekonomiskt effektiv. Enligt rättsekonomin skall enbart

---

<sup>56</sup> Ibidem, s. 229.

<sup>57</sup> Ibidem, s. 210f.

<sup>58</sup> Ibidem, s. 247ff.

<sup>59</sup> Man brukar i generella termer beskriva det positiva kontraktsintresset som att skadad part skall kompenseras som om avtalet hade fullföljts, medan det negativa kontraktsintresset utgör den ersättning som krävs för att skadad part skall försättas i en situation som om avtal aldrig ingåtts mellan parterna.

<sup>60</sup> Cooter, Ulen, 2008, s. 211.

<sup>61</sup> Ibidem, s. 249.



ersättning utgå för kostnader som hänför sig till den ekonomiskt optimala tilliten.<sup>62</sup>

### 3.1.2 Tillitprincipens betydelse

Genom att ett avtal ingås så uppkommer tillit mellan avtalsparterna.<sup>63</sup> Den tillit som löftesmottagaren har innebär ofta att han vidtar ett antal förberedande åtgärder för att få större utbyte av det framtida avtalet. Detta innebär att förberedande åtgärder från den enda parten ofta leder till att ett avtalsbrott blir mer kostsamt för denna part. För att avtalsbundenheten skall vara ekonomiskt effektiv måste alltså den tillit som finns mellan avtalsparterna befinna sig på en ekonomiskt optimal nivå. Tilliten mellan två parter är ekonomiskt optimal så länge kostnaden för att vidta de extra värdehöjande åtgärderna understiger eller är lika med sannolikheten för löftesgivarens fullgörande av avtalet multiplicerat med den värdeökning som sker på grund av de åtgärder som vidtagits på grund av tilliten.<sup>64</sup> Formeln blir som följer:

Sannolikheten för att fullgörande sker \* värdeökning p.g.a. tillit  $\geq$  kostnaden som den högre grad av tillit inneburit

För att tilliten skall vara ekonomiskt effektiv måste den vidare förhålla sig till eventuell ersättning för avtalsbrott på så vis att ersättningen påverkas av huruvida graden av tillit varit optimal eller inte. Avgörande är den ekonomiskt optimala tillitsgraden och inte den faktiska graden av tillit.<sup>65</sup> Ersättningen skall alltså motsvara den vinst som förfelad part hade erhållit om han haft ekonomiskt optimal tillit till motparten. Inom juridiken har bedömningen av graden av tillit kopplats till regler om till exempel förutsägbarhet, det vill säga om en parts tillit varit befogat i förhållande till om tilliten varit förutsägbar eller synbar för motparten. Även omfattningen av lojalitetsplikten påverkar om tilliten skall anses optimal eller inte.<sup>66</sup>

### 3.1.3 Transaktionskostnader

De ekonomiska teorierna om transaktionskostnader säger att ju lägre transaktionskostnaderna är, desto fler transaktioner kan fullföljas vilket leder till ökad omsättning i samhället och därmed ökad ekonomisk effektivitet. För att hålla nere transaktionskostnaderna kan avtalsparter välja att medvetet lämna ”hål” i avtalets riskfördelning då en överenskommelse om aktuell fråga hade varit för kostsamt. För att avgöra om en riskfördelning avseende en viss fråga skall förhandlas eller lämnas ”blank” i avtalet skall parterna se om transaktionskostnaderna för att fördela risken för den aktuella frågan är större än sannolikheten för att den riskutlösande händelsen inträffar multiplicerat med kostnaden för att fördela en redan

---

<sup>62</sup> Cooter, Ulen, 2000, s. 193ff.

<sup>63</sup> Posner, 1998, s. 103.

<sup>64</sup> Cooter, Ulen, 2008, s. 213.

<sup>65</sup> Ibidem, s. 215.

<sup>66</sup> Lojalitetsplikten uppkommer när de två förhandlande parterna har kommit till ett visst stadium av avtalsförhandlingarna. Därefter måste de ta större hänsyn till varandra och kan inte enbart försöka maximera sin egen vinst.

uppkommen förlust mellan parterna.<sup>67</sup> Om så är fallet skall en lucka lämnas i avtalet då detta är mer ekonomiskt effektivt. Formeln blir som följer:

Kostnaden att fördela risken > kostnaden att fördela uppkommen skada \* risken för skadans uppkomst

Eftersom det vanligtvis är betydligt dyrare att fördela risken mellan två parter efter att den skadebringande händelsen inträffat, är det logiskt så att det krävs väldigt liten sannolikhet för riskens förverkligande för att det skall vara ekonomiskt effektivt att lämna en lucka i ett avtal. Som en del av detta följer även att ett samhälles rättssystem i den händelse parterna inte avtalar om vissa specifika villkor skall ha ekonomiskt effektiva regelverk för att fylla ut avtalen.<sup>68</sup> Detta innebär att domstolen skall fylla ut avtalen med de regler som man utifrån ett hypotetiskt resonemang sluter sig till att parterna skulle ha framförhandlat om de förhandlat alla tänkbara frågor.<sup>69</sup>

Tvingade regler ses inom rättsekonomi som ingripanden av rättssystemet på den ”fria marknaden” för avtal. Paralleller kan här dras till hur man inom den ekonomiska teorin ser på marknadsteori, det vill säga hur en perfekt marknad endast styrs av utbud och efterfrågan och hur olika marknadsmislyckanden påverkar densamma. Man väljer som utgångspunkt ett hypotetiskt perfekt avtal mellan parterna. Ett perfekt avtal skall vara paretooptimalt och uppkommer endast om transaktionskostnaderna är noll. Det är först när transaktionskostnaderna inte är noll och avtalet inte kan anses vara paretooptimalt som rättssystemet behöver ingripa för att göra avtalet mera ekonomiskt effektivt.

## 3.2 Skadeståndsinstitutet

Skadeståndsrätten fyller de luckor som uppstår mellan äganderätten och avtalsrätten, det vill säga att skadeståndsrätten kan ses som ett sätt att internalisera alla externaliteter på någon av de inblandade parterna. *Externaliteter* är kostnader som inte bärs av den ursprungliga skadevällaren utan av samhället i stort. Det grundläggande syftet med skadeståndsrätten är att internalisera alla externaliteter i de fall det inte gjorts självmant av parterna, till exempel när det föreligger höga transaktionskostnader. Externaliteter är negativa då deras existens innebär att verksamheten eller produktionen inte bedrivs på ett ur samhällets perspektiv ekonomiskt effektivt sätt.<sup>70</sup> Skillnaden mellan ett strikt ansvar och ett culpaansvar är att för ett strikt ansvar är alla externaliteter internaliserade en gång för alla. Med ett culpaansvar måste det optimala förhållningssättet för varje handling som påverkar skadekostnaderna identifieras. Ytterligare en fördel av att använda sig av ett strikt ansvar framför ett culpaansvar är möjligheten som detta ger att fördela risken mellan två avtalsparter utifrån ett samhällsekonomiskt eftersträvanvärt sätt.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> Cooter, Ulen, 2008, s. 218.

<sup>68</sup> Ibidem, s. 220.

<sup>69</sup> Posner, 1998, s. 105.

<sup>70</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 115.

<sup>71</sup> Ibidem, s. 123.

Vilken av parterna som skall åläggas kostnaden att förebygga en skada regleras delvis genom vilken form av ansvarsgrund som väljs i rättssystemet. Medan ett strikt ansvar uppmuntrar den potentielle skadevållaren att vidta effektiva förebyggande åtgärder, så innebär ett system utan ansvar att det är den potentielle skadelidande som vidtar effektiva förebyggande åtgärder.<sup>72</sup> Problemet är dock att det i de flesta situationer är effektivt att båda parterna delvis vidtar respektive avstår från att vidta förebyggande åtgärder. Inom rättsekonomin menas att rättssystemet måste utforma skadestandsreglerna så den ersättning som utgår vid skada är effektiv i den mening som har diskuterats i avsnitt 3.1.1. Detta innebär enligt *Learned hands rule*<sup>73</sup> att en part skall anses vara vårdslös om marginalkostnaden för dennes förebyggande åtgärder är mindre än marginalvinsten att underlåta att vidta åtgärderna.<sup>74</sup> Vårdslöshet föreligger alltså om förändringen i skadekostnaderna överstiger förändringen av kostnaderna för de förebyggande åtgärderna för en viss handling. Som en konsekvens av detta föreligger inte skadestandsansvar om samhällets marginalkostnad för de förebyggande åtgärderna är ekvivalent med samhällets marginalnytta för åtgärderna. En svårighet med ovanstående resonemang är att uppskatta framtida skadekostnader för domstolarna, det vill säga hänsynstagandet till sannolikheten för skadans inträffande. Det måste här i många fall bli fråga om en rent skönsmässig uppskattning.

För att de rättsekonomiska skadestandsrättsliga teorierna skall fungera förutsätts ett antal faktorer, bland annat att det inte finns några andra lagregler som reglerar fördelningen av externaliteter, att försäkringsinstitutet inte existerar, att alla skadevållare är solventa och kan göra rätt för sig samt att transaktionskostnaderna för att kräva skadestånd är noll.<sup>75</sup> Dessa antaganden är alla mer eller mindre problematiska. I praktiken spelar försäkringsrätten en avgörande roll för att skadelidande skall kunna erhålla sin ersättning. På samma sätt är transaktionskostnaderna för att kräva skadestånd via domstol på intet sätt noll utan uppgår till betydande belopp.<sup>76</sup> Ett sätt att komma runt problematiken med höga transaktionskostnader är att tillämpa regler om så kallade *punitive damages*, något som dock inte förekommer i svensk rätt.<sup>77</sup> Punitive damages innebär att de fåtal som går till domstol tilldöms en ersättning som överstiger den skada som de orsakats. På så vis internaliseras externaliteter tillhörande andra skadelidande som inte sökt juridisk hjälp för sin skada och samhället i stort internaliserar så mycket externaliteter som möjligt.

---

<sup>72</sup> Cooter, Ulen, 2008, s. 338.

<sup>73</sup> Regeln kommer ursprungligen från rättsfallet *United States v. Carroll Towing Co* (159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)).

<sup>74</sup> Cooter, Ulen, 2008, s. 350f.

<sup>75</sup> *Ibidem*, s. 367.

<sup>76</sup> *Ibidem*, s. 379.

<sup>77</sup> Dahlman, Gladner, Reidhav, 2004, s. 124f.

# 4 Svensk skadeståndsrätt

## 4.1 Gränsdragning mellan inom- och utomobligatoriska förhållanden

Inom det svenska rättssystemet skiljs traditionellt på inom- och utomobligatoriskt skadestånd, det vill säga huruvida skadeståndsansvar uppkommer inom ett avtalsförhållande eller utan att ett sådant förhållande föreligger. Förhållandet mellan inom- och utomobligatoriskt skadestånd är bitvis komplicerat, och fordrar en viss förklaring för att man ska kunna förstå problematiken med det prekontraktuella skadeståndsansvaret.

Enligt 1 kap. 1 § SkL föreskrivs att lagen är tillämplig om inte annat föreskrivs i avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden. SkL är alltså både dispositiv och subsidiär. I de fall där speciallag har luckor så faller domstolen därför tillbaka på SkL:s reglverk. Detsamma gäller för oklara avtal, där domstolen i sin utfyllande process kan tolka avtalet i ljuset av SkL.<sup>78</sup>

En intressant fråga är om en skadelidande part har rätt att välja regelsystem, det vill säga om det finns möjlighet att istället för att använda sig av avtalets påföljdsbestämmelser föra talan utifrån reglerna i SkL. Anledningen till att skadelidande vill göra detta är om det skulle vara förmånligare för honom att söka ersättning på utomobligatorisk grund på grund av existerande friskrivningar i avtalet, alternativt att anspråken är preskriberade enligt avtalet.<sup>79</sup> Doktrin besvarar denna fråga nekande utifrån flera grunder. Dels skulle huvudregeln *pacta sunt servanda* urholkas betydligt om en avtalspart kunde frånga de påföljdsbestämmelser och eventuellt kringgå de friskrivningar som finns i avtalet, dels skulle ett sådant förfarande strida mot det inomobligatoriska systemets sätt att sprida riskerna.<sup>80,81</sup> Ofta har parterna genom sitt avtal placerat risken på den part som på ett ekonomiskt mer effektivt sätt kan bära den. Att låta parterna kringgå denna gemensamma reglering leder således till ekonomisk ineffektivitet.

Det finns dock fall då det skulle vara tänkbart att låta part nyttja sig av de utomobligatoriska reglerna trots att avtal föreligger. Ett exempel är avtal där omständigheterna är sådana att domstolen efter en tolkning kommer fram till att parterna inte avsett att slutligt reglera alla eventuella anspråk inom ramen för avtalet. En vanlig skrivning för till exempel vitesklausuler är att part antingen friskriver sig från alla skador som överstiger det fastställda vitesbeloppet, alternativt att part inte avsäger sig rätten att söka ersättning för de skador som överstiger vitesbeloppet. I de fall det uttryckligen följer

---

<sup>78</sup> Adlercreutz, II, 2007, s. 15f.

<sup>79</sup> Hellner, Radetzki, 2007, s. 96.

<sup>80</sup> Jmf. Hellner, Radetzki, 2007, s. 92. Möjligheten till friskrivningar begränsas ytterst av 36 § AvtL och praxis, men generellt kan sägas att det är tillåtet att friskriva sig från vanlig vårdslöshet men inte från grov vårdslöshet.

<sup>81</sup> Bengtsson, Strömbäck, 2006, s. 32, Prop. 1972:5, s. 236ff.

av avtalet att ersättning kan sökas på utomobligatorisk grund kan så rimligtvis ske. För de fall där det inte framgår får en tolkning av avtalet ge vid handen om så skall kunna ske eller inte.

## 4.2 Ren förmögenhetsskada

Den stora skiljelinjen mellan kontraktsrätten och den renodlade skadeståndsrätten är behandlingen av de rena förmögenhetsskadorna.

Definitionen av ren förmögenhetsskada är ”sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada”.<sup>82</sup> Enligt 2 kap. 2 § SkL ersätts ren förmögenhetsskada endast om den orsakats genom brottslig gärning. Därmed leder en e contrario tolkning till att sådan skada inte ersätts om den inte orsakats genom brott. Detta begränsar naturligtvis användningsområdet för 2 kap. 2 § SkL betydligt och delar av doktrin anser att behandlingen av rena förmögenhetsskador i svensk rätt är för hård.<sup>83</sup> Enligt förarbetena till SkL skall 2 kap. 2 § SkL dock inte läsas e contrario i alla lägen, utan det finns fall där ersättning för ren förmögenhetsskada kan utgå trots att brott inte föreligger.<sup>84</sup> Det är upp till domstolarna att avgöra vilka fall detta kan tänkas vara. Ett sådant fall är culpa in contrahendo. Andra fall har utvecklats i praxis, där det visserligen kan diskuteras i vilken omfattning utvidgningen egentligen har skett.<sup>85</sup> Huvudregeln att ersättning för ren förmögenhetsskada endast utgår vid brott står sig alltså stark i utomobligatoriska fall. Framförallt Kleineman är skeptiskt till behandlingen av de rena förmögenhetsskadorna och menar att 2 kap. 2 § SkL blivit en form av stoppregel även om det aldrig var meningen att så skulle bli fallet.

För utomobligatoriska förhållanden skall alltså först undersökas om förutsättningarna för brott föreligger, då ersättning i så fall kan utgå enligt 2 kap. 2 § SkL. Ett flertal brott kan naturligtvis vara tänkbara kandidater, men primärt är förmögenhetsbrotten, till exempel bedrägeri eller oredligt förfarande av intresse. Föreligger inte brott är läget betydligt svårare, men möjlighet att erhålla ersättning kan finnas, till exempel med hjälp av culpa in contrahendo eller annat prekontraktuellt skadeståndsansvar utifrån den praxis som framväxt på området. Domstolarna har, för att lösa tvister rörande ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska fall, uppvisat en tendens att istället hänföra anspråket till kontraktssfären, vilket i praktiken blir en form av kringgående av 2 kap. 2 § SkL.<sup>86</sup> Som senare kommer visas krävs

---

<sup>82</sup> Hellner, Radetzki, 2007, s. 65.

<sup>83</sup> Se Kleineman, 1987, s. 131-200.

<sup>84</sup> Prop. 1972:5, s. 568.

<sup>85</sup> Jmf. NJA 2005 s. 608. Enligt HD:s resonemang måste tredje man ha förfarit på ett kvalificerat otillbörligt sätt för att ersättningsskyldighet skall kunna uppstå.

<sup>86</sup> Kleineman, 1987, s. 141, SvJT 1985 s. 666. Som exempel kan ges NJA 1980 s. 383 där en utfärdare av en bouppteckning ålades skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada gentemot tredje man som ingått avtal med den part som beställt bouppteckningen. Av betydelse var i fallet rättshandlingens art och att det måste stått klart för utfärdaren av bouppteckningen att denna skulle användas för att ingå avtal. Jmf. även NJA 1987 s. 692 där HD ålade part ett ansvar gentemot tredje man för ren förmögenhetsskada utifrån ett felaktigt värderingsintyg.

ofta för att domstolarna skall kunna göra detta, och samtidigt på ett rättssäkert sätt kunna avgränsa kretsen av skadevällare, att det föreliggande förhållandet uppvisar vissa likheter med vanliga kontraktsförhållanden.

De kontraktuella principerna innebär, i den mån ansvaret kan hänföras till kontraktssfären, att ett omfattande ansvar för rena förmögenhetsskador kan göras gällande.<sup>87</sup> Något annat hade egentligen varit otänkbart, då merparten av de skador som uppstår i näringslivet är just rena förmögenhetsskador. Det som krävs i inomobligatoriska förhållanden är att skadelidande part visar på någon form av vårdslöshet eller annan ansvarsbrist samt adekvat kausalitet för att ersättning ska utgå.<sup>88</sup> Inomobligatoriska förhållanden påverkas dessutom som tidigare beskrivits av friskrivningar, vilka naturligtvis kan bli föremål för jämkningar enligt 36 § AvtL.<sup>89</sup> Jämkning i kommersiella förhållanden är ovanliga och torde i vart fall mellan två jämbördiga parter inte vara ett realistiskt alternativ. Viss kritik har dock riktats mot detta påstående med utgångspunkt i NJA 1979 s. 483. Kritikern menar att det är en feltolkning att 1979 års avgörande skulle utgöra någon form av avtalsrättslig spärregel mot jämkning i kommersiella avtalsförhållanden utan i vissa fall torde det mycket väl kunna föreligga möjlighet till jämkning.<sup>90</sup>

En annan aspekt att ta hänsyn till är att culpabedömningen ofta förefaller vara strängare i inomobligatoriska än i utomobligatoriska förhållanden. Någon empirisk data för att stödja ett sådant påstående finns dock inte. En mildare culpabedömning mellan två parter i ett avtalsförhållande beror dock rimligtvis på att parterna i en sådan situation åtar sig förpliktelser gentemot varandra vilket gör att de kommer närmare varandra och därmed har lättare att tillfoga varandra skada. Man sänker med andra ord sin gard gentemot medkontrahenten och därför krävs det inte lika mycket för att bedöma att culpa förelegat.

---

<sup>87</sup> Ibidem, s. 425.

<sup>88</sup> Vad gäller ansvarsgrunder laborerar kontraktsrätten med betydligt fler ansvarsgrunder än den utomobligatoriska skadeståndsrätten. Utöver culpaansvar och strikt ansvar så använder sig domstolarna inom kontraktsrätten framförallt av kontrollansvaret för att avgöra om ansvar föreligger, jmf. 57 § KöpL.

<sup>89</sup> Prop. 1972:5 s. 236.

<sup>90</sup> AvtL 90 år, 2005, Lindmark Dan, s. 281-294. Huruvida jämkning kan bli aktuell trots att det rör sig om ett kommersiellt förhållande skall bedömas utifrån fem faktorer. Först och främst om det föreligger någon snedbelastning i avtalet, det vill säga om någon part intar en underlägsen ställning eller inte. Med underlägsen ställning avses här inte relativ underlägsenhet utan en helhetsbedömning skall göras av hela avtalsituationen. Vidare kan avtalsvillkorens karaktär och avtalsvillkorens förhållande till gängse regler påverka möjligheten till jämkning. Lindmark avser här om det rör sig om standardavtal eller inte samt villkorens likhet med dispositiv rätt. Slutligen påverkar faktorer såsom avtalsvillkorens ändamålsenlighet för lösning av problem i avtalsrelationen samt rationell riskhantering och möjlighet till försäkringar frågan om en eventuell jämkning.

# 5 Avtalsbundenhet och dess bakomliggande principer

## 5.1 Definition av avtalsbundenhet

Definitionen av ett avtal finns inte tydligt fastslagen i Avtalslagen. Enligt obligationsrättskommittén anses ett avtal bestå av ett utbyte av samstämmiga viljeförklaringar.<sup>91</sup> Löftesgivaren ger med andra ord uttryck för sin vilja i anbudet och löftestagaren svarar med sin överensstämmande vilja i accepten.

Den härskande anbud-acceptmodellen som beskrivits ovan kan enligt vissa författare vara svår att i vissa situationer applicera på en del avtalsslut. Som exempel kan anges realavtal, situationer med direkt avtalsgrundande rättsfaktum samt avtal som föregås av långvariga avtalsförhandlingar.<sup>92</sup> Med anledning av det sistnämnda exemplet har Grönfors uppställt en särskild modell för avtalsslut som avser en stegvis lösning av förhandlingspositionerna. Grönfors delar här in avtalsslutet i olika skeden, i kronologisk ordning undersökningsskedet, förhandlingsskedet och ett fullgöringskedet.<sup>93</sup> Enligt Grönfors innebär modellen att när parterna kommit tillräckligt långt i avtalsförhandlingarna kan avtalsbundenhet uppkomma även om formell avtalsbundenhet i den mening som stadgas i AvtL saknas. Har parterna till exempel förhandlat färdigt till 85-90 % skall avtalsbundenhet anses ha uppkommit. Grönfors alternativa avtalsmodell med stegvis lösning av parterna till förhandlingsresultatet har kritiserats starkt i doktrin. Enligt Calissendorff är en avtalsmodell med stegvis lösning av avtalsförhållandet inte gångbar i kommersiella förhållanden. Dels föreligger ofta för avtal avseende företagsförvärv förbehåll för slutlig skriftlig form och dels för styrelsens slutliga godkännande.<sup>94</sup> Detta har utvecklats till mer eller mindre praxis på området. Dessutom uppstår stora svårigheter att värdera hur långt parterna skall anses ha kommit i förhandlingarna och utifrån detta avgöra om ett avtal skall anses ingånget eller inte. Calissendorff är skeptiskt till att ens ålägga parterna ett prekontraktuellt skadeståndsansvar i de situationer som Grönfors föreslår skulle leda till stegvis lösning av avtalspositionerna utifrån den praxis som finns avseende prekontraktuellt utomobligatoriskt skadestånd.<sup>95</sup> Avseende de stora kostnader som kan uppkomma för parterna under avtalsförhandlingar anser Calissendorff att dessa är ett pris som får betalas när samhället har valt att använda sig av en marknadsekonomisk modell baserad på fri konkurrens.<sup>96</sup> Calissendorff och Grönfors ligger förhållandevis långt ifrån varandra i debatten avseende avtals uppkommande

---

<sup>91</sup> NJA II 1915 s. 162.

<sup>92</sup> Grönfors, 1995, s. 59ff.

<sup>93</sup> Ibidem, s. 62f.

<sup>94</sup> JT 1993/94, s. 237f.

<sup>95</sup> Se avsnitt 6.

<sup>96</sup> JT 1993/94, s. 240.

och ett eventuellt skadeståndsansvar i samband med detta. I avsnitt 6 ges en något mer nyanserad bild av förutsättningarna för att prekontraktuellt skadestånd skall utgå. Generellt kan sägas att Grönfors avtalsmodell inte fått något genomslag i svensk rättstillämpning.

## 5.2 Avtalets bakomliggande principer

Inom avtalsrätten finns två förhärskande principer, viljeprincipen och tillitsprincipen, vilka båda inverkar på hur avtalsbundenheten skall bedömas och i längden ett avtals innehåll bestämmas. I doktrin talas om ett samspel mellan den förpliktades vilja, uttrycket för dennes vilja och hur motparten uppfattar viljan, det vill säga tilliten. Viljeprincipen kan kort beskrivas som så att det är den rättshandlandes vilja som är det rättsskapande elementet.<sup>97</sup> Den rättshandlande kan alltså enbart bli bunden i den omfattning som följer av individens faktiska vilja. I sammanhanget är det viktigt att trycka på det faktum att viljan måste manifesteras på något sätt så att avgivaren kan skapa tillit hos motparten, det vill säga att den faktiska viljan måste överensstämma med den förklarande viljan.<sup>98</sup> Viljeprincipen har i AvtL fått genomslag i bland annat 32 § andra stycket AvtL i form av reglerna avseende förvanskning, men även i de icke lagstadgade principerna om obehörigt utgivande och förfalskning.

I motsats till viljeprincipen lägger tillitsprincipen sin tyngdpunkt på medkontrahentens intresse av att kunna förlita sig på motpartens agerande. Motpartens goda tro tillmäts större betydelse än den rättshandlande partens faktiska vilja, det vill säga i de fall den förklarande viljan inte stämmer överens med den faktiska viljan har motpartens goda tro företräde.<sup>99</sup> Tillitsprincipen har fått stort genomslag i nordisk avtalsrätt och har indirekt lagstadgats genom 32 § första stycket AvtL.<sup>100</sup> Även om tillitsteorin traditionellt sett har ansetts vara förhärskande har båda principerna betydelse, både i form av tolkning av avtalsinnehåll och i fråga om att avgöra om ett bindande avtal föreligger. Det blir alltså upp till domstolen att utifrån faktorerna i det enskilda fallet avgöra vilken av principerna som skall väga tyngst och på så vis få genomslag i domslutet. Tillitsprincipen har fått stor betydelse vid bedömningen av prekontraktuellt skadeståndsansvar, där domstolen ser till om motpartens tillit varit befogad eller inte.<sup>101</sup> En närmare genomgång av avtalsrättslig praxis avseende vilje- och tillitsprincipen ligger dock utanför arbetets avgränsning.

Förutom viljeprincipen och tillitsprincipen spelar lojalitetsprincipen och vigilansprincipen stor betydelse vid tolkningen av ett avtals rättsverkningar. Vigilansprincipen kan i korthet beskrivas som det ansvar som en person har för sitt eget rättshandlande.<sup>102</sup> En avtalspart har ett ansvar för sig själv i de

---

<sup>97</sup> Adlercreutz I, s. 37.

<sup>98</sup> Svensson, 1996, s. 34f.

<sup>99</sup> Ibidem, s. 38f.

<sup>100</sup> Adlercreutz I, s. 37.

<sup>101</sup> Kleineman, 1987, s. 417ff.

<sup>102</sup> Principen kan härledas ur rättsfallet NJA 1978 s. 147 där HD uttalade att kommersiella parter har ett visst ansvar för de åtgärder de vidtar i samband med avtalsförhandlingar. HD ansåg att en part som utgångspunkt inte kan anses ha ett ansvar för vilka åtgärder motparten



avtal han försöker ingå och ingår. Som exempel kan tas att en part som deltagit i avtalsförhandlingar vilka avbrutits. Under förhandlingarna har samma part ådragit sig ett antal kostnader. Vigilansprincipen säger i dessa fall att parten inte skall erhålla ersättning för kostnaderna då han får skylla sig självt att han ådrog sig dem.

Lojalitetsprincipen bygger till skillnad från vigilansprincipen på att parterna i ett avtal har en lojalitet gentemot varandra att få ut så mycket som möjligt av avtalet.<sup>103</sup> Lojalitetsprincipen har delvis lagstadgats genom 36 § AvtL. Ytterligare exempel på normbildning avseende lojalitetsprincipen är art. 1.7 i UNIDROIT som föreskriver att parterna måste agera i ”good faith” i förhållande till varandra.<sup>104</sup> Föreskriften om ”good faith” går inte att avtala bort utan anses fungera som en form av allmän rättsprincip som skall genomsyra alla avtalsförhållanden.<sup>105</sup> Lojalitetsplikten kan även förekomma innan ett faktiskt avtal kommit till stånd eller uttryckligen existerar.

Lojalitetsplikten har rättsekonomiska inverknings på så vis att den bland annat minskar transaktionskostnaderna och påverkar den samhällsekonomiska effektiviteten.<sup>106</sup> Transaktionskostnaderna minskar då parterna utifrån lojalitetsplikten måste delge upplysningar till varandra som annars hade varit kostsamma att inhämta. Därmed leder befogad tillit till att transaktionskostnaderna minskar. Tilliten reducerar nämligen behovet av kontroll och övervakning av motparten samt ett alltför omfattande kontraktsskrivande. Holm menar att den befogade tilliten fungerar därmed som ett smörjmedel som reducerar friktionen mellan aktörerna i utbytessituationen.<sup>107</sup>

## 5.3 Krav på avtalsinnehållet

En anbudsgivare är enligt 1 § första stycket AvtL bunden av sitt anbud under den frist som angivits i anbudet. En fråga som därmed uppkommer är vilka formella och materiella krav som kan ställas på en viljeförklaring för att den skall anses utgöra ett anbud och därigenom binda anbudsgivaren i enlighet med AvtL. AvtL ger inget direkt svar på vad som fordras av ett anbud för att detsamma skall vara bindande. Enligt UNIDROIT art. 2.1.1 och art. 2.1.2 föreskrivs att anbudet måste vara tillräckligt tydligt för att kunna läggas till grund för ett avtal och anbudsgivaren måste uttrycka en vilja att bli bunden av accepten. Utgångspunkt tas här i parternas förhållande till varandra och den eventuella praxis som förekommer mellan parterna. Generellt torde krävas att själva ”avtalskärnan” förekommer i anbudet för att detta skall bli bindande. Avtalskärnan kan anses vara den del av avtalets kärna som, om det saknas, inte kan utfyllas av domstolen. I rättsfallet NJA

---

vidtar innan avtalet har ingåtts, det vill säga att vardera part står risken innan avtal kommit till stånd.

<sup>103</sup> Ramberg, 2006, s. 35f.

<sup>104</sup> UNIDROIT är visserligen inte gällande i svensk rätt såvida inte parterna uttryckligen hänvisat till densamma, men den aktuella artikeln kan till viss del anses ge uttryck för en allmän rättsprincip avseende lojalitetsplikten.

<sup>105</sup> Kommentarer till UNIDROIT Principles 2004, s. 21.

<sup>106</sup> Jmf. Hultmark, 1993, s. 10f.

<sup>107</sup> Holm, 2004, s. 13.

1978 s. 147, som kommer att behandlas närmare i avsnitt 6, fastslog HD att för att det skall kunna föreligga ett avtal krävs att någon form av avtalskärna avtalats mellan parterna. I det aktuella fallet hade det inte avgjorts vilken typ av avtal som skulle ingås mellan parterna, de hade inte avgjort avtalets löptid eller hur vederlaget skulle bestämmas. Sammantaget innebar detta att avtal ej ansågs föreligga. Enligt både HD i 1978 års fall och art 2.1.2 i UNIDROIT kan dock kravet på en existerande avtalskärna i ett anbud frångås om det förekommer avtalspraxis mellan parterna. En sådan praxis kan till exempel bygga på en avtalad förhandlingsordning mellan parterna.

## 5.4 Avtalad förhandlingsordning

AvtL föreskriver i 1 § andra stycket att parterna genom avtal kan frånga den ordning som föreskrivs i 1 kap. AvtL avseende avtals ingående. Bestämmelserna är alltså dispositiva.<sup>108</sup> Vid omfattande avtalsförhandlingar är det därför vanligt att parterna genom ett föravtal eller en avsiktsförklaring avtalar hur och när avtalsbundenhet skall uppkomma. Anledningen till detta är att parterna inte vill riskera att bli bundna innan möjlighet förelegat att granska avtalet i dess helhet. I vissa fall krävs inte ens att en särskild förhandlingsordning avtalats, utan parterna kan genom sitt faktiska agerande och tidigare partsbruk ingå avtal på annat sätt än som föreskrivs i 1 kap. AvtL. Problemet med avtalade förhandlingsordningar är tolkningen av dem. Ibland kan det till exempel vara så att ett skriftligt avtal aldrig upprättas innan avtalet fullgörs, trots att förhandlingsordningen föreskriver detsamma. Tidpunkten när skriftlighetskravet intas i förhandlingarna utgör också ett tolkningsproblem. Om kravet intas sent i förhandlingarna kan det diskuteras om inte ett bindande avtal uppkommit redan innan dess att skriftlighetskravet uppkommit. Ramberg menar dock att en förhandlingsordning som föreskriver ett krav på skriftligt kontrakt brukar dock upprätthållas.<sup>109</sup>

## 5.5 Letter of intent (LOI)

LOI används ofta i stora projekt/avtal där parterna successivt vill summera vad som hittills överenskommit för att på så vis avge en form av lojalitetsförklaring på att de avser att fortsätta och slutföra förhandlingarna. Andra skäl som ofta anges är att det blir svårare för parterna att ändra det som fastslagit i avsiktsförklaringen. Parterna drar sig därför sannolikt för att, när de segdragna och omfattande förhandlingarna är i hamn, börja omförhandla smådetaljer som skulle kunna omkullkasta hela transaktionen.

Ett LOI, eller en avsiktsförklaring som är dess svenska benämning, utgör som utgångspunkt inte ett juridiskt bindande dokument utan är endast moraliskt förpliktande för parterna.<sup>110</sup> Huruvida avsiktsförklaringarna överhuvudtaget är moraliskt bindande är delvis omdiskuterat, i vart fall

---

<sup>108</sup> Ramberg, 2006, s. 92.

<sup>109</sup> Ibidem, s 93.

<sup>110</sup> Hellner Jan, 1993, s. 37f.

bland praktikerna.<sup>111</sup> Den generella åsikten är dock att i vart fall någon form av moralisk bindning uppkommer. Ett LOI ger normalt sett således inte möjlighet att kräva motparten på ersättning då ett slutligt avtal inte ingåtts. LOI är ursprungligen en amerikansk uppfinning men har i stor utsträckning börjat användas inom hela det västerländska affärlivet. Utgångspunkten var länge att LOI inte var juridiskt bindande, men när Supreme Court i USA 1987 i rättsfallet *Pennzoil v. Texaco* fastslog att en avsiktsförklaring mycket väl kan vara bindande uppstod en osäkerhet i affärlivet och den juridiska sfären hur bindande avsiktsförklaringarna egentligen var.<sup>112</sup> Denna osäkerhet kvarstår än idag, varför det är vanligt att parterna är väldigt tydliga när de formulerar sina avsiktsförklaringar för att i största möjliga mån undvika att en situation där ofrivillig avtalsbindning uppkommer.

Avsiktsförklaringar förekommer även i form av så kallade stödjobrev ("letter of comfort") som utfärdas av till exempel moderbolag till förmån för sitt dotterbolag. Både LOI och LOC är avsiktsförklaringar, men de har olika syfte. LOI utgör en avsiktsförklaring att arbeta för att i framtiden ingå avtal, medan LOC utgör en avsiktsförklaring att såvida inte extraordinära omständigheter inträffar så har utfärdaren för avsikt att stödja den som LOC utfärdas för.<sup>113</sup>

Avsiktsförklaringar har varit uppe till bedömning i HD i tre fall. I NJA 1992 s. 375 ansågs ej avsiktsförklaringen vara bindande för utgivande part medan utgången blev den motsatta i NJA 1994 s. 204. I det senare rättsfallet menar Bogdan att HD tolkat avsiktsförklaringen som en *rebus sic stantibus*, det vill säga att en avsiktsförklaring innebär att utställaren åtar sig att under förklaringens giltighetstid inte ändra sina avsikter utom i fall då förhållandena har ändrats på ett sätt som inte kunde tas i beräkning då förklaringen utfärdades.<sup>114</sup> I rättsfallet NJA 1995 s. 586 valde dock HD att lite märkligt ge avsiktsförklaringen den innebörd som följde av dess ordalydelse. Bogdan menar att HD:s ställningstagande i 1995 års fall i princip innebär att HD likställt avsiktsförklaringar med löften, och att detta är problematiskt med tanke på den inställning som råder i affärlivet i stort avseende avsiktsförklarings rättsliga värde.<sup>115</sup>

Av visst intresse i sammanhanget är HovR:s avgörande T 358-99. I det aktuella målet förefaller HovR ha bortsett från NJA 1995 s. 586 och tolkat stödjobrevet i enlighet med 1994 års fall, det vill säga att åtagandet sågs som *rebus sic stantibus*. Med anledning därav, och då förhållandena som uppstått

---

<sup>111</sup> Unger, 1990, s. 291-307.

<sup>112</sup> *Pennzoil v. Texaco, Inc.*, 481 U.S. 1 (1987). Omständigheterna i fallet var att P med G ingått en avsiktsförklaring att P skulle förvärva G, men det krävdes att båda bolagens styrelser godkände affären. När sedan T lade ett bättre bud på G valde G att istället ingå avtal med T, varvid P stämde T. Domstolen fann utifrån avsiktsförklaringen och det faktum att densamma ingåtts mellan två parter som vardera hade kontroll i respektive bolagsstyrelse så var förklaringen juridiskt bindande. Därmed hade inte G rätt att frånträda densamma. Enligt domskälen skulle bedömningen om avsiktsförklaringen var juridiskt bindande eller inte baseras på samtliga i målet föreliggande omständigheter.

<sup>113</sup> Bogdan, 1996, s. 74.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> Jmf. Bogdan, 1996, s. 77ff.

rimligen inte kunnat förutses vid stödbrevets utfärdande, ansågs ansvar inte föreligga att uppfylla förklaringens innebörd.

I samtliga tre avgörande från HD rörde det sig om så kallade stödjebrev. Sannolikt torde det trots detta kunna dras värdefulla paralleller avseende HD:s bedömning. Enligt HD:s domskäl i 1995 års avgörande framgår nämligen att det inte är benämningen på överenskommelsen som sådan som är av betydelse utan dess innehåll. Samtidigt är likheterna relativt stora mellan stödjebrev och andra avsiktsförklaringar på så vis att båda typerna av överenskommelser siktar till att i framtiden fullgöra någon form av tänkt förpliktelse. Denna förpliktelse kan antingen vara att påta sig ett betalningsansvar för dotterbolags skulder eller en förpliktelse att arbeta mot att ingå ett gemensamt avtal. En viss tendens i det praktiska affärlivet är att parterna numera, på grund av den rådande osäkerheten om avsiktsförklaringarnas bindande verkan, förefaller vara mera noggranna och försiktiga när de formulerar alla typer av avsiktsförklaringar. Man vill inte riskera att bli bunden i onödan.

Ett LOI består oftast av två olika typer av villkor, dels villkor som till sin natur inte är bindande såsom själva avsiktsförklaringen att parterna i framtiden avser att ingå ett visst avtal, dels villkor som är bindande som till exempel sekretessklausuler och exklusivitetsklausuler. Ofta föreskriver parterna uttryckligen i sitt LOI vilka villkor som skall vara juridiskt bindande för att på så vis säkerställa att de inte binds vid något de inte avsett. Samtidigt utgör en sådan skrivning tolkningsunderlag för domstolen när den i samband med eventuell tvist skall avgöra vad som gäller. Ett sätt som förekommer är att parterna brukar föreskriva att vardera part står sina kostnader om avtal inte kommer till stånd, det vill säga en reglering av det prekontraktuella skadeståndsansvaret. Som huvudregel torde domstolen vara bunden av en sådan skrivning, men samtidigt kan det tänkas uppkomma situationer där så inte är fallet. Om parterna till exempel först väldigt sent i en avtalsförhandling upprättar ett LOI med ett sådant villkor kan det diskuteras om parterna avsett att det skall omfatta kostnader som uppkommit långt innan avsiktsförklaringens upprättande. På samma sätt skulle kunna ifrågasättas om en så generell skrivning skall omfatta stora kostnader som uppkommit efteråt och som parterna inte varit medvetna om när de ingick avsiktsförklaringen. Här borde bristen på samstämmig vilja möjliggöra för domstolen att bortse från parternas reglering. Detta påverkas naturligtvis av vilken avtalstyp avsiktsförklaringen är hänförlig till. För företagsförvärv ådrar sig vardera part ofta enbart ombudskostnader, medan en part i förhandlingar om till exempel förvärv av fastighet kan ådra sig betydande kostnader.<sup>116</sup> Om ena parten, efter att förhandlingarna inletts och ett LOI upprättats, utan godtagbar ursäkt och på ett vilseledande sätt drar sig ur förhandlingarna skulle detta kunna leda till att ansvar.<sup>117</sup> LOI utgör på så vis en indikation på den lojalitetsplikt som parterna har när domstolen väger lojalitetsprincipen och tillitsprincipen mot vigilansprincipen för att avgöra om ett prekontraktuellt skadeståndsansvar föreligger.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Jmf. NJA 1987 s. 147.

<sup>117</sup> Rodhe, 1984, s. 495.

<sup>118</sup> NJA 1978 s. 147. Här avses framförallt HD:s domskäl.

# 6 Prekontraktuellt skadeståndsansvar

## 6.1 Allmänna reflektioner utifrån föreliggande rättspraxis

I detta kapitel skall med hjälp av bland annat inomobligatoriska prekontraktuella regler belysas vilka faktorer som kan anses utgöra nyckeln för att erhålla utomobligatorisk ersättning på grund av ett prekontraktuellt ansvar hos motparten. Inledningsvis undersöks de obligationsrättsliga reglerna och därefter görs en genomgång av det utomobligatoriska området med ledning av de slutsatser som vaskats fram i den första delen. I sista hand skall exempel ges på vilken typ av faktorer som kan tänkas vara utlösande faktorer för ett utomobligatoriskt prekontraktuellt skadeståndsansvar för att på så vis ge en helhetstäckande bild av regleringen i svensk rätt. Utomobligatoriskt prekontraktuellt skadeståndsansvar är som bekant inte är lagstadgat, varför praxis och doktrin spelar en avgörande roll för dess tillämpning. Därmed finns det även delvis olika uppfattning vad som skall krävas för att ett ansvar skall kunna utlösas. Av denna anledning presenteras olika förslag till lösningar från doktrin för att försöka hitta gemensamma nämnare för ansvar. Antalet fall i praxis är få, HD har i tre fall avgjort frågor direkt hänförliga till utomobligatoriskt prekontraktuellt skadeståndsansvar. I övrigt finns det ett visst antal fall där frågan om prekontraktuellt ansvar indirekt avgjorts. Inledningsvis refereras och sammanfattas de tre centrala rättsfallen.

### 6.1.1 NJA 1963 s. 105

I rättsfallet hade G, som var ägare till bolaget A, fört förhandlingar med E om anställning i bolaget såsom VD. Efter en tids förhandlingar enades parterna om de flesta av villkoren för E:s anställning, vilket slutligen ledde till att ett anställningsavtal översändes till E. Centralt i fallet var dock att avtalet innan det kunde träda i kraft skulle godkännas av bolagsstämman i A, där G var ledamot. Detta var E medveten om. Efter ett tag översändes ett telegram från G till E att densamme skulle inställa sig för att påbörja anställningen trots att avtalet inte formellt godkänts. Enligt HD medförde omständigheterna att E bibringats uppfattningen att godkännandet från bolagsstämman enbart var en formsak. Då stämman i A senare inte godkände avtalet yrkade E ersättning från G för att avtalet inte kommit till stånd.

HD utdömde ansvar och tillerkände E ersättning motsvarande flyttkostnader och viss utebliven lön från sin gamla anställning. Som motivering angav HD att G haft vetskap om att det kunde bli problem att driva igenom anställningsavtalet i styrelsen, men likväl hade avsänt ett telegram till E som sade motsatsen. Då G hade en stark position i styrelsen samt att ytterligare en styrelseledamot delvis deltagit i förhandlingarna parterna emellan ansågs

E ha haft rätt att sätta befogad tillit till det telegram som avsändes till honom. G ansågs därigenom genom vårdslöshet ha ådragit sig ett prekontraktuellt skadeståndsansvar, det vill säga att ansvar utgick på grund av culpa in contrahendo.

### **6.1.2 NJA 1978 s. 147**

I rättsfallet hade A och T förhandlat om en framtida upplåtelse av en butikslokal i A:s fastighet. Parterna hade under förhandlingarna träffat ett muntligt projekteringsavtal men utan att reglera centrala frågor såsom upplåtelseform, vederlag, m.m. Enligt projekteringsavtalet skulle A renovera lokalen efter anvisningar från T. Då något slutligt avtal aldrig kom till stånd mellan parterna efter att T dragit sig ur förhandlingarna, krävde A ersättning för de kostnader denne ådragit sig för bland annat ombyggnationen av lokalen efter T:s önskemål och återställandet av lokalen så den kunde överlåtas till tredje part. Ersättning yrkades även för hyresförlust under aktuell tidsperiod.

HD fastslog först och främst att något bindande avtal eller föravtal inte ingåtts mellan parterna då det så kallade projekteringsavtalet inte var tillräckligt preciserat. Genom projekteringsavtalet hade enligt HD endast uppkommit en lojalitetsplikt för parterna att arbeta mot en framtida upplåtelse av lokalen. HD ställde i rättsfallet lojalitetsprincipen mot vigilansprincipen där den sistnämnda vann och ansvar förelåg därmed inte. HD menade att det måste ha stått klart för parterna att ett projekteringsavtal av aktuell typ innebar ett visst risktagande, och även om T i enlighet med lojalitetsprincipen fick anses ha en skyldighet att hålla sin motpart underrättad om utvecklingen på sin sida, så hade T samtidigt rätt att, då det rörde sig om ett kommersiellt förhållande, förutsätta att A kunde tillvarata sina egna intressen. Slutsatsen blev att ersättning inte utgick.

### **6.1.3 NJA 1990 s. 745**

I fallet hade B och S förhandlat om att ingå ett exklusivt återförsäljaravtal avseende pumpar. En förutsättning för att detta skulle kunna ske var att S erhöll licensrätten till nämnda pumpar från tredje part. I väntan på att detta skulle ske överenskom B och S om att B så länge skulle få sälja pumparna. I samband med att S erhöll licensrätten översändes i februari ett meddelande till B. Trots detta ingicks inget avtal med B, som krävde ersättning för de kostnader han ådragit sig till följd av uppbyggnaden av sin försäljningsorganisation inför det förväntade kontraktet.

HD konstaterade inledningsvis att något bindande återförsäljaravtal inte kommit till stånd mellan parterna. Den från S till B i februari avsånda meddelandet ansågs, med hänvisning till hur det tillkommit och dess tänkta syfte, ej utgöra någon viljeförklaring från S att de slutligt ville ingå avtal med B. HD fastslog att det en bit in i förhandlingarna parterna emellan mycket riktigt hade uppkommit en lojalitetsplikt mellan parterna, och i denna plikt låg även ett visst ansvar att tillse att motparten inte ådrog sig onödiga kostnader. För att ersättning skulle utgå krävdes dock ett illojalt beteende från S:s sida, något som HD ansåg uppkom först när styrelsen

slutligt fattade beslut om att inte tilldela B återförsäljarrätten och styrelsen samtidigt underlät att upplysa B om detta faktum. Från denna tidpunkt fram tills dess att S upplyste B om att avtal ej skulle slutas mellan parterna ansåg HD inte att B ådragit sig några ersättningsgilla kostnader. Ytterligare en avgörande faktor var att B endast lyckats sälja en pump under sin tid som försäljare trots att han haft omfattande kostnader. HD ansåg på grund av detta dels att B borde ha insett att hans resultat därmed skulle kunna påverka möjligheterna att erhålla återförsäljningsrätten, dels att S inte kunde anses ha haft samma fog för att tro att de av B nedlagda kostnaderna var riktigt angivna. Sammantaget ansågs alltså inte ersättningsskyldighet föreligga.

### **6.1.4 Sammanfattning**

För att sammanfatta ovanstående tre rättsfall spelar vigilansprincipen och lojalitetsprincipen en betydande roll i både 1978 och 1990 års fall. Som utgångspunkt kan tas vigilansprincipen, vilken som bekant säger att vardera part under avtalsförhandlingarna får bära de kostnader de ådragit sig. Som ett undantag från detta träder lojalitetsprincipen in, vilket framgår tydligt i både 1978 och 1990 års fall.

Avgörande för 1963 års fall var den tillit som E hade till de uppgifter han erhöll av G. Befogad tillit spelade även viss roll i 1990 års fall, även om tilliten i det fallet inte ansågs lika stor, sannolikt på grund av att osäkerheten avseende om avtal skulle ingås i det fallet berodde på faktorer som parterna inte direkt kunde råda över. I 1978 års fall var däremot den befogade tilliten större eftersom upplåtelseavtalets eventuella uppkomst berodde på parternas egna agerande. Genom att motparten erhåller en befogad tillit förefaller alltså ersättningsskyldighet kunna uppkomma för den part som inte bringar motparten ur villfarelsen.

Vad gäller beräkningen av ersättningen utgick i 1963 års fall ersättning motsvarande flyttkostnader och förlust av redan intjänad lön. I intet fall har alltså ersättning utgått motsvarande det positiva kontraktsintresset.

Sammanfattningsvis kan alltså det utomobligatoriska prekontraktuella skadeståndsansvaret anses bestå av tre avgörande faktorer. Någon form av lojalitetsplikt, befogad tillit samt subjektiva rekvisit hos både skadevållaren och skadelidande, det vill säga någon form av vållande, insikt samt god tro. Lojalitetsprincipen och tillitsprincipen är delvis två sidor av samma mynt, och det kan diskuteras vilken av dem som skall ha störst betydelse för att ansvar skall anses föreligga.

## **6.2 Prekontraktuellt lagstadgat ansvar**

Inom det kontraktsrättsliga området finns det flera regler som behandlar prekontraktuella situationer, till exempel regler om vad som gäller när parterna utbyter information med varandra och i vilka fall en part måste upplysa motparten om förhållanden på sin sida.<sup>119</sup> Liknande regler finns till

---

<sup>119</sup> Se t.ex. 18 § KöpL och 19 § KKL.

viss del även inom straffrätten och avtalsrätten. Uppgifterna som lämnas i samband med ett uppgiftsansvar måste uppnå en viss grad av konkretisering för att anses kunna grundlägga ett prekontraktuellt ansvar.<sup>120</sup> Även avgränsningen av den grupp som tar emot uppgifterna har betydelse för ansvar.<sup>121</sup> Ju mer individualiserade uppgifterna är desto större är sannolikheten att ansvar kan anses föreligga, förutsatt att uppgifterna är tillräckligt konkretiserade.<sup>122</sup>

I det följande görs en exemplifiering av lagstadgade regler vilka reglerar prekontraktuella förhållanden. För de kontraktsrättsliga reglerna rör det sig här om regler som parterna kan åberopa för ansvar *efter* att ett avtal har ingåtts mellan parterna. Exemplifieringen är på intet sätt heltäckande för den prekontraktuella regleringen, utan avser endast peka på vissa allmänna principer som kan tillämpas även på det utomobligatoriska området.

## 6.2.1 Ansvaret för lämnade uppgifter

Den straffrättsliga regleringen av uppgiftsansvaret är främst intressant utifrån en analys av brotten bedrägeri och oredligt förfarande i 9 kap. BrB. Ur prekontraktuell synpunkt är brotten betydelsefulla, dels eftersom deras existens möjliggör ett åberopande av 2 kap. 2 § SkL och den därigenom följande möjligheten till ersättning, dels eftersom brotten inte kräver att brottsoffret satt befogad tillit till de lämnade uppgifterna.

För att bedrägeri skall föreligga krävs ett vilseledande som förmått någon till en disposition som inneburit skada för denna part och vinning för motparten.<sup>123</sup> Vilseledandet skall bedömas utifrån den vilseleddes perspektiv och det avgörande är huruvida offret faktiskt blivit vilselett, inte om det varit befogat för honom att sätta tilltro till uppgifterna. Att enbart utnyttja motpartens villfarelse avseende ett visst faktum är dock inte straffbart, utan brottsoffret måste genom vilseledandet blivit förmådd att vidta dispositionen.<sup>124</sup>

Oredligt förfarande enligt 9 kap. 8 § BrB utgör ett komplement till övriga brott i 9 kap. BrB. Skillnaden i förhållande till ansvar för bedrägeri är att oredligt förfarande inte innefattar något vinningsrekvisit.<sup>125</sup> Därigenom ligger alltså brottet oredligt förfarande mellan bedrägeribrottet och det straffria området. Enligt straffrättskommittén kan ett tänkbart fall vara om en person förleds att vidta en resa i syfte att tillträda en anställning som inte existerar. Likheter till 1963 års HD avgörande är här stora och det skulle kunna diskuteras i vad mån G inte kunde anses ha gjort sig skyldig till oredligt förfarande. Därigenom skulle möjligheterna till ersättning ha öppnats sig redan utifrån en tillämpning av 2 kap. 2 § SkL. Denna fråga prövades dock inte av HD.

---

<sup>120</sup> Björkdahl, 2007, s. 48f.

<sup>121</sup> Jmf. Prop. 2002/03:133, s. 15f.

<sup>122</sup> Jmf. Björkdahl, 2007, s. 57ff.

<sup>123</sup> Holmqvist, m.fl., 2007, s. 9:4.

<sup>124</sup> Ibidem, s. 9:5.

<sup>125</sup> Ibidem, s. 9:100-101.



Ansvar för bedrägeri och oredligt förfarande förutsätter att rekvisiten täcks av gärningsmannens uppsåt. Man skulle alltså därigenom kunna säga att brotten utgör en lagstadgad ansvarsmodell för *dolus in contrahendo*. Det är alltså först när *dolus in contrahendo* inte föreligger som man får söka ansvar på andra prekontraktuella grunder, till exempel *culpa in contrahendo*.

Eftersom i princip varje förvrängt faktum kan läggas till grund för ett bedrägeriansvar uppkommer frågan hur en tillämpning av straffansvaret förhåller sig till avtalsförhandlingar. Vid förhandlingar är det vanligt att parterna håller på information om sitt syfte med affären och vad deras tänka vinst kommer att bli. Enligt Straffrättskommittén kan det i inte ringa utsträckning anses tillåtet att i samband med avtalsförhandlingar dölja sina avsikter med affären för motparten utan att detta utgör bedrägeri. Det är enbart i sådana fall där vilseledandet klart överstiger den gräns som enligt gängse uppfattning gäller som ansvar skall kunna utgå.<sup>126</sup> Möjligheterna att tillämpa brotten i 9 kap. 1 § och 9 kap. 8 § BrB vid avtalsförhandlingar torde därför vara relativt små, då det med all sannolikhet krävs ett rätt tydligt uppsåtligt vilseledande för att ansvar skall kunna utgå.

De straffrättsliga reglerna kan jämföras med regleringen av svek i 30 § AvtL och agerande i strid mot tro och heder i 33 § AvtL. Även om avtalslagens ogiltighetsgrunder inte torde vara direkt tillämpliga då det inte ingåtts något avtal är grunderna för lagbestämmelserna av intresse. För att svek skall anses föreligga måste en part på grund av motpartens svikliga förledande ha företagit en rättshandling. Kausalsamband krävs således mellan det svikliga förledandet och rättshandlingens vidtagande. Det krävs vidare ett uppsåtligt eller i vart fall avsiktligt vilseledande för att svek skall föreligga.<sup>127</sup> Man burkar i dessa fall säga att skadevällaren måste på ett aktivt sätt vilselätt motparten, det vill säga utsatt någon för svikligt förtigande.

För att avtalet skall bli ogiltigt enligt 33 § AvtL krävs däremot enbart ett passivt utnyttjande av motpartens villfarelse, så kallat ohederligt förtigande. Det ohederliga förtigandet till skillnad från det svikliga förtigandet kräver alltså inte att man framkallar villfarelsen hos motparten. Varken 30 eller 33 §§ AvtL uppställer ett vinningsrekvisit, varför det kan tänkas uppkomma fall där ett avtal kan ogiltigförklaras utan att bedrägeri föreligger enligt 9 kap. 1 § BrB. Helt klart är att man ur grunderna till 30 och 33 §§ AvtL kan se en skyldighet att i vissa fall delge uppgifter till motparten och även ett ansvar för felaktiga uppgifter som lämnats på ett svikligt sätt.

För att avgöra vilken typ av uppgifter som omfattas av uppgiftsansvaret samt hur pass konkreta dessa uppgifter skall vara kan ledning tas av de obligationsrättsliga reglerna. För utfästelser ansvarar säljaren för uppgifternas riktighet och därigenom föreligger strikt skadeståndsansvar.<sup>128</sup> Utfästelser kan göras gällande utan stöd i lag, då dessa ses som en form av viljeförklaring från avgivaren till mottagaren.<sup>129</sup> I samband med

---

<sup>126</sup> Ibidem, s. 9:9. Se även avsnitt 6.2.3.

<sup>127</sup> Adlercreutz, 2002, s. 276f.

<sup>128</sup> Björkdahl, 2007, s. 74f.

<sup>129</sup> Ibidem, s. 74.

avtalsförhandlingar är det sannolikt inte vanligt att utfästelser ges, men om så trots allt är fallet torde det föreligga ett uppgiftsansvar och därigenom rätt till ersättning. Det är för de oriktiga uppgifterna som ansvaret är lite mer svårbedömt, där en central fråga är huruvida part har haft rätt att sätta tilltro till uppgifterna eller inte.

Oriktiga uppgifter bedöms enligt 18 § KöpL. I detta sammanhang är det av intresse att lyfta fram så kallade enuntiationer. En enuntiation är en uppgift som typiskt sett är ägnad att väcka köparens befogade tillit men som inte är tillräckligt uttrycklig för att anses vara en utfästelse.<sup>130</sup> För att uppgifterna skall få betydelse måste de enligt lagtexten ha haft betydelse för avtalet. Dessutom måste uppgifterna ha varit tillräckligt konkreta för att kunna läggas till grund för ett anspråk. Som exempel på vad som inte anses tillräckligt konkret kan nämnas allmänt lovprisande eller andra uttalanden av säljfrämjande karaktär.<sup>131</sup> Sammantaget torde alltså, för att man skall kunna tillämpa ett uppgiftsansvar för enuntiationer även i utomobligatoriska fall, det krävas att det rör tillräckligt tydliga, preciserade uppgifter som rör avgivarens egen prestation. Samtidigt måste uppgifterna ha lämnats i en sådan situation att det varit befogat för köparen att fästa tillit till desamma.<sup>132</sup> I annat fall måste ett vårdslöst agerande från skadevällaren föreligga.

För att ett uppgiftsansvar skall föreligga måste som tidigare visat uppgifterna vara av viss form och art. Ussing menar att uppgifterna i vart fall måste ha framkallat motpartens rättshandling och att de varit väsentliga för mottagaren, vilket avgivaren måste eller borde ha insett för att ansvar skall föreligga.<sup>133</sup> Karlgren menar att den som lämnar uppgifter vilka motparten trots på svarar för riktigheten av desamma så länge de rör uppgiftslämnarens egen prestation.<sup>134</sup> Om uppgifterna rör något annat krävs det sannolikt att avgivaren agerat vårdslöst för att ansvar skall kunna utgå.

Inom avtalsrätten har uppgiftsansvaret delvis reglerats inom ramen för förutsättningsläran. Enligt Lehrberg kan en förutsättning vara relevant vid relevansprövningen om den är befogad med hänsyn till lämnade utfästelser eller enuntiationer från motparten. Med enuntiationer omfattas här även säljarens beteende i samband med avtalsslutet.<sup>135</sup> Enuntiationer kan få betydelse vid bedömningen av om en omständighet skall vara relevant eller inte beroende på om det varit befogat att sätta tillit till uppgiften. Ofta är dock inte enuntiationerna i sig tillräckliga för att göra förutsättningen relevant, men de kan få betydelse i samband med en helhetsbedömning av samtliga föreliggande omständigheter.<sup>136</sup> Sammantaget måste dock uppgifterna ha gett motparten en berättigad tillit. För att så skall ske måste uppgifterna vara någorlunda preciserade och bestämda och vara hänförliga till uppgiftslämnarens kontrollsfär. Det är endast för enuntiationer och till

---

<sup>130</sup> Lehrberg, 2008, s. 236.

<sup>131</sup> Prop. 1988/89:76, s. 88.

<sup>132</sup> Ibidem, s. 75.

<sup>133</sup> Ussing, 1945, s 181f.

<sup>134</sup> Karlgren, 1954, s. 93f.

<sup>135</sup> Lehrberg, 1989, s. 329.

<sup>136</sup> Ibidem, s. 350f.

uppgifter som på ett tydligt sätt är hänförliga till uppgiftslämnarens kontrollsfär som motparten har rätt att sätta tilltro.<sup>137</sup> Inom ramen för förutsättningsläran finns alltså således en viss möjlighet att en enuntiation kan anses relevant om den grundat befogad tillit. Därmed skulle vissa paralleller kunna dras till möjligheterna att grunda ett uppgiftsansvar redan på enuntiationer, såtillvida att motparten haft rätt att sätta befogad tillit till uppgifterna.

## 6.2.2 Kontraktuell upplysningsplikt

Ett annat fall av prekontraktuellt ansvar inom kontraktsrätten är upplysningsplikten som utgör en del av den allmänna lojalitetsplikten.<sup>138</sup> En sådan kan aktualiseras om säljaren vet att köparen har ett specifikt ändamål med köpet och har uppgifter som därmed skulle kunna påverka avtalet. Hultmark formulerar upplysningsplikten som:

*”Det är tillräckligt att konstatera att avtalsparten har faktisk kännedom om ett visst förhållande, att han vet om att motparten saknar sådan kännedom och han inser att förhållandet är av betydelse för motparten.”*<sup>139</sup>

Vidare måste det röra sig om sådana typiska förväntningar som motparten har fog att förvänta sig att bli upplyst om.<sup>140</sup> Traditionellt sett bär dock varje part själv risken för sitt ändamål med avtalet, varför det i fall av ansvar föreligger ett undantag från denna princip.<sup>141</sup> För att en upplysningsplikt skall uppkomma torde det därför krävas att det i vart fall föreligger ett svikligt eller ett ohederligt förtigande enligt 30 och 33 §§ AvtL. Vad gäller det culpösa förtigandet enligt grunderna till förutsättningsläran får det snarare göras en bedömning av närvaron av culpa på båda sidor och vilken part som stått närmast att bära risken.

Generellt sett kan antas att upplysningsplikten avseende omständigheter rörande en varas egenskaper eller en tjänsts beskaffenhet även bör tillämpas utanför det kontraktsrättsliga området.<sup>142</sup> I vart fall så länge det rör sig om uppgifter som rör en parts egen prestation, då denna part vanligtvis har en omfattande sakkunskap på just detta område. Enligt Karlgren kan det dock inte anses föreligga en allmän upplysningsplikt vad gäller användbarheten av en prestation.<sup>143</sup> Därmed torde viss tvekan föreligga vad gäller möjligheten att göra gällande en upplysningsplikt baserad på särskilda ändamål på det utomobligatoriska området. Detta följer av att särskilda ändamål ofta kan hänföras till varans användbarhet. Sammantaget har skyldigheten att upplysa om en varas eller tjänsts användbarhet sannolikt begränsad betydelse på det oreglerade området, i vart fall i den omfattning som följer på det kontraktuella området.<sup>144</sup>

---

<sup>137</sup> Ibidem, s. 369ff.

<sup>138</sup> Se t.ex. 16 § 2st. KKL och 17 § 2 st. 2 p. KöpL.

<sup>139</sup> Hultmark, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, s. 19.

<sup>140</sup> Ibidem.

<sup>141</sup> JT 1991/92, s. 137.

<sup>142</sup> Björkdahl, 2007, s. 105ff.

<sup>143</sup> Karlgren, 1954, s. 107f.

<sup>144</sup> Jmf. 17 § 2 st. 2 p. KöpL.

### 6.2.3 Avtalsrättsliga prekontraktuella regler

Inom avtalsrätten brukar reklamationsbestämmelserna i 4 § andra stycket och 6 § andra stycket AvtL anföras som ett uttryck för en prekontraktuell lojalitetsplikt. Det anses illojalt av en part att inte klargöra hur denne vill agera när han eller hon har goda skäl att tro att motparten misstagit sig avseende partens avsikter.<sup>145</sup> Vahlin talar i dessa fall om en form av klargörandeplikt som part har gentemot sin förhandlingsmotpart.<sup>146</sup> Skillnaden mellan klargörandeplikten och upplysningsplikten är principernas ursprung, där klargörandeplikten har sitt ursprung i avtalsrätten medan upplysningsplikten har sitt ursprung i obligationsrätten.

Som visats tidigare kan även 33 § AvtL och dess tillämpning anses påvisa förekomsten av en avtalsrättslig lojalitetsplikt. I rättspraxis används vid tillämpning av 33 § AvtL ofta skrivningen från domstolen att det ålegat part en upplysningsplikt vilken inneburit att han vid underlåtelse av denna inte haft rätt att återropa avtalet.<sup>147</sup>

### 6.2.4 Prekontraktuellt sekretessansvar

Ett annat område av intresse är regleringen av sekretessansvar i L(1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL). Enligt FHL omfattas röjande av sådan information som ur konkurrenshänseende är ägnat att skada motparten. FHL är enbart tillämplig på obehöriga angrepp på företagshemligheterna, varför den inte i grunden kan anses omfatta sådan information som part erhållit på ett korrekt sätt under en avtalsförhandling.<sup>148</sup> Däremot omfattar FHL informationsutbyte även om det inte föreligger ett avtal som reglerar detta utbyte. Det behöver alltså inte vara så att parterna avtalat om hanteringen om informationen utan den kan enbart ha lämnats i förtroende. Det centrala stadgandet är 6 § FHL enligt vilken ersättning kan utgå om någon genom uppsåt eller oaktsamhet utnyttjar eller röjer uppgift som erhållits från motparten. Bestämmelsen gäller alltså endast när mottagaren av informationen insett eller bort inse att informationen erhöles under förutsättning att mottagaren inte obehörigen utnyttjade eller röjde uppgiften.<sup>149</sup> Ett exempel kan vara att i anbudssituationer utnyttja sig av information man erhåller från intressenterna. Däremot föreligger som krav för ansvar fortfarande att skadelidande part skall påvisa skada för att kunna erhålla ersättning, något som i praktiken är mycket svårt när det rör informationsskador.

Vanligtvis har parterna i samband med avtalsförhandlingarna genom ett LOI föreskrivit vilken information som skall överlämnas och till densamma kopplat ett vite som utgår om informationen röjs eller används på ett felaktigt sätt. Därmed kommer parterna runt problematiken med att behöva påvisa skada. Det är när parterna inte har ingått någon överenskommelse om

---

<sup>145</sup> Holm, 2004, s. 88.

<sup>146</sup> Vahlén, 1960, s. 292.

<sup>147</sup> Adlercreutz, 2002, s. 277.

<sup>148</sup> Se 2 § FHL

<sup>149</sup> Lagkommentar Karnov, hämtad 2009-09-21.

sekretessansvaret som man kan diskutera i vilken utsträckning det skall föreligga ett prekontraktuellt sekretessansvar.

Eftersom utbyte av information är vanligt förekommande och ofta direkt nödvändigt i avtalsförhandlingar borde det kunna föreligga någon form av ansvar även om inte FHL är tillämplig eller avtal har ingåtts.<sup>150</sup> Möjligtvis skulle man kunna påstå att sekretessen är underförstådd, men detta måste i sådant fall avgöras utifrån den bransch parterna befinner sig i och vilken branschpraxis som där råder. Paralleller kan här göras till art. 2.1.16 UNIDROIT som föreskriver att det visserligen som utgångspunkt inte föreligger någon tystnadsplikt i avtalsförhandlingar utom i särskilda fall. Dessa särskilda fall är där det utifrån typen av information kan anses att den borde ha hållits hemlig.<sup>151</sup> Här skulle man kunna tänka sig information såsom ritningar, tillverkningsprocesser, och i doktrin nämns bland annat forsknings- och utvecklingsresultat. Helt klart torde det dock vara att röjandet av hemliga uppgifter torde kunna grunda eller i vart fall påverka närvaron av ett prekontraktuellt utomobligatoriskt skadeståndsansvar.

## **6.3 Prekontraktuellt ansvar på utomobligatorisk grund**

### **6.3.1 Avgränsande faktorer**

Huvudregeln är att ren förmögenhetsskada inte ersätts på det utomobligatoriska området såvida den inte orsakats genom brott. Som skäl för denna ståndpunkt anförs vanligtvis att det annars skulle vara väldigt svårt att avgränsa skadevällarens skadeståndsansvar. I de fall ersättning trots allt utgår, till exempel i fall av culpa in contrahendo, har en avgränsning gjorts på så vis att det krävs att vissa omständigheter är för handen för att ersättning skall kunna utgå. En stor skillnad mot prekontraktuellt ansvar på inomobligatorisk grund, det vill säga då avtal föreligger men att anspråket grundas på en prekontraktuell regel, är att där begränsas ersättningskravet vanligtvis av avtalet i sig, vilket av naturliga skäl inte kan ske i utomobligationsrättsliga fall. För ett prekontraktuellt utomobligatoriskt skadeståndsansvar krävs således utöver ett illojalt agerande någon form av avgränsningsmetod. Kleineman avgränsar den ersättningsskyldiga kretsen utifrån graden av befogad tillit, medan Björkdahl ser förekomsten eller frånvaron av en lojalitetsplikt som den avgränsande faktorn. De två principerna hänger dock ihop så pass mycket att man möjligtvis torde kunna tala om dem som delvis samma avgränsande faktor. Genom att använda sig av både lojalitetsplikten och tillitsprincipen som avgränsande faktorer kan en större kontinuitet ses i HD:s resonemang i existerande rättspraxis.

---

<sup>150</sup> Jmf. Björkdahl, 2007, s. 341f.

<sup>151</sup> Kommentar till UNIDROIT Principales 2004, s. 61ff.

### 6.3.1.1 Lojalitetsplikten

Som utgångspunkt förhandlar vardera part på egen risk. Som skäl för detta kan åberopas bland annat marknadsekonomiska överväganden.<sup>152</sup> I både 1978 och 1990 års HD fall förefaller domstolen ha använt sig av lojalitetsplikten för att avgöra om ansvar kunde utgå, det vill säga en form av avgränsning av den potentiellt ansvariga kretsen. För att bedöma om en lojalitetsplikt förelegat har domstolen i dessa fall närmast värderat förhandlingspositionerna och bedömt möjligheterna att dessa skall leda till avtal.<sup>153</sup> En tydlig indikation på att en lojalitetsplikt har uppkommit är att förhandlingarna är så långt gångna att det inte längre rör sig om ett allmänt sonderande av marknaden, utan snarare om ett syfte att få ett avtal till stånd.<sup>154</sup> Vid denna tidpunkt torde det alltså likt HD:s resonemang i 1978 års fall anses ha uppkommit en lojalitetsplikt mellan parterna som gör att de måste ta hänsyn till varandra. Ju fler frågor som de förhandlande parterna är överens om, desto starkare anses generellt lojalitetsplikten vara. Björkdahl menar att kretsen av potentiellt ansvariga skadevällare skall begränsas efter hur förhandlingsläget parterna emellan bedöms utifrån objektiva omständigheter.<sup>155</sup>

För att avgöra om en lojalitetsplikt har uppkommit måste domstolen alltså på något sätt bedöma hur långt i förhandlingarna parterna har kommit, det vill säga under vilka förutsättningar det kan anses att förhandlingsläget har kommit till den punkt där en lojalitetsplikt uppkommit. Som tidigare nämnts kan utfärdandet av ett LOI i sig spela roll på så vis att det i vart fall kan anses påvisa en avsikt eller gemensam vilja hos parterna att fullfölja förhandlingarna och ingå avtal.<sup>156</sup> I de fall det inte föreligger ett LOI får det snarast bli tal om att göra en helhetsbedömning utifrån alla föreliggande omständigheter. Även andra typer av avsiktsförklaringar talar för att en lojalitetsplikt har inträtt.<sup>157</sup> Enligt Adlercreutz förefaller blotta existensen av denna form av överenskommelse utgöra skäl att anse att en lojalitetsplikt har uppkommit.<sup>158</sup> Utifrån NJA 1978 s. 147 förefaller HD ha bedömt innehållet i överenskommelsen som oväsentligt när de gjorde lojalitetsbedömningen. Principöverenskommelsens existens i sig fungerar alltså lojalitetsgrundande, utan att någon bedömning av dess innehåll behöver göras. Naturligtvis torde dock den materiella prövningen av avsiktsförklaringen kunna påverka förekomsten av en lojalitetsplikt i både positiv och negativ riktning.

Att en part i vissa situationer har en klagorandeplikt kan härledas ur reglerna om reklamation i AvtL, där part som mottagit en oren accept i vissa fall måste upplysa acceptgivaren om att accepten inte överensstämmer med anbudet. Annars riskerar mottagaren av accepten att bli bunden vid den orena acceptens innehåll. Bara för att en lojalitetsplikt inträtt upphör

---

<sup>152</sup> Björkdahl, 2007, s. 284-286.

<sup>153</sup> Ibidem, s. 287.

<sup>154</sup> En jämförelse kan här göras med UNIDROIT som enligt art 2.5 föreskriver att som agerande i "bad faith" bland annat avses att fortsätta förhandlingar trots att det inte föreligger någon avsikt att ingå avtal.

<sup>155</sup> Björkdahl, 2007, s. 290f.

<sup>156</sup> Se avsnitt 5.5.

<sup>157</sup> Jmf. Björkdahl, 2007, s. 292f.

<sup>158</sup> Adlercreutz, *Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar*, s. 502.

naturligtvis inte möjligheterna för part att frånträda förhandlingarna. Slutligt bunden är part som bekant inte förrän avtalet har ingåtts. I enlighet med klagörandeplikten torde därför en part efter att en lojalitetsplikt inträtt vara tvungen att underrätta motparten om att man ej önskar ingå avtal, om inte föreligger risk för att ersättnings skyldighet inträder från den tidpunkt då klagörandeplikten åsidosatts.

Huruvida det krävs sakliga skäl för att dra sig ur en förhandling utan att riskera skadeståndsansvar är omdiskuterat. Enligt Hellner är det som huvudregel fritt fram att dra sig ur förhandlingarna utan sakliga skäl.<sup>159</sup> Ställningen i doktrin kan dock i bästa fall anses splittrad. Rättsekonomiska skäl talar för att det skall vara upp till enskild part att lägga företagsekonomiska skäl till grund för att denne vill dra sig ur förhandlingarna.<sup>160</sup> Även i andra fall torde det enligt gällande rätt vara upp till enskild part att avgöra huruvida han vill fortsätta eller avbryta förhandlingarna.

### 6.3.1.2 Befogad tillit

Ett annat sätt att avgränsa den skadeståndsskyldiga kretsen är med hjälp av tillitsprincipen. Samtidigt fungerar befogad tillit som en ”materiell grund” för att ersättning skall kunna utgå. Skadelidande part måste ha haft rätt att sätta befogad tillit till de uppgifter som erhålls av skadevållaren inom ramen för dennes upplysningsplikt. Kravet på tillit gäller både avseende ansvar på inom- som på utomobligatorisk grund. Förutom befogad tillit kan även andra faktorer få betydelse för om ansvar skall anses föreligga och det är delvis omdiskuterat i vilken omfattning det krävs förekomst av befogad tillit eller inte. Enligt Björkdahl är befogad tillit endast en av flera legitimerande faktorer som kan utlösa ansvar.<sup>161</sup> Andra faktorer som skulle kunna påverka förekomsten av prekontraktuellt ansvar är särskild sakkunskap, parts privilegierade ställning, parallella avtalsförhandlingar eller förekomsten av grovt vårdslöst beteende.<sup>162</sup> Flertalet av dessa ligger dock närmare lojalitetsplikten än tillitsprincipen.

Lehrberg å sin sida menar, visserligen inom ramen för förutsättningsläran, att befogad tillit är ett nödvändigt kriterium för att risken skall flyttas över på en viss person vid relevansprövningen.<sup>163</sup> Den sammantagna bilden av doktrin ger närmast vid handen att närvaron av befogad tillit ofta ses, om inte som ett krav så i vart fall som en betydande förutsättning för att ersättning de facto skall kunna utgå. Därigenom tenderar även den befogade tilliten fungera som avgränsande faktor för skadeståndsansvar. Kleineman har till exempel i sin avhandling valt att helt och hållet belysa det prekontraktuella skadeståndsansvaret utifrån en tillitsteoretisk ansvarsprincip.<sup>164</sup> Kleineman använder sig i avhandlingen av den befogade tilliten som avgränsande faktor för att kunna avgöra vilka fall som ska vara ersättningsgilla, men han menar samtidigt att det inte är uteslutet att andra

---

<sup>159</sup> Hellner, 1993, s. 35.

<sup>160</sup> Björkdahl, 2007, s. 305.

<sup>161</sup> Ibidem, s. 234.

<sup>162</sup> Ibidem, s. 231.

<sup>163</sup> Lehrberg, 1989, s. 457 & kap 7.

<sup>164</sup> Kleineman, 1987, s. 420.

omständigheter och infallsvinklar kan anläggas för att avgöra om att prekontraktuell ansvar skall föreligga.<sup>165</sup>

Förekomsten av befogad tillit skall avgöras utifrån en objektiv bedömning frigjord från vad de individuella parterna förutsätter.<sup>166</sup> Björkdahl anser att för att befogad tillit skall föreligga krävs vidare att tilliten baseras på eller bekräftas av omständigheter i en aktuell förhandlingssituation och det objekt som förhandlingarna rör.<sup>167</sup> Det kan här röra sig om specifika uppgifter från avtalsförhandlingarna eller motsvarande uppgifter från skadevällaren. Som regel krävs dock att förväntningen varit synbar för den part som riskerar ansvar. Av betydelse här är att subjektiva omständigheter på skadevällarens sida inte på något sätt påverkar vad skadelidande eventuellt haft befogad anledning att förvänta sig. Befogad tillit är sammantaget en betydelsefull faktor vid fastställandet om ett prekontraktuell skadeståndsansvar föreligger. Dock måste tilliten vägas mot partens ansvar för det egna handlandet för att avgöra huruvida den är befogad eller inte. Är den inte befogad kan den inte ligga till grund för ett ersättningskrav.

### 6.3.2 Formalavtalens betydelse

För vissa typer av avtal föreskrivs en viss form för att avtalet skall anses ingånget på ett riktigt sätt. Som exempel kan nämnas avtal om köp av fastighet enligt 4 kap. 1 § JB och upprättande av testamente enligt 10 kap. 1 § ÄB. Frågan hur kravet på form vid avtals ingående påverkar möjligheterna att erhålla ersättning i prekontraktuella situationer besvarades av HD i NJA 1973 s. 175. I rättsfallet utgick inte ersättning. Köparen hade krävt ett antal åtgärder på fastigheten innan tillträde. När avtal sedan inte ingicks uppkom frågan om ersättning för de kostnader som köparen åsamkat säljaren. HD besvarade frågan nekande och var inte villiga att utvidga det skadeståndsrättsliga området på bekostnad av formkravet. I doktrin har därefter livligt diskuterats om HD verkligen avsett att begränsa möjligheterna till att erhålla prekontraktuell ersättning när ett formkrav föreligger.<sup>168</sup> I RH 1996:154 fastslog HovR, även om utgången blev den motsatta, att möjlighet föreligger att utdöma ersättning på grund av vållande under avtalsförhandlingarna. HovR menade att det kan förekomma starka skäl att utdöma ersättning om part handlat culpöst i samband med förhandlingarna om till exempel ett fastighetsköp, och att HD med all sannolikhet inte bedömt denna fråga i 1973 års fall.

Sammantaget torde detta alltså visa på att det finns möjligheter att erhålla ersättning även för prekontraktuella kostnader i samband med avtalsförhandlingar där lagstiftat formkrav föreligger. Rimligtvis är dock dessa möjligheter mindre än i fall där lagstiftat formkrav ej föreligger, just med hänvisning till att man i sådant läge riskerar att urholka syftet med formkravet.

---

<sup>165</sup> Ibidem, s. 428 ff.

<sup>166</sup> Hellner & Ramberg, 1991, s. 62.

<sup>167</sup> Björkdahl, 2007, s. 232.

<sup>168</sup> Jmf. Björkdahl, 2007, s. 354, särskilt not 206.



### 6.3.3 Parallella avtalsförhandlingar

Parallella avtalsförhandlingar kan tänkas ha betydelse för möjligheterna att erhålla ersättning om något avtal ej kommer till stånd. Enligt Björkdahl är utgångspunkten att det är tillåtet att bedriva konkurrerande förhandlingar fram till dess att en lojalitetsplikt har inträtt.<sup>169</sup> Adlercreutz menar att om parterna har ingått ett LOI så innebär detta att förhandlingar inte får föras med andra parter, även om detta inte uttryckligen framgår av överenskommelsen.<sup>170</sup> Detta torde dock även delvis påverkas av aktuell branschpraxis. Utifrån rättsfallet RH 1996:154 skulle kunna utläsas en viss acceptans för parallella förhandlingar, men samtidigt var sakomständigheterna speciella i fallet.

Adlercreutz ställningstagande kan med hänsyn till rådande praxis i affärlivet anses något kategoriskt. För till exempel auktionsförfarande i samband med företagsförvärv är parallella avtalsförhandlingar väldigt vanliga förekommande, varvid det snarast torde vara branschpraxis att dessa är tillåtna även om en lojalitetsplikt har uppkommit. Det är snarast avseende mer normala förhandlingssituationer som Adlercreutz uttalande har viss substans, till exempel förhandlingar mellan två parter där det inte är underförstått att parallella förhandlingar godtas. I dessa situationer torde lojalitetsplikten samtidigt vara starkare än i ett auktionsförfarande. Huruvida parallella förhandlingarna skall anses strida mot lojalitetsprincipen får sannolikt bedömas från fall till fall.

### 6.3.4 Utlösande faktorer

Lojalitetsplikten fungerar inte bara som en avgränsande faktor utan har även ett materiellt innehåll. Som tidigare nämnt anses den bland annat innefatta en upplysningsplikt. Vidare kan även uppgiftsansvaret utlösa ansvar i vissa fall. Precis som på det obligationsrättsliga området krävs även i dessa fall ett visst mått att konkretion och påverkan på mottagaren för att felaktiga och vilseledande uppgifter skall få läggas till grund för en ansvarstalan.<sup>171</sup> Skillnaderna mellan det inom- och utomobligatoriska området torde vara väldigt litet, varför till exempel uppgifter av allmänt lovprisande ej omfattas. Den befogade tilliten spelar en central roll i utomobligatoriska fall vad gäller uppgiftsansvaret. I de fall där mottagaren inte haft befogad anledning att fästa tillit till uppgifterna krävs för ansvar att uppgiftslämnaren känt till att uppgifterna varit felaktiga eller att de kunnat orsaka skada.<sup>172</sup> Har felande part känt till att det är felaktiga uppgifter kan diskuteras om det inte rör sig om ett brottsligt förfarande, varför ersättning skulle kunna utgå redan utifrån 2 kap 2 § SkL.

Vad gäller upplysningsplikten följer av de inomobligatoriska reglerna att det kan föreligga en upplysningsplikt i de fall där det rör sig om förhållanden som är hänförliga till säljarens egen verksamhet och det rör sig om uppgifter

---

<sup>169</sup> Björkdahl, 2007, s. 337.

<sup>170</sup> Adlercreutz, *Rättverkan av brutna avtalsförhandlingar*, s. 498.

<sup>171</sup> Jmf. Björkdahl, 2007, s. 311.

<sup>172</sup> *Ibidem*, s. 315.

som påverkar köparen haft befogad tillit. För utomobligatoriska förhållanden är utgångspunkten att vardera part själva ansvarar för att de får tillgång till den information som krävs för att ingå avtalet. Detta gäller även när en lojalitetsplikt har inträtt.<sup>173</sup> För att avgöra i vilka fall en upplysningsplikt skall anses föreligga kan de principer som existerar på det inomobligatoriska området användas. Att uppgiften rör den ena partens egen prestation talar för att det skulle föreligga en upplysningsplikt gentemot motparten.<sup>174</sup> I detta begrepp ligger även en parts särskilda branschkunskap. Däremot torde inte den ena partens särskilda ändamål med avtalet kunna ligga till grund för en upplysningsplikt då dessa är väldigt svårupptäckta för motparten, såvida inte de varit direkt synbara.<sup>175</sup> För att en upplysningsplikt skall kunna inträda på denna grund krävs i princip att motparten haft insikt om det särskilda ändamålet.

Generellt kan sägas att upplysningsplikten syftar till att omfatta svårupptäckta uppgifter där det föreligger en ofrivillig informationsasymmetri mellan parterna.<sup>176</sup> Att den ena parten valt att inte införskaffa informationen leder inte till att en upplysningsplikt uppstår. Det uppstår vanligtvis inte heller någon skyldighet för en part att upplysa motparten om att man anser att hans risktagande under förhandlingarna är riskabelt. Om den ena parten ser att motparten drar på sig omfattande kostnader som inte på något sätt kommer att utöka utbytet av det kommande avtalet så kan det alltså uppkomma en klagörandeplikt för motparten att den ifrågasätter omfattningen på kostnaderna.

Sammantaget bör alltså ansvaret för felaktiga uppgifter bedömas med beaktande av kravet på befogad tillit samt uppgifternas konkretion och art. En upplysningsplikt kan anses föreligga även på det utomobligatoriska området beroende på om uppgifterna rör avgivarens egen verksamhet och det samtidigt föreligger en svårupptäckt ofrivilligt informationsasymmetri mellan parterna.

## 6.4 Betydelsen av subjektiva rekvisit

Själva syftet med att använda sig av subjektiva rekvisit är att kravet på förutsägbarhet för parterna upprätthålls.<sup>177</sup> Fördelen med ett subjektivt rekvisit är att det uppställer en gräns för vilka omständigheter som en part skall anses ansvara för, det vill säga för de uppgifter som parten kan förutse. För att avgöra vilken subjektiv måttstock som skall användas måste rättstillämparen förhålla sig till någon form av norm. Som exempel kan nämnas kravet på fackmannamässighet i 4 § KtjL. Denna typ av norm ligger sedan till grund för den culpabedömning som görs för att avgöra om det subjektiva rekvisitet är uppfyllt eller inte. Betydelsen av sedvana och branschpraxis får ofta stor betydelse i denna typ av bedömningar.<sup>178</sup>

---

<sup>173</sup> Ibidem, s. 317.

<sup>174</sup> Ibidem, s. 317f.

<sup>175</sup> Jmf. Björkdahl, 2007, s. 319.

<sup>176</sup> Björkdahl, 2007, s. 318.

<sup>177</sup> Ibidem, s. 146f.

<sup>178</sup> Jmf. Björkdahl, 2007, s. 167.

Därmed torde även tillämpningen av denna typ av aktsamhetsstandarder eller kvalitetsstandarder ha betydelse även på det utomobligatoriska området på så vis att det även där kan ligga till grund för bedömningen av de subjektiva rekvisiten.

Med subjektiva rekvisit avses att skadevällaren skall ha varit i ond tro i någon form, genom att denne måste eller bort inse risken för skadan. Inom ramen för upplysningsplikten kan det i dessa fall anses föreligga ett illojalt beteende. Om skadevällaren måste ha insett något är avståndet till att det skall röra sig om en brottslig gärning inte långt.

På samma sätt måste den skadelidande ha förlitat sig på uppgifterna, om inte är det svårt för denne att hävda rätt till ersättning.<sup>179</sup> Som exempel kan på obligationsrättens område nämnas 20 § KöpL, som stadgar att en köpare inte får åberopa såsom fel vad köparen måste antas ha känt till vid köpet.

Frågan vilken typ av subjektivt rekvisit som skall användas vid avgörande av utomobligatoriskt prekontraktuellt skadeståndsansvar är delvis omdiskuterad. Adlercreutz menar att det, istället för en vanlig culpabedömning, snarare borde tillämpas en riskfördelningsmodell där ansvaret kopplas till vem som står närmast att bära risken.<sup>180</sup> Det blir därför inte tal om någon subjektiv modell vid prövningen av ansvarsfrågan. Enligt Björkdahl föreligger viss risk med en sådan lösning, eftersom den riskfördelning som parterna har valt åsidosätts. Kleineman å sin sida menar att ett ansvar förutsätter ett oaktsamt vilseledande.<sup>181</sup> Liksom för det inomobligatoriska området torde det uppställas ett krav på att skadevällaren måste ha insett risken för skada för att ansvar skall kunna föreligga. Hellner menar att det fordras ett ”illojalt handlande för att skyldighet att ersätta det negativa kontraktsintresset skall utgå”.<sup>182</sup> Sammantaget tyder denna bild på att någon form av culpabedömning torde vara det mest förespråkade metoden för att fördela ansvar, där ett illojalt beteende av flera författare anses vara nyckeln till ersättningsskyldighet.

---

<sup>179</sup> Ibidem, s. 215f.

<sup>180</sup> Adlercreutz, 1987, s. 512f.

<sup>181</sup> Björkdahl, 2007, s. 346.

<sup>182</sup> Hellner, 1993, s. 38.

# 7 Rättsekonomisk analys av prekontraktuellt skadeståndsansvar

## 7.1 Inledande anmärkningar

I föreliggande arbete har inledningsvis belysts rättsekonomiska överväganden och deras bakomliggande ekonomiska teorier. I denna del skall nu de rättsekonomiska teorierna appliceras på de slutsatser och teorier om utomobligatoriskt prekontraktuellt skadestånd som presenterades i kapitel 6. Avsikten är att fastställa om den nuvarande rättsliga lösningen är ekonomiskt effektiv eller inte och i så fall vad som kan vara tänkbara åtgärder för att så skall bli fallet. I samband med detta kommer även ett visst komparativt perspektiv läggas på resultatet utifrån inom näringslivet existerande inställningar till hur de aktuella frågorna löses och bör lösas. Det är i detta sammanhang viktigt att komma ihåg att förutsättningarna för att tillämpa de rättsekonomiska teorierna varierar beroende på avtalstyp. När det till exempel talas om kostnaderna för kontrakt och fördelningen av desamma så är dessa betydligt mindre för till exempel avtal om företagsförvärv än för den typen av avtal som förelåg i 1978 års fall. Slutsatserna i analysen måste därför ses i ljuset av vilken typ av avtal som analyseras.

Ett prekontraktuellt ansvar leder enligt gängse syn inte till att motparten skall förpliktas att fullfölja det tilltänkta avtalet utan endast till en omfördelning av kostnaderna mellan parterna.<sup>183</sup> Därmed skulle kunna argumenteras för att det är samhällsekonomiskt oväsentligt hur dessa kostnader fördelas, de förblir i alla situationer lika stora. Rättsekonomiskt är det av betydelse vilken part som får bära risken för kostnaderna. Argumenteras det för att ersättning beräknad utifrån ett positivt kontraktsintresse skall kunna utgå får placeringen av prekontraktuellt skadeståndsansvar än större ekonomisk betydelse.

Utgångspunkten för analysen kommer att tas i ett hypotetiskt kontrakt som parterna normalt sett enligt Coaseteoremet hade framförhandlat om de varit fullt informerade, ekonomiskt rationella och då transaktionskostnaderna varit noll. I dessa fall avses med andra ord en form av genomsnittligt antagande av vad parterna kommit överens om. Därefter kommer den nuvarande rättsliga regleringen av prekontraktuellt skadeståndsansvar i svensk rätt att jämföras med vad parterna enligt det hypotetiska kontraktet hade kommit överens om. Eventuella möjligheter till en ökning av den ekonomiska effektiviteten belyses i samband med detta utifrån de i avsnitt två och tre presenterade ekonomiska teorierna. Skillnad kan göras mellan det hypotetiska kontraktet i ett genomsnittsfall och i det individuella fallet mellan två parter. Eftersom det är betydligt svårare för domstolen att avgöra

---

<sup>183</sup> Jmf. NJA 1963 s. 105.

vad parterna i det individuella fallet hade framförhandlat för villkor talar rationalitetsskäl för att det är en genomsnittligt bedömning som måste ligga till grund för den rättsekonomiska analysen. Detta ställningstagande gör sig särskilt gällande i den del av analysen som berör möjligheterna till en mer omfattande lagstiftning av det utomobligatoriska prekontraktuella skadeståndsansvaret.

## 7.2 Utgångspunkten – det hypotetiska kontraktet

Enligt rättsekonomi skall de transaktioner som är ekonomiskt effektiva upprätthållas av rättsordningen. Att applicera rättsekonomins tankegångar om ekonomiskt effektiva avtal på det prekontraktuella stadiet är inte problemfritt. I praktiken har det inte uppkommit något avtal mellan parterna, varför svårigheter föreligger att direkt tillämpa de rättsekonomiska avtalsteorierna på det prekontraktuella stadiet. För att överbrygga detta problem har jag valt att använda mig av ett hypotetiskt kontrakt, det vill säga ett kontrakt som parterna skulle ha framförhandlat under förutsättning av ett antal faktorer. Det hypotetiska kontraktet tar sin form utifrån de förutsättningar som ges enligt Coaseteoremet, vilka innebär att parterna själva kommer att framförhandla det ekonomiskt mest effektiva avtalet om rätt förutsättningar föreligger.

För att parterna enligt Coaseteoremet skall framförhandla det mest ekonomiskt effektiva avtalet emellan måste det föreligga tydligt definierade rättigheter, det vill säga att det av rättssystemet tydligt framgår vilken part som har vilka rättigheter. Hur dessa tillämpas i ett hypotetiskt kontrakt återkommer jag till längre fram. Vidare måste det förekomma låga eller inga transaktionskostnader. Som säkert har framgått är transaktionskostnaderna bara i teorin noll, varför de rättsekonomiska modellerna för hur transaktionskostnaderna skall sänkas har en stor betydelse för bärigheten i Coaseteoremet på det prekontraktuella området.

Om man antar att ovanstående två villkor är uppfyllda så leder detta till att parterna i en förhandlingssituation, där båda parterna är fullt ut informerade, agerar ekonomiskt rationellt och av fri vilja ingår välståndshöjande, paretoeffektiva överenskommelser. Att man torde kunna förutsätta att parterna ingår paretoeffektiva och inte paretooptimala överenskommelser beror på att båda parterna i majoriteten av fall vill tjäna på det framtida avtalet. Eftersom det hypotetiska avtalet hade ingåtts mellan två fullt rationella och informerade parter blir avtalet vidare välståndshöjande, eftersom sådana avtal per definition är välståndshöjande.

I ett hypotetiskt avtal skulle parterna på något sätt välja att reglera frågan om prekontraktuellt utomobligatoriskt skadeståndsansvar. Att frågan skulle lämnas oreglerad är inte aktuellt i det hypotetiska kontraktet, eftersom transaktionskostnaderna här är noll. Därför kommer parterna alltid att reglera sina prekontraktuella mellanhavanden i ett hypotetiskt kontrakt. Eftersom två näringsidkare i en förhandlingssituation normalt sett är lika riskneutrala blir därför resultatet av det hypotetiska kontraktet att vardera

part som utgångspunkt får stå sina egna prekontraktuella kostnader. Detta överensstämmer med den huvudregel som gäller i svensk rätt avseende utomobligatoriska prekontraktuella kostnader. Som kommer att visas kan det förekomma omständigheter där även ett hypotetiskt kontrakt hade frångått den i svensk rätt gällande huvudregeln.

För att utforma rättssystemet så ekonomiskt effektivt som möjligt är ett alternativ att låta lagreglerna i rättssystemet återspegla vad parterna i ett hypotetiskt kontrakt hade kommit överens om. Rättsregler gällande utomobligatoriskt prekontraktuellt skadestånd skall alltså ges det innehåll som parterna hypotetiskt framförhandlat. Rättsreglerna kan därefter i sin tur utformas antingen med tvingande eller dispositiv karaktär. Av dessa två alternativ är användandet av dispositiva rättsregler i normalfallet att föredra framför tvingande regler, eftersom ett användande av dispositiva regler möjliggör för parterna att avtala om en avvikande fördelning av kostnaderna. Enligt Coaseteoremet är dessutom parterna i de allra flesta fall bättre lämpade än domstolen att fördela prekontraktuella kostnader mellan sig, vilket i sin tur leder till högre ekonomisk effektivitet. Tvingande regler är aktuella först i fall där det föreligger marknadsmisslyckanden som rättssystemet på ett kraftfullt sätt måste ingripa mot.

Som tidigare sagts hade parterna i det hypotetiska kontraktet valt att placera risken för en kostnad på den part som till lägst kostnad kan bära densamma. Detta innebär i praktiken att den part som är minst riskaversiv bär risken, då detta sänker transaktionskostnaderna eftersom denna part inte behöver kompenseras ekonomiskt för att bära risken. Problemet med detta resonemang är att företag som utgångspunkt anses vara riskneutrala, vilket innebär att båda förhandlingsparterna har samma attityd till risk. Ett företag som ingår en stor mängd avtal torde även vara riskneutral, eftersom denne kan sprida sina risker på alla de förhandlingar som bedrivs. Förutsatt att ingen av parterna kan påverka riskens storlek och båda är riskneutrala spelar det alltså ingen roll vilken av parterna som bär risken. Att risken är icke-påverkbar kan till exempel vara risken för att avtal inte kommer till stånd på grund av myndighetsbeslut eller force majeure omständigheter.

Är risken påverkbar, kommer risken fördelas som beskrivet ovan att den som kan bära den till lägst kostnad alternativt den som är minst riskaversiv bär risken såvida inte båda parterna har samma attityd till risk. Som exempel kan tas en situation mellan A och B, där A kan bära risken till en kostnad av 100 och B till en kostnad av 150. Om A väljer att ta på sig risken mot en ersättning på 125 så kommer den totalt välförändringen således bli 50 (25+25). I denna situation är det alltså ekonomiskt effektivt för B att betala upp till 50 för att slippa bära risken. Detta resonemang förutsätter som sagt att båda parterna är riskneutrala.

En undantagssituation från den här beskrivna huvudregeln om kostnadsfördelningen torde föreligga för så kallade relationsspecifika investeringar. En relationsspecifik investering är en investering som endast är användbar i det aktuella avtalsförhållandet. Genom att den ena parten ådragit sig relationsspecifika investeringar blir han därigenom beroende av motparten. Han landar i en gisslansituation. Motparten kan på så vis diktera

krav på ett helt annat sätt än om det inte förelegat några relationsspecifika investeringar. Som en följd av detta vill parter i så stor utsträckning som möjligt inte bli beroende av motparten, varför relationsspecifika investeringar ofta inte vidtas innan avtalslutet, trots att detta hade varit ekonomiskt effektivt. Eftersom parterna antas vara ekonomiskt rationella när de ingår det hypotetiska kontraktet hade de därför med all sannolikhet, i syfte att öka det ekonomiska utbytet av transaktionen genom att vidta relationsspecifika investeringar, överenskommit att dessa kostnader skall fördelas mellan parterna så att någon gisslansituation inte kan uppstå. Det blir en del av spelreglerna mellan parterna genom att de inte skall ha rätt att utnyttja av motparten vidtagna relationsspecifika investeringar. Detta följer delvis även av lojalitetsprincipen och dess krav på att man tar hänsyn till varandra under avtalsförhandlingarna. Om en tänkt dispositiv rätt avseende prekontraktuellt utomobligatoriskt skadestånd föreskriver en fördelning av kostnaderna för relationsspecifika investeringar hade därför sannolikt den ekonomiska effektiviteten kunnat förbättras. Ett tänkbart sätt att manifesteras denna kostnadsfördelning är ett förtydligande avseende lojalitetsplikten för förhandlingar av avtal med relationsspecifika investeringar så att lojalitetsplikten är mera omfattande i dessa fall än för till exempel förhandlingar inför företagsförvärv.

Vid en omfördelning av de utomobligatoriska prekontraktuella kostnaderna är den rådande tankegången i svensk rätt att detta skall göras utifrån en bedömning av båda parternas eventuella culpa, det vill säga om någon av parterna agerat illojalt gentemot motparten. Adlercreutz har dock som en alternativ teori anfört att en ansvarsfördelning istället borde ta sin utgångspunkt i en riskfördelning där den part som står närmast att bära risken skall göra detta. I begreppet närmast att bära risken torde även ligga ett större hänsynstagande till vilken part som kan göra detta till lägst kostnad. En sådan lösning överensstämmer bättre med den rättsekonomiska teorin om riskfördelning och i förlängningen teorin om det hypotetiska kontraktet, i vart fall när man talar om de undantagsfall där ena förhandlingsparten varit mer riskaversiv än motparten.

För att Coaseteoremet skall uppfyllas måste det föreliggande tydligt definierade rättigheter i samhället. I vårt fall skulle det kunna tolkas som att det av rättssystemet tydligt framgår vilken av parterna som skall bära ansvaret för prekontraktuella utomobligatoriska kostnader. Detta förutsätter en ekonomiskt effektiv dispositiv rätt som i utgångsläget redan har definierat vilken av parterna som skall bära risken för kostnaderna. Som visat ovan utformas den dispositiva rätten mest ekonomiskt effektivt genom att hänsyn tas till resultatet av det hypotetiska kontraktet. Ett påstående avseende tydligt definierade rättigheter kan ta sin utgångspunkt i huvudregeln att vardera part som utgångspunkt får stå sina kostnader. Genom att tillämpa denna regel strikt vet vardera part vad som förväntas och kan krävas av honom varför det finns möjlighet att omfördela ett eventuellt ansvar till en mindre riskaversiv motpart. Som visat ovan är dock inte huvudregeln utan undantag, varför det är tveksamt till om rättigheterna är tillräckligt tydliga. Här skulle en differentiering mellan olika avtalstyper och hur tydligt definierade rättigheterna är sannolikt kunna förbättra den ekonomiska effektiviteten.

## 7.2.1 Ekonomisk rationalitet och parternas hypotetiska kontrakt

En av de grundläggande förutsättningarna inom rättsekonomin är att individer agerar rationellt när de fattar sina ekonomiska beslut. Genom att parterna vid upprättandet av det hypotetiska kontraktet är ekonomiskt rationella, innebär detta också att parterna vill ingå avtalet eftersom deras välbefinnande ökar. Av detta följer därför enligt rättsekonomin att för alla avtal där dessa förutsättningar är uppfyllda har det förelagat en vilja att bli bunden som skall upprätthållas juridiskt. Den juridiska viljan och den ekonomiska viljan är i dessa fall samstämmiga.

Ett hypotetiskt kontrakt för prekontraktuella situationer kan anses omfatta två olika typer av villkor, dels villkor som rör själv kostnadsfördelningen, det vill säga hur parterna under avtalsförhandlingarna hade valt att fördela de prekontraktuella kostnaderna, dels förhandlingsvillkor där parterna hade bestämt hur det skulle förhålla sig till varandra under förhandlingarna. Båda typerna av villkor har betydelse för bedömningen av en eventuell omfördelning av de prekontraktuella kostnaderna.

## 7.2.2 Överenskommelser om kostnadsfördelningen

I affärlivet är det vanligt att parterna genom LOI fördelar de prekontraktuella kostnaderna mellan varandra på så vis att man överenskommer att vardera part står sina kostnader till dess att avtal slutligt har ingåtts. Detta förstärker den härskande huvudregeln inom svensk rätt att vardera part förhandlar på egen risk. Här får naturligtvis en tolkning göras av avsiktsförklaringen och dess lydelse för att utröna i vilken omfattning detta villkor är bindande. Som tidigare visat är det nämligen vanligt att LOI innehåller bindande delar, och vid tolkningen kan naturligtvis det faktum att parterna uttryckligen föreskrivit vilka delar som skall vara bindande få betydelse som tolkningsdata. Anses villkoret vara bindande får villkoret samma betydelse som ett avtalsvillkor, varför man i sådant fall kommer ur den prekontraktuella problematiken. Eftersom LOI har stor betydelse i affärlivet talar detta för att dess innehåll i mångt och mycket återspeglar en sedvänja inom affärlivet. I dessa fall får innehållet i LOI antagligen anses ha samma innehåll som det tänkta hypotetiska kontraktet mellan parterna, varför kostnadsfördelningen i ett LOI sannolikt i de flesta fall är förnuftigt fördelad mellan parterna.

I affärlivet i stort anses inte LOI vara detsamma som ett bindande avtal. Detta talar för att HD:s ställningstagande i NJA 1995 s. 586 inte är optimalt ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Problemet med 1995 års fall var att HD inte såg avsiktsförklaringen som en avsiktsförklaring utan som ett bindande avtal. Därigenom skapades osäkerhet i affärlivet i vilken omfattning avsiktsförklaringarna är bindande och genom dessa konstadsfördelningen på det prekontraktuella stadiet. Ett förtydligade hade här varit önskvärt.



Den nuvarande behandlingen av LOI i svensk rätt är snarast att LOI i stor utsträckning enbart utgör bevismedel för en mellan parterna föreliggande lojalitetsplikt. I både 1978 och 1990 års fall förelåg avsiktsförklaringar men i intet fall valde HD att med stöd av enbart avsiktsförklaringen omfördela de prekontraktuella kostnaderna. Eftersom LOI i stor utsträckning inom både affärlivet och rättssystemet inte anses bindande i avtalsrättslig mening, så bör ur rättsekonomisk synvinkel därför LOI enbart anse utgöra ett bevismedel för parternas hypotetiska kontrakt, förutsatt att LOI anses vara i överensstämmande med rådande sedvänja i branschen. När domstolarna tolkar LOI och huruvida dessa är bindande skall sammanfattningsvis partsbruk och sedvänja spela en stor roll. Därigenom kan olika branscher få mera nyanserade krav på sig avseende upprättandet av LOI och dess eventuella bindande verkan.

En central regel för att avgöra om en omfördelning av kostnadsansvaret mellan parterna skall göras är som tidigare sagt huruvida någon av parterna agerat illojalt mot motparten. Utgångspunkten bör dock tas i fall av *dolus in contrahendo*, det vill säga fall där ena parten på ett aktivt sätt svikligen förleder motparten. Det är först efter att detta har prövats som ett illojalt agerande bör prövas inom ramen för en culpabedömning.

Den grövsta formen av svikligt förledande är när detta sker uppsåtligt och genom ett aktivt agerande i likhet med reglerna för svek enligt 30 § AvtL. I 1963 års fall, där ansvar utgick, kan inte avståndet till att agerandet ansågs vara svikligt långt, vilket talar för att om rekvisiten för svek är uppfyllda så skall ansvar kunna utgå. Detta stämmer överens med det hypotetiska kontraktet, där det förefaller osannolikt att parterna skulle inleda förhandlingar med en motpart om denne hade rätt att svikligen förleda motparten under förhandlingarna.

Nästkommande grund för ansvar skulle vara där ena parten i strid mot tro och heder genom ett passivt utnyttjande av motpartens villfarelse vilseleder motparten. Här avses inte en direkt tillämpning av 33 § AvtL, utan snarare en tillämpning av dess grunder och rekvisit. I och med att det rör sig om ett passivt utnyttjande av motpartens villfarelse i en förhandlingssituation krävs det sannolikt tydliga övertramp för att en möjlighet till ansvar skall föreligga på denna grund. Detta stärks av den rättspraxis som finns avseende tillämpningen av 33 § AvtL. Samma sak som sägs om 33 § AvtL är naturligtvis tillämpligt även på 30 § AvtL. Tesen om att agerande i strid mot tro och heder skall kunna grunda ansvar stämmer överens med tankegångarna kring det hypotetiska kontraktet. I genomsnitt vill man inte ådra sig kostnader i avtalsförhandlingar om motparten har rätt att agera i strid mot tro och heder och avsluta förhandlingarna när han så önskar.

Parternas fördelning av de prekontraktuella utomobligatoriska kostnaderna kan slutligen analyseras utifrån Grönfors modell för stegvis lösning av avtalspositionerna. I praktiken innebär Grönfors modell att parterna i vissa situationer anses ha ingått avtal trots att de egentligen inte vill. Förutom att detta skulle leda till stor oro i affärlivet och med all sannolikhet en minskad ekonomisk effektivitet då parterna skulle vara mycket försiktiga i sina förhandlingar. Vidare är det osannolikt att ett hypotetiskt kontrakt skulle

reglera frågan om avtals uppkomst på det sätt som Grönfors menar, då detta strider mot den synnerligen väletablerade sedvänja som finns i övrigt i affärlivet.

Slutligen kan man fundera på i vilken omfattning som parterna skall fördela de prekontraktuella kostnaderna. Ju mer utförliga dessa överenskommelser är, desto större är sannolikheten att domstolen låter dem stå. Som visat tidigare så är det i utgångsläget rättsekonomiskt mest effektivt att vardera part står sina kostnader enligt det hypotetiska kontraktet. I det hypotetiska kontraktet är till skillnad från det verkliga kontraktet transaktionskostnaderna noll. Hur ser det då ut i det verkliga avtalet?

När två parter ingår en överenskommelse väljer de enligt rättsekonomi att fördela risken för de frågor där transaktionskostnaderna för att fördela risken understiger transaktionskostnaderna för att fördela de prekontraktuella kostnaderna efter att avtalsförhandlingarna strandat multiplicerat med sannolikheten för att avtalsförhandlingarna avbryts. Enligt formeln krävs det en betydande sannolikhet att avtalsförhandlingarna avbryts för att det skall vara ekonomiskt effektivt för parterna att i detalj avtala om vem av dem som skall bära risken för de prekontraktuella kostnaderna. Den praktiska lösningen blir därför att parterna genom att föreskriva att vardera part står sina prekontraktuella kostnader om avtal inte ingås till viss del skyddar sig mot att få bära motpartens kostnader, men att en utförligare reglering av dessa kostnader inte kan motiveras ur rättsekonomisk synvinkel. Samtidigt utgör detta ett argument för att införa dispositiva regler, eftersom det mest ekonomiskt effektiva för parterna är att enbart i övergripande termer reglera den prekontraktuella kostnadsfördelningen. Genom att dispositiva regler som överensstämmer med resultatet av det hypotetiska kontraktet införs kan parterna släppa denna fråga i förhandlingarna.

### **7.2.3 Förhandlingsvillkor – lojalitet och befogad tillit**

Förutom en kostnadsfördelning av de prekontraktuella kostnaderna överenskommer dessutom parterna i det hypotetiska kontraktet hur de skall agera under förhandlingarna. Utifrån rättspraxis spelar närvaron och ett eventuellt åsidosättande av lojalitetsplikten en stor roll för utdömandet av ett prekontraktuellt utomobligatoriskt skadeståndsansvar. Har parterna inte uttryckligen i till exempel ett LOI föreskrivit hur förhandlingarna skall fortskrida måste domstolen på något annat sätt avgöra om någon av parterna agerat illojalt. Enligt rättsekonomi bör detta göras utifrån vad parterna i det hypotetiska kontraktet hade överenskommit.

Lojalitetsplikten hänger samman med tillitsprincipen på så vis att parterna måste ha haft rätt att sätta befogad tillit till motpartens agerande. För att befogad tillit skall kunna föreligga måste således parterna i det hypotetiska kontraktet ha avhandlat den fråga som tilliten hänför sig till. Att parterna i det hypotetiska kontraktet överenskommer om att man skall förhandla ”fair” och inte lura varandra förefaller ganska naturligt, och ur rättsekonomisk synvinkel är detta också mest ekonomiskt effektivt för båda parterna. Den

svåra frågan för domstolen är istället att avgöra hur omfattande tilliten och lojaliteten skall anses vara och om det illojala agerandet är tillräckligt omfattande för att omfördela kostnadsansvaret. Ser man till rättspraxis har HD i 1963, 1978 och 1990 års fall i första hand sett till närvaron av en lojalitetsplikt innan man tagit ställning till om graden av tillit varit tillräckligt hög i förhållande till det illojala agerandet. Befogad tillit är således ett nödvändigt men inte tillräckligt rekvisit för att ansvar skall kunna utgå. Frågan är snarast hur man skulle bedöma de situationer där befogad tillit inte förelåg.

I de fall där omständigheterna är sådana att det rör sig om ett avsiktligt vilseledande av motparten spelar det sannolikt ingen roll att motparten inte haft befogad tillit till uppgifterna i enlighet med 30 § AvtL. I dessa fall skulle det alltså sannolikt leda till att ansvar skulle kunna utkrävas.

I de fall där det inte föreligger ett svikligt beteende blir det istället frågan om att grunda ansvar på ett culpöst beteende. Kleineman talar i dessa fall om att ansvar skall kunna utgå om man åsidosätter så kallade affärsetiska normer.<sup>184</sup> Det är delvis oklart vad som avses med detta, men paralleller torde kunna dras till den sedvänja som finns i aktuell bransch. Därmed skulle alltså Kleinemans affärsetiska normer kunna anses stå i god överensstämmelse med det hypotetiska kontraktet som har sin utgångspunkt vad parterna i allmänhet torde ha kommit överens om, det vill säga någon form av sedvänja i branschen.

## **7.3 Spelteori och det hypotetiska kontraktet**

Spelteorin visar hur rättssystemet skall konstrueras för att få parterna att samarbeta genom att omöjliggöra för parterna att bryta mot lojalitetsplikten genom ett illojalt agerande. Genom att ha en långtgående lojalitetsplikt ökar parternas incitament att samarbeta, vilket i sin tur ökar det ekonomiska utbytet. Lojalitetsplikten tar materiell form i bland annat upplysningsplikten och uppgiftsansvaret, men många faktorer kan påverka om ett illojalt agerande anses föreligga.

Som visat ovan är det fullt tänkbart att parterna i ett hypotetiskt kontrakt hade överenskommit hur de skulle förhålla sig till varandra under själva förhandlingarna. Spelteorin visar att en sådan överenskommelse är ekonomiskt effektiv och i enlighet med kravet på ekonomisk rationalitet kommer parterna därför att beakta det i sin överenskommelse. Rimligtvis hade parterna kommit överens om att iaktta lojalitet under förhandlingarna. Som tidigare sagt vill nog ingen part, oavsett avtalstyp, bedriva förhandlingar med en motpart som har rätt att vilseleda eller lura dig. Med detta krav på lojalitet under avtalsförhandlingarna följer även ett ansvar för lämnade uppgifter och för att delge relevant information till motparten. Därmed torde vissa kopplingar kunna göras till de kontraktuella reglerna om uppgiftsskyldighet och upplysningsplikt.

---

<sup>184</sup> JT 1991-92 s. 138 f.

Uppgiftsansvaret i svensk rätt kan även i viss grad tillämpas i utomobligatoriska prekontraktuella situationer, även om möjligheterna är små. Möjligheterna att tillämpa uppgiftsansvaret i utomobligatoriska fall beror på uppgifternas art. Har ena parten gjort en utfästelse är denna gällande, medan det för mindre tydliga uppgifter såsom enuntiationer sannolikt uppställs krav på att uppgifterna är väsentliga för motparten. Huruvida uppgifterna rör uppgiftslämnarens egen prestation påverkar även bedömningen. Enligt Kleineman skall frågan om tilliten anses befogad bedömas på objektiva grunder, där den ofta baseras på specifika uppgifter i avtalsförhandlingarna i form av till exempel upplysningar från ena parten till den andra. Detta realiserar ofta i praktiken i form av uppgiftsansvaret eller upplysningsplikten.

Sannolikt hade parterna i det hypotetiska kontraktet överenskommit om någon form av uppgiftsansvar under förhandlingarna. Uppgiftsansvarets omfattning ur en rättsekonomisk synvinkel sammanhänger med kravet på befogad tillit, det vill säga att uppgifterna måste ha presenterats under förhandlingarna och samtidigt gett mottagaren befogad tillit. Obefogade förväntningar är inte ekonomiskt effektiva att upprätthålla.

## **7.4 Transaktionskostnader och det hypotetiska kontraktet**

En av förutsättningarna för att Coaseteoremet skall gälla och parterna själva på effektivast sätt skall fördela de prekontraktuella kostnaderna är att transaktionskostnaderna är låga eller obefintliga. För det hypotetiska kontraktet har de faktiska transaktionskostnaderna egentligen ingen direkt betydelse, efter som när man ”upprättar” det hypotetiska kontraktet bortser från de faktiska omständigheterna och istället ser till vad parterna hade kommit fram till i den bästa av världar. Däremot har transaktionskostnaderna och det hypotetiska kontraktet vissa beröringspunkter som jag tänkte belysa här.

Det hypotetiska kontraktet skall bland annat användas för att utforma ekonomiskt effektiv dispositiv rätt som skall tillämpas i de fall där parterna inte på egen hand fördelat de prekontraktuella utomobligatoriska kostnaderna. En av slutsatserna av analysen är att det sannolikt hade varit mer ekonomiskt effektivt att införa dispositiv rätt eftersom parterna hade kunnat lämna dessa frågor oregerade och därmed skulle transaktionskostnaderna för parterna minska och i längden ökar den ekonomiska effektiviteten. Olika förhandlingar har dock olika hypotetiska kontrakt, där parternas överenskommelse påverkas av vilken typ av avtal de förhandlar, av sedvänja, branschpraxis, med mera. Man skulle kunna säga att det hypotetiska kontraktet återspeglas i sedvänjan, varigenom även sedvänjan kan vara ett bevismedel på vad det hypotetiska kontraktet innefattar. Dispositiva rättsregler vilka bygger på hypotetiska kontrakt måste i viss mån generaliseras i syfte att kunna fungera för många typer av avtalsförhandlingar. Detta leder till att för merparten av

förhandlingssituationerna minskar transaktionskostnaderna genom införandet av dispositiva rättsregler, medan för ett fåtal ökar transaktionskostnaderna då parterna aktivt tvingas förhandla fram en kostnadsfördelning för att undvika den lösning som lagstiftaren erbjuder.

Transaktionskostnaderna påverkas också genom lojalitetsplikten omfattning i det hypotetiska kontraktet. Enligt svensk rätt kan i viss utsträckning en upplysningsplikt föreligga vilken ålägger ena parten en skyldighet att delge relevant information till motparten. Det är rimligt att parterna i det hypotetiska kontraktet hade kommit fram till att parterna i vissa fall måste delge varandra information då detta hade sänkt transaktionskostnaderna. Rättsekonomi skiljer i dessa fall på produktiv och distributiv information, där produktiv information anses generera högre ekonomisk effektivitet medan distributiv information enbart omfördelar redan existerande välförhållanden.<sup>185</sup>

Vilken typ av information är det då som parterna hade överenskommit att man skulle omfördela mellan varandra?

Med upplysningsplikten i prekontraktuella situationer omfattas information avseende part avsikt att slutföra förhandlingarna och därmed ingå avtal samt närliggande information som påverkar partens lojalitet i den pågående förhandlingssituationen. Eftersom parterna enligt Coaseteoremet är bättre lämpade än domstolarna att utforma sitt avtal upprätthålls ofta den informationsasymmetri som kan förekomma i ett avtal. Har den ena parten information som inte motparten har så bortser ofta domstolarna enligt rättsekonomi från detta, eftersom det kommande avtalet ofta bidrar till ekonomisk effektivitet trots detta. Hade man inte haft det på detta sätt skulle förhandlande parter inte lägga ner kostnader för att finna produktiv information, vilket skulle leda till ekonomisk ineffektivitet. Det är alltså inte sannolikt att ett hypotetiskt kontrakt hade föreskrivit att produktiv information skulle omfördelas mellan parterna.

I de fall där det helt och hållet rör sig om omfördelning av information torde parterna i vissa fall föreskriva att det föreligger en skyldighet att delge denna till motparten. I dessa fall rör det sig dock ofta mot ett medveten undanhållande av information, det vill säga en form av passivt eller aktivt vilseledande. Om till exempel den ena parten i en förhandling vetat om att restaurangen som skulle säljas nyligen förlorat sitt utskänkningstillstånd, men denna information inte kommit motparten till godo, rör det sig om så kallad omfördelning av information. I de fall där den informerade parten på ett aktivt sätt vilseleder motparten, till exempel genom att inte svara sanningsenligt på dennes uttryckliga frågor, bör ansvar utgå för motpartens kostnader. Jag avser med detta att det för falska uppgifter som lämnas, till exempel i samband med ett husköp bör kunna grunda ett upplysningsansvar. Lämnas uppgifterna inte på eget initiativ är frågan dock mera oklar. Här får sannolikt en bedömning göras av omständigheterna i det enskilda fallet. Detta ligger sannolikt i linje med vad parterna kommit fram till i det hypotetiska kontraktet. I de fall där ena parten på ett mera passivt sätt

---

<sup>185</sup> Cooter, Ulen, 2008, s. 292ff.

undanhållit informationen, genom att inte medvetet ljuga utan snarare i strid mot tro och heder underlåtit att upplysa är frågan svårare. Här får andra faktorer bedömas såsom parts möjlighet att undersöka omständigheterna själv samt om det utifrån andra omständigheter varit rätt att sätta befogad tillit till motpartens agerande under förhandlingarna. Som visats tidigare så framgår i vart fall enligt reglerna i BrB att man i samband med avtalsförhandlingar inte behöver delge all relevant information, utan det finns långtgående undantag från när upplysningsplikten skall föreligga. Ekonomiska effektivitetsskäl talar även för denna typ av lösning eftersom parterna annars skulle dra sig för att överhuvudtaget inleda förhandlingar, vilket skulle minska antalet avtalsslut. En möjlighet skulle vara att utveckla dispositiva regler på så vis att det tydligare föreskrevs att omfördelade information under vissa omständigheter, det vill säga om det förelåg ett skyddsvärt intresse av att informationen, omfördelades. Detta skulle sänka transaktionskostnaderna.

I fall av prekontraktuellt utomobligatoriskt skadeståndsansvar rör informationsfallen snarast om att delge information till motparten som kan påverka möjligheterna att ett avtal slutligt kommer till stånd. Som exempel kan tas 1978 års avgörande där ena parten bedömde sina möjligheter att ingå avtal utifrån en ekonomisk marknadsundersökning. Med hänvisning till den dåliga prognosen i marknadsundersökningen drog sig parten ur förhandlingarna vilket ledde till skadeståndsanspråk från motparten. Enligt HD följde av lojalitetsplikten en skyldighet att hålla sin motpart informerad om omständigheter på sin sida. Med detta åsyftades sannolikt information som kunde påverka möjligheterna till ett efterföljande avtalsslut. Ansvar utgick inte i det aktuella fallet, sannolikt på grund av att undanhållandet av informationen inte gjorts på ett aktivt vilseledande sätt samt att motparten i en kommersiell situation borde ha förstått att ekonomiska framtidsprognoser skulle påverka möjligheterna att slutföra transaktionen. I 1963 års fall utgick däremot ansvar. I det aktuella fallet hade ena parten snarast aktivt vilselett motparten genom att ge sken av att anställningsavtalet i princip var klart. De två rättsfallen ger närmast sken av att möjligheterna för ett ansvar baserat på undanhållande av information från motparten kräver ett aktivt vilseledande i likhet med reglerna för svek. Om omständigheterna i övrigt är rätt skulle eventuellt ett informationsansvar kunna utgå redan vid ett passivt vilseledande.

## 7.5 Lagstiftningsmöjligheter

I tidigare avsnitt har analysen delvis baserats på antagandet att parterna i någon form av avsiktsförklaring reglerat sina prekontraktuella mellanhavanden. I detta avsnitt är istället utgångspunkten att parterna inte har reglerat de frågor som sen blir tvistiga, till exempel prekontraktuell kostnadsfördelning. Genom att använda sig av ett hypotetiskt kontrakt skall undersökas i vad mån dispositiv rätt kan utvecklas och vilken betydelse detta skulle få för den ekonomiska effektiviteten.

Anledningen till att parterna inte tar upp och reglerar fördelningen av de prekontraktuella kostnaderna under sina förhandlingar kan beror på två

saker. Antingen har man inte beaktat frågan under förhandlingarna eller så har man beaktat den men valt att inte lyfta fram frågan under förhandlingarna. Anledningen till detta är att parterna inte vill börja diskutera påföljderna om affären inte sluts under ett förhandlingsstadium där det mer handlar om att komma överens och arbeta mot ett gemensamt mål. Som visats är det dessutom inte ekonomisk effektivt för parterna att i detalj börja förhandla om fördelningen av prekontraktuella kostnader, utan det är bättre att lämna dessa frågor öppna och hoppas på att en tvist inte uppkommer. Med hjälp av dispositiva rättsregler kan parterna slippa att behandla dessa frågor under förhandlingarna, samtidigt som den ekonomiska effektiviteten i samhället i stort kan upprätthållas. Lagstiftarens uppgift är därför att tillhandahålla verktyg för att i så stor utsträckning som möjligt minska transaktionskostnaderna. För prekontraktuella förhållanden är det främst kostnader för kontrakt som är av intresse. Med denna typ av kostnader avses bland annat förhandlingskostnader. Ett sätt att minimera kostnaderna för kontrakt är att ha en tydlig reglering vad gäller möjligheterna att omfördela risken för kostnader som uppstår i prekontraktuella situationer.

En lagstadgad lojalitetsplikt, med tydliga rekvisit skulle stå i bättre samklang med rättsekonomens krav på ekonomisk effektivitet än den nuvarande tillämpningen av lojalitetsplikten som avgörs utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. En i lagtexten tydligt definierad lojalitetsplikt skulle dock vara svår att införa i praktiken. Då olika typer av avtal kräver olika typer av avtalsförhandlingar är det svårt att uppställa rekvisit som är tillämpbara i alla situationer. Förhandlingarna och eventuell prekontraktuella kostnader skiljer sig betydligt mellan till exempel entreprenadavtal och avtal om företagsöverlåtelser. Här får sannolikt sedvänjan i olika branscher betydelse när lagstiftaren försöker utforma den dispositiva rätten eftersom sedvänjan som bekant utgår en form av praktiskt erfarenhet i näringslivet hur det hypotetiska kontraktet skall se ut. I praktiken skulle det dock antagligen bli så att lagregelns utformning blir så generell att den faktiska tillämpningen fortfarande till stor del kommer att bygga på rättspraxis och uttalanden i doktrin. Möjligheterna att införa en generell reglering av lojalitetsplikten torde alltså inte vara möjligt just med hänsyn till den stora variation av avtalstyper som förekommer i näringslivet.

En annan möjlighet skulle vara att använda sig av grunderna till 33 § AvtL för att avgöra när ansvar skall kunna utgå. Rekvisiten i 33 § AvtL utgör en bra fingervisning på när en lojalitetsplikt har blivit åsidosatt, varför man skulle kunna använda sig av grunderna och rekvisiten bakom 33 § AvtL för att avgöra när lojalitetsplikten åsidosatts. En nackdel med en sådan lösning är att 33 § AvtL är placerad i 3 kap. AvtL som behandlar ogiltighet av avtal. Därmed skulle det bli förvirrande att använda samma lagrum för att bedöma situationer när avtal aldrig har ingåtts. En lösning på detta hade varit att bryta ut grunderna och rekvisiten i 33 § AvtL och lagstifta dessa på annan plats i AvtL.

För vissa specifika typer av information eller situationer skulle det kunna vara tänkbart att införa generella lösningar. Ett exempel där man gjort detta är FHL som reglerar en specifik del av lojalitetsplikten mellan de två

förhandlande parterna. Ett annat exempel är de straffrättsliga reglerna. En tänkbar möjlighet är alltså att lagstiftaren identifierar problemområden och inom dessa områden införa mera detaljerade dispositiva regler som parterna kan falla tillbaka på i händelse att de inte överenskommit i frågan.

Vid utformningen av de dispositiva rättsreglerna bör lagstiftaren i första hand se till resultatet av det hypotetiska kontraktet, eftersom detta innebär att den dispositiva rätten blir ekonomiskt effektiv. Genom att den dispositiva rätten är ekonomiskt effektivt kan parterna sänka sina transaktionskostnader. För att kunna utforma ekonomiskt effektiva rättsregler för vissa problemområden måste sannolikt olika hypotetiska kontrakt användas, eftersom olika avtalsförhandlingar kräver olika reglering av placeringen av de prekontraktuella kostnaderna. I utgångsläget torde risken bäras av vardera förhandlingspart, men i enlighet med teorin om riskfördelning ska i vissa fall risken placeras på den som är mest riskaversiv. För att kunna införa någon form av lagstiftning som bygger på hypotetiska kontrakt måste man dock använda sig av någon form av genomsnittlig riskplacering i kostnadsfria förhandlingar mellan två fullt rationella parter. Man får alltså för de olika områdena där lagstiftning skall införas försöka hitta var risken i genomsnitt placeras i branschen.

Ett område där en lagstiftning med all sannolikhet hade ökat den ekonomiska effektiviteten är förhandlingar där det hade kunnat genomföras relationsspecifika investeringar. Genom att utforma dispositiv rätt som på ett enklare sätt omplacerar kostnaderna till den illojala motparten, skulle samhällets ekonomiska effektivitet öka då relationsspecifika investeringar skulle kunna vidtas.

## 7.6 Beräkning av ersättning

Vilken typ av ersättning som skall utgå för utomobligatoriskt prekontraktuellt skadeståndsansvar och hur densamma skall beräknas är delvis omdiskuterat. Som tidigare visat anser rättsekonomin att det för skador som beror på tillit endast skall utgå ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset. Det vore osannolikt att parterna redan i sitt hypotetiska kontrakt avseende regleringen av det prekontraktuella skeendet hade ansett att ett positivt kontraktsintresse skulle kunna utgå. Detta hade nämligen varit detsamma som om avtalet hade fullgjorts. Vidare kan en alltför sträng påföljd leda till minskad ekonomisk effektivitet då det minskar antalet potentiella avtalsförhandlingar i samhället. Eftersom ett avbrott av avtalsförhandlingar inte kan bedömas på samma sätt som ett icke fullgörande av ett ingånget avtal vore det märkligt om ersättning motsvarande som om avtalet hade fullgjorts hade utgått redan för avbrutna avtalsförhandlingar. Det rådande praxisläget befäster detta ytterligare genom att HD i 1963 års fall inte utdömde ersättning för förlorad framtida arbetsinkomst. Kleineman menar dock att man inte skall stirra sig blind på begreppen positivt respektive negativt kontraktsintresse, utan det avgörande är vilka skador som följt av det vilseledande beteendet.<sup>186</sup> Det är endast

---

<sup>186</sup> Kleineman, 1987, s. 431.



dessa skador som skall ersättas, vilket enligt Kleineman skedde i 1963 års fall. Slutligen menar Kleineman att omfattningen på det negativa kontraktsintresset i vissa fall kan överstiga det positiva, varför ett användande av dessa definitioner blir missvisande.

Vilken ersättning som skall utgå och hur denna skall beräknas beror enligt rättsekonomin som tidigare nämnt på om tilliten varit ekonomiskt optimal eller inte. Tilliten anses optimal så länge sannolikheten för fullgörande och den förväntade värdeökningen som sker genom förberedande åtgärderna överstiger eller är lika med kostnaderna för de förberedande åtgärderna. Om en part har vidtagit ett flertal förberedande åtgärder men vissa av dessa är direkt onödiga för avtalet genom att de sannolikt inte kommer återspeglas i en framtida värdeökning av transaktionen skall kostnaderna i denna del alltså i intet fall omfördelas till skadevällaren. Den av Kleineman föreslagna modellen att endast kostnader hänförliga till det vilseledande beteendet ligger således mer i linje med de rättsekonomiska teorierna än tankegången att det är det negativa kontraktsintresset i allmänhet som skall utgöra bedömningsmall. Genom att istället använda sig av Kleinemans metod, där nivån på ersättningen kopplas samman med huruvida tilliten varit ekonomiskt optimal eller inte är således mer ekonomiskt effektiv än en generell bestämmelse att det negativa kontraktsintresset skall utgå. För att så skall vara praktisk görbart måste därför domstolarna i varje enskilt fall pröva samtliga uppkomna kostnader i förhållande till den tillit som förelegat och utifrån denna bedömning avgöra vad som skall ersättas.

Den ovan beskrivna modellen med prövning av samtliga kostnader i förhållande till den optimala tilliten är svår att tillämpa för domstolarna, vilket leder till ökade kostnader för rättsväsendet samtidigt som det blir svårt för parterna att förutse vilka kostnader som kan tänkas vara ersättningsgilla. Det torde därför vara bättre att tillämpa en mera generell regel, såsom till exempel regeln att det är det negativa kontraktsintresset som skall utgå. Det är först i de fall där domstolen på ett enkelt sätt kan urskilja vilka kostnader som är respektive inte är hänförliga till den optimala tilliten som domstolen bör frångå huvudregeln med att det är det negativa kontraktsintresset som skall ersättas.

I två fall har HD tagit ställning till vilken typ av kostnader som skall ersättas. I 1963 års fall utgick ersättning motsvarande flyttkostnader och förlorad arbetsinkomst från den anställning E avslutat för att kunna börja som VD på A. Däremot ersattes inte som HovR ville kostnader för förlorad framtida lön som VD i A. I domskälen görs det dock ingen direkt koppling mellan graden av tillit och kostnaderna, samt om tilliten varit ekonomiskt optimal eller inte. De kostnader som E ådrog sig förefaller dock vara rimliga och understeg sannolikt den förväntade framtida värdeökningen av transaktionen. 1990 års fall är intressant på så vis att HD i domskälen tar ställning till de kostnader som B ådragit sig under förhandlingarna. HD menar att dessa inte stått i paritet till den värdeökning som de facto skett, det vill säga försäljningen av en pumpenhet och därmed eventuella framtida försäljningsframgångar. HD:s ställningstagande torde kunna tolkas på så vis att B inte haft ekonomiskt optimal tillit då omständigheterna i fallet snarare tydde på att sannolikheten för att B skulle erhålla återförsäljarkontraktet

vida understeg omfattningen på de kostnader han lade ner på marknadsföringen. Detta framgår indirekt genom att HD fastslår att S inte haft befogad tillit till B:s uppgifter att kostnaderna stämde och därigenom inte haft någon klagörandeskyldighet gentemot B avseende sannolikheten för att avtalet skulle ingås.

Sammantaget förefaller rättspraxis visa att domstolen vid fastställandet av omfattningen på en eventuell ersättning sammankopplar denna bedömning med graden av tillit och om tilliten är ekonomiskt optimal, eller i vart fall befogad. Utgångspunkten tas dock i huvudregeln att det är det negativa kontraktsintresset som skall ersättas. Därmed står rättstillämpningen i samklang med de rättsekonomiska teorierna. Möjligtvis hade ytterligare ett steg kunnat tas mot de rättsekonomiska teoriernas lösning genom att domstolen, på ett tydligare sätt sammankopplar ekonomiskt optimal tillit med bedömningen av vilka kostnader som är ersättningsgilla. Någon möjlighet att lagstiftningsvägen lösa detta torde inte föreligga utan det får istället som nu vara upp till domstolarna i varje enskilt fall bedöma vad som skall utgå i ersättning.

## 8 Slutsats

Det prekontraktuella skadeståndsansvaret på utomobligatorisk grund är ett rättsområde som i princip inte är lagstiftat utan bygger på allmänna rättsgrundsatser, principer, doktrin och rättspraxis. När domstolen fastställer den eventuella existensen av ett utomobligatoriskt prekontraktuellt skadeståndsansvar ses i stora drag till förekomsten av lojalitet för att avgränsa ersättningsskyldig krets och eventuella utlösande faktorer som realiserar skadeståndsansvaret. Som huvudregel står sig vigilansprincipen stark, och för att ett ansvar skall kunna uppkomma i kommersiella förhållanden krävs i regel kraftfulla utlösande faktorer.

Lojalitetsplikten har en central betydelse för det prekontraktuella skadeståndsansvaret på utomobligatorisk grund. Först och främst fungerar det som i 1978 och 1990 års fall som en form av avgränsning för att kunna fastställa den ersättningsskyldiga kretsen. För att fastställa om en lojalitetsplikt uppkommit tittar domstolen på samtliga föreliggande omständigheter, där det avgörande är om parterna har kommit till det stadiet att de syftar till att ett avtal skall ingås. En tillitsbaserad avgränsning är också tänkbar, men min bedömning är att lojalitetsplikten på ett mera heltäckande och grundläggande sätt tillgodoser avgränsningsbehoven. Tillitsprincipen förefaller snarast ha störst betydelse som en utlösande faktor för ansvar. Ledning kan tas i de inomobligatoriska reglerna avseende uppgiftsansvar och upplysningsplikt, med den skillnaden att närvaron av befogad tillit har betydelse för om ansvar skall kunna utgå eller inte i utomobligatoriska fall. Har befogad tillit uppkommit hos ena parten uppkommer samtidigt en klagörandeplikt hos motparten om denne skadefri vill dra sig ur förhandlingarna.

För att avgöra om en part skall anses ha åsidosatt lojalitetsplikten kan faktorer såsom särskild sakkunskap, parts privilegierade ställning eller förekomsten av grovt vårdslöst beteende få betydelse. Parallella avtalsförhandlingar kan även de få betydelse utifrån hur långt in i förhandlingarna parterna anses ha kommit och en eventuell förekomst av principöverenskommelser. Förekomsten av principöverenskommelser utgör en kraftfull bevisning för att en lojalitetsplikt uppkommit oavsett dess innehåll. Däremot fungerar inte principöverenskommelsen på egen hand som en utlösande faktor utan det krävs något mer, exempelvis ett illojalt agerande eller att uppgiftsansvaret åsidosatts.

Det utomobligatoriska prekontraktuella skadeståndsreglerna analyseras enklast med hjälp av ett hypotetiskt kontrakt där man ser till vad parterna generellt sett hade avtalat förutsatt att de var ekonomiskt rationella, fullt informerade och transaktionskostnaderna var noll. I denna situation hade parterna i en kommersiell situation sannolikt fördelat de prekontraktuella kostnaderna på så vis att vardera part fick bära sina kostnader. Det är först i fall där en av parterna av någon anledning inte är att anse som riskneutral som den minst riskaversiva parten hade fått bära kostnaderna. Därmed förefaller alltså den nuvarande huvudregeln i svensk rätt, att vardera part i

enlighet med vigilansprincipen får stå sina kostnader innan avtal kommit till stånd överensstämna med den rättsekonomiskt mest effektiva lösningen.

Ett problemområde är förhandlingar med relationsspecifika investeringar. För denna typ av förhandlingssituationer försätts den ena parten i en gisslansituation gentemot motparten, och det är osannolikt att parterna i det hypotetiska kontraktet avsett att så skulle ske. Detta talar för att lojalitetspliktens uppkomst borde tidigareläggas för denna typ av situationer samtidigt som ett åsidosättande av densamma förenklas, så att parterna i enlighet med spelteorin tvingas att samarbeta och inte utnyttja varandra för egen vinnings skull.

Ett sätt att förbättra den ekonomiska effektiviteten hade varit att införa dispositiv rätt som reglerade det prekontraktuella utomobligatoriska skadeståndsansvaret. Genom att göra det hade parterna inte behövt reglera denna kostnadsfrågan under avtalsförhandlingarna vilket hade sänkt transaktionskostnaderna och ökat den ekonomiska effektiviteten. Det blir därigenom enbart i de fall där parterna av någon anledning vill avvika från den i lagtext föreslagna lösningen som de skulle bli tvungna att reglera det prekontraktuella kostnadsansvaret.

För att den dispositiva lagstiftningen skall bli så ekonomiskt effektiv som möjligt skall den utformas i överensstämmelse med vad parterna i genomsnitt hade kommit överens om i det hypotetiska kontraktet. Någon fullständigt generell lagstiftningslösning är sannolikt inte möjlig, då en sådan rättsregel sannolikt blir alltför svår att tillämpa i det enskilda fallet. Alltför oklara rekvisit skulle innebära att rättstillämpningen även i fortsättningen skulle förläggas till rättspraxis och doktrin. Däremot är det tänkbart att identifiera specifika problemområden och för dessa lagreglera det prekontraktuella ansvaret. Ett sådant skulle till exempel vara relationsspecifika investeringar.

En av parterna upprättad fördelning av de prekontraktuella kostnaderna i till exempel en avsiktsförklaring bör få företräde framför allmänna principer om fördelning av prekontraktuella kostnader. En lösning där parterna uttryckligen fördelar kostnaderna mellan sig är dock vanligtvis inte ekonomiskt mer effektiv såtillvida inte sannolikheten för att förhandlingarna avbryts är betydande. Dessutom förefaller det tveksamt om ett användande av ett förfarande där parterna uttryckligen fördelar kostnaderna hade varit praktisk genomförbart i näringslivet, då en uttrycklig och detaljerad reglering av prekontraktuella kostnader i ett LOI i princip motsäger själva syftet med avsiktsförklaringen.

Slutligen vad gäller beräkningen av ersättningen är den rådande uppfattningen att denna skall beräknas utifrån det negativa kontraktsintresset. Denna typ av schablonregel är sannolikt också den mest tillämpbara för domstolen i det enskilda fallet. En ekonomiskt mera effektiv lösning är den av Kleineman föreslagna lösningen där ersättningen istället beräknas utifrån huruvida tilliten varit optimal eller inte och i vilken mån kostnaderna är hänförliga till den optimala tilliten. Därigenom kopplas ersättningsberäkningen samman med lojalitetsplikten och parternas

agerande under avtalsförhandlingarna får en mera direkt betydelse för ersättningsberäkningen. En sådan lösning är dock sannolikt svår för domstolen att tillämpa i det enskilda fallet, varför schablonregeln i vart fall generellt sett är ekonomiskt mera effektiv.

Sammanfattningsvis förefaller den nuvarande regleringen och tillämpningen av ansvar för prekontraktuellt skadestånd i utomobligatoriska förhållanden vara ekonomiskt effektivt. Vissa förbättringar skulle kunna göras, men frågan är vilken egentlig inverkan dessa skulle få på den ekonomiska effektiviteten. Osäkerhet avseende rättsläget ökar ofta transaktionskostnaderna för parterna, och därför finns ett visst intresse av kontinuitet i rättsreglerna. Samtidigt innebär den stora variation som finns avseende avtalstyper i det praktiska affärlivet att möjligheten att införa förändringar är små om man inte nöjer sig med väldigt generella lösningar. Oavsett om en förändring genomförs eller inte kan sammanfattningsvis möjligheterna att erhålla ersättning anses små. Även om en lojalitetsplikt relativt lätt kan uppkomma mellan parterna så har samtidigt vigilansprincipen en så pass stark roll i svensk rätt att de utlösande faktorerna måste vara tydliga och kraftfulla för att ett ansvar skall kunna realiseras. Huvudregeln om att vardera part får stå sina kostnader fram tills dessa att avtal ingått står sig därmed stark inom den svenska avtals- och skadeståndsrätten.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

- Prop. 2002/03:113, *Lag om finansiell rådgivning till konsumenter*.
- Prop. 1988/89:76, *Om en ny köplag*.
- Prop. 1972:5, *Skadeståndslag, mm.*
- NJA II 1915.

## Juridisk doktrin

- Adlercreutz Axel, *Avtalsrätt I*, 12:e uppl., 2002, Juristförlaget i Lund.
- Adlercreutz Axel, *Avtalsrätt II*, 5:e uppl., 2001, Juristförlaget i Lund.
- Bengtsson Bertil, Erland Strömbäck, *Skadeståndslagen – En kommentar*, 2:a uppl., 2006, Norstedts juridik.
- Björkdahl Erika P, *Lojalitet och kontraktliknande förhållanden*, 2007, Iustus förlag.
- Grönfors Kurt, *Avtalslagen*, 1995, Norstedts juridik.
- Grönfors Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, 1993, Nerenius & Santérius förlag.
- Hellner Jan, Radetzki Marcus, *Skadeståndsrätt*, 7:e uppl., 2006, Norstedts juridik.
- Hellner Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, 4:e uppl., 1993, Norstedts juridik.
- Hellner Jan, Ramberg Jan, *Speciell avtalsrätt I, Köprätt*, 2:a uppl., 1991, Juristförlaget.
- Holm Anders, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, 2004, UniTryck, Linköping.
- Holmqvist Lena, Leijonhufvud Madeleine, Träskman Per Ole, Wennberg Suzanne, *Brottsbalken – en kommentar*, 2007, Norstedts Juridik.
- Karlgren Hjalmar, *Avtalsrättsliga spörsmål*, 1954, Lund.
- Kleineman Jan, *Ren förmögenhetsskada*, 1987, Juristförlaget.
- Lehrberg Bert, *Köprätt enligt 1990 års köplag*, 2008, IBA.
- Ramberg Jan och Christina, *Allmän avtalsrätt*, 7:e uppl., 2006, Norstedts juridik.
- Rodhe Knut, *Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder*, ur *Festskrift till Jan Hellner*, 1984, Norstedts juridik.
- Svensson Ola, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, 1996, Nerenius & Santérius Förlag.
- Ussing Henry, *Aftaler paa formuerettens omraade*, 1945, Köpenhamn.
- Vahlén Lennart, *Avtal och tolkning*, 1960, Norstedts & Söners Förlag.

## Artiklar

- Adlercreutz Axel, SvJT 1987 s. 493-514, *Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal ("om letters of intent, principöverenskommelser, mm.)*.
- Bengtsson Bertil, SvJT 1985 s. 653-675, *Svensk rättspraxis – Skadestånd utom kontraktsförhållanden 1980-1984*.
- Bengtsson Bertil, SvJT 2002 s. 33-51, *Skadestånd utom kontraktsförhållanden 1997-2000*.
- Bogdan Michael, *Rekviem över Letters of Comfort*, Festskrift till Jan Ramberg, 1996, Juristförlaget.
- Calissendorf Gotthard, JT 1993-94 s. 236-235, *Recession av Kurt Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta - några synpunkter*.
- Dan Lindmark, *Om jämkning av kommersiella avtal*, Ur *Avtalslagen 90 år*, 2005, Norstedts Juridik.
- Hellner Jan, Tfr 1998 s. 357-388, *Skadeståndsrätt och rättsekonomi*.
- Hultmark, Christina, *Upplyningsplikt vid ingående av avtal*, 1993, Juristförlaget.
- Kleineman Jan, JT 1991-92 s. 125-140, *Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar*.
- Nicander Hans, JT 1995-96 s. 31-46, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållandet*.
- Unger Sven, *Konsten att sluta avtal – Om avtal "villkorat" av styrelsens godkännande*, Festskrift till Gotthard Calissendorff, 1990, Norstedts förlag.

## Ekonomisk och rättsekonomisk doktrin

- Eklund Klas, *Vår ekonomi*, 10:e uppl., Prisma.
- Dahlman Christian, Gladner Marcus, Reidhav David, *Rättsekonomi – en introduktion*, 2:a uppl., 2004, Studentlitteratur.
- Perloff Jeffrey M, *Microeconomics*, 3rd edition, Pearson.
- Cooter Robert, Ulen Thomas, *Law and economics*, 5th edition, 2008, Pearson.
- Cooter Robert, Ulen Thomas, *Law and economics*, 3<sup>rd</sup> edition, 2000, Pearson.
- Lionel Charles Robbins, Lord Robbins, 1932, *An Essay on the nature and significance of economic science*.
- Posner Richard A, *Contract right and remedies*, ur *The Firm, the Market and the Law*, 1998, Aspen Law and Buisness.

## Övrigt

- UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2004 (inklusive kommentar, hämtad från [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) 2009-04-02).
- Karnov Lagkommentar på Internet.

# Rättsfallsförteckning

## Svenska rättsfall

- NJA 2005 s. 608
- NJA 1990 s. 745
- NJA 1995 s. 586
- NJA 1994 s. 204
- NJA 1992 s. 375
- NJA 1987 s. 692
- NJA 1980 s. 383
- NJA 1978 s. 147
- NJA 1979 s. 483
- NJA 1973 s. 175
- NJA 1963 s. 105
  
- T 358-99
- RH 1996:154

## Utländska rättsfall

- Pennzoil v. Texaco, Inc., 481 U.S. 1 (1987)
- United States v. Carroll Towing Co (159 F.2d 169 (2d Cir. 1947))