



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Richard Sahlberg

Lovlighetsgränsen för  
informationsövertag vid  
avtalsslut  
- En rättsekonomisk analys av  
upplysningsplikt

Examensarbete  
30 poäng ECTS

Ola Svensson

Allmän förmögenhetsrätt

VT 2008

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Problematisering	5
1.2 Syfte	5
1.3 Metod	6
1.4 Avgränsning	6
1.5 Disposition	6
<b>2 RÄTTSEKONOMI – INLEDNING, DEFINITIONER OCH ANTAGANDEN</b>	<b>7</b>
2.1 "The Economic Man"	7
2.2 Marginalnytta och riskbenägenhet	8
2.3 Optimala val utifrån budgetrestriktion	8
2.4 Effektivitetskriterium	9
2.4.1 Pareto-effektivitet	10
2.4.2 Kaldor-Hicks-effektivitet	10
2.4.3 Nyttä, välbild och välfärd	11
2.4.4 Relationen mellan olika effektivitetskriterium	14
2.5 Marknadsjämvikt och den perfekta marknaden	14
2.5.1 Det perfekta avtalet	15
2.5.2 Transaktionskostnader	16
<b>3 UPPLYSNINGSPLIK TEN I ETT RÄTTSEKONOMISKT PERSPEKTIV</b>	<b>18</b>
3.1 Free contract rule eller avtalsreglering?	18
3.2 Utformning av en grundläggande modell	19
3.3 Särbehandling av olika informationslag	22

3.3.1	Destruktiva fakta	22
3.3.2	Redistributiva fakta	22
3.3.3	Produktiva fakta	23
3.3.3.1	Premiering av informationsanskaffande	24
3.3.3.2	Medvetna investeringar och slumpmässiga upptäckanden	25
3.3.3.3	Medvetna investeringar och förtigande av redistributiva fakta	26
3.3.3.4	Slutsatser om behandling av produktiva fakta	27
3.3.4	Blandad information	28
3.3.5	Prisomedvetenhet	29
3.3.6	Sammanfattning och flödesschema	30
3.3.6.1	Vem skyddas av upplysningsplikt?	31
3.3.7	Culpösa förtiganden	32
<b>3.4</b>	<b>Moral Hazard och Adverse Selection</b>	<b>33</b>
3.4.1	Signalering	34
<b>4</b>	<b>BEHAVIOUR LAW OF ECONOMICS</b>	<b>36</b>
4.1	Exemplifierande iakttagelser	37
<b>5</b>	<b>MÖJLIGHETER ATT SKAPA UPPLYSNINGSPLIKT</b>	<b>40</b>
5.1	Civilrättsliga regler	40
5.1.1	Ogiltighet	40
5.1.2	Jämkning	40
5.1.3	Tvångsåterköp	41
5.1.4	Penalty default rules	41
5.2	Marknadsrättsliga regler	43
<b>6</b>	<b>KORT OM UPPLYSNINGSPLIKT I SVENSK RÄTT</b>	<b>44</b>
6.1	Generell formulering av upplysningsplikten	45
6.2	Rättsekonomisk analys	47
<b>7</b>	<b>AVSLUTANDE ORD</b>	<b>51</b>
	<b>BILAGA A</b>	<b>52</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>53</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>56</b>

# Summary

In this thesis, the duty to disclose has been analyzed in an economic perspective, in order to investigate the possible consequences that may result from rules regarding the duty to disclose. First and foremost, it is uncertain whether a duty to disclose should be enforced when a market has reached a certain level of efficiency. As for other markets, there should be a full duty to disclose regarding *destructive facts* and *redistributive facts*. Regarding *productive facts* and *mixed facts*, the analysis is ambiguous. The ambiguity is based on the problem with encouraging both the discovery and sharing of productive information.

Economic efficiency calls for encouragement of conscious investments in discovery of productive facts. Therefore, the finder of productive facts ought to be compensated for such investments, even if a duty to disclose includes productive facts.

Swedish law does not have any general rule regarding the duty to disclose. There are, however, rules in the Swedish Law of Contracts, meaning that non-validity may result if a part in an agreement has utilized an information advantage of a certain degree. The meaning is that a duty to disclose may be necessary, if a contract is not to be nullified or regulated. The exact size of the allowed advantage is however difficult to ascertain. Different authors have expressed different views regarding the duty to disclose, but there is a general consensus regarding its basic shape.

An easy way of describing the duty to disclose is that the duty appears when a part of an agreement realizes that he/she has knowledge about a circumstance the other part is unaware of, which is of importance for the other part's willingness to form the agreement. Different circumstances can however alter the duty to disclose, and it should be accepted to, within reasonable limits, take advantage of business skills to achieve a better contract. The circumstances that have been mentioned in the legal literature are not connected to economic considerations and cannot be regarded as optimal, at least not through the perspective of economic efficiency.

# Sammanfattning

Denna uppsats analyserar rättsekonomiska aspekter på utformningen av upplysningsplikt. Det har för det första fastslagits att det är tveksamt huruvida upplysningsplikt överhuvudtaget bör föreligga, när en marknad har uppnått en viss grad av effektivitet. För övriga marknader har det konstaterats att full upplysningsplikt bör gälla för *destruktiva fakta* respektive *redistributiva fakta* samt vid fall av *prisomedvetenhet*. Vad gäller *produktiva fakta* respektive *blandade fakta* är analysen mer tvetydig. Problemet ligger i att såväl främja upptäckande av produktiv information som att främja ett spridande av den.

Det finns ett samhällsekonomiskt intresse av att främja medvetna investeringar i anskaffande av produktiva fakta. Därför bör upptäckaren av produktiva fakta, om förtigande av produktiva fakta inte tillåts, i vart fall kompenseras i förhållande till de investeringar som lett fram till upptäckandet.

Det finns inom den allmänna avtalsrätten ingen generell bestämmelse avseende upplysningsplikt. Det finns däremot regler i AvtL som innebär att ogiltighet kan inträda om en part i ett avtalsslut har ett alltför stort informationsövertag. Detta innebär att en upplysningsplikt kan aktualiseras, för att ett avtal inte ska kunna ogiltigförklaras eller jämkas. Exakt hur stort detta informationsövertag kan vara är svårare att bestämma. Olika författare har olika syn på exakt hur upplysningsplikten ser ut, men en samstämmighet finns om upplysningspliktens grundläggande utformning.

Huvudregeln är att upplysningsplikt inträder när en avtalspart inser att denne har kunskap om en omständighet som medkontrahenten är omedveten om, om denna omständighet är av betydelse för medkontrahentens vilja att ingå avtal. Olika ”motgrunder” kan dock sätta upplysningsplikten ur spel och det är, inom rimliga gränser, tillåtet att utnyttja affärsskicklighet och vissa sorters informationsövertag för att få fördelar vid avtalsslut. De ”motgrunder” som anförts i doktrin kan dock inte anses optimala ur ett rättsekonomiskt perspektiv.

# Förord

*Tack till:*

Ola Svensson, för goda råd,

Evan, för nästan lika goda råd.

# Förkortningar

AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet
MFL	Marknadsföringslag (1995:450)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning II
Patentlagen	Patentlag (1967:837)
Prop.	Proposition
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap

# 1 Inledning

## 1.1 Problematisering

Typiskt sett så ingås ett avtal eftersom parterna har en ömsesidig nytta av det. I verkligheten är det emellertid ofta så att informationsbalansen är rubbad, vilket får den ena parten att över- eller undervärdera sin prestation, till gagn för den andre. En part med överlägsen kunskap vill självklart nyttja detta vid avtalsingående, genom culpöst<sup>1</sup> eller dolöst förtigande. Ett sådant övertag är åtråvärt, men det får inte heller missbrukas – i så fall kan hela avtalet bli ogiltigt eller jämkat. Så vilken typ av informationsövertag får en avtalspart ha, innan en upplysningsplikt aktualiseras? Var går gränsen mellan affärsskicklighet och otillåtet förtigande? Framför allt, var bör gränsen gå?

De senaste decennierna har sett framväxten av det rättsekonomiska perspektivet,<sup>2</sup> inom vilket juridiska regler undersöks för att bedöma deras effektivitet i ett samhällsekonomiskt perspektiv. Syftet med sådana analyser är att undersöka huruvida gällande rätt resulterar i ekonomisk effektivitet.

Rättsekonomiska argument har emellertid varit generellt sällsynta i motiv och praxis. Exempelvis har Norlén påpekat en fullständig avsaknad av rena rättsekonomiska argument i förarbeten och praxis till AvtL 36 §.<sup>3</sup> Svensson menar emellertid att ”omsättningens intressen”, vilket nämns i motiven till AvtL, kan tolkas som en uppmaning att främja välfärdsökning.<sup>4</sup>

Inom ramen för denna uppsats kommer olika aspekter av den samhällsekonomiska funktionen av upplysningsplikt att beskrivas.

## 1.2 Syfte

Uppsatsens huvudsakliga fokus är att *redogöra för samhällsekonomiska faktorer vid utformningen av upplysningsplikt*. För att placera denna fokus i en lämplig kontext kommer uppsatsen även att kort diskutera upplysningspliktens utformning inom den allmänna avtalsrätten, med en diskussion av huruvida denna är lämpligt utformad ur ett rättsekonomiskt perspektiv.

---

<sup>1</sup>Jämför Runesson, Rekonstruktion av ofullständiga avtal – särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader, 1996, s. 132ff.

<sup>2</sup>Epstein, Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future, 1997, s. 1167.

<sup>3</sup>Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, 2004, s. 113.

<sup>4</sup>Svensson, Avtal och Rättvisa, 2007, s. 493.



## 1.3 Metod

Uppsatsen ger ett rättsekoniskt perspektiv på upplysningsplikten. Detta perspektiv kännetecknas av att det använder sig av ekonomisk teori för att analysera rättsliga regler och principer.<sup>5</sup> Avslutningsvis diskuteras upplysningsplikten inom den allmänna avtalsrätten. Det är värt att notera att detta stycke inte utgår från en rättsdogmatisk metod, utan ger ett perspektiv på svensk upplysningsplikt utifrån den föregående rättsekoniska analysen.

## 1.4 Avgränsning

Syftet med uppsatsen är främst att beskriva ekonomiska aspekter på utformningen av upplysningsplikt. Det är således inte min mening att ge en fullständig och grundläggande genomgång av rättsekonisk teori. Därför kommer endast rättsekonisk teori att beskrivas i den mån den är av relevans för en analys av upplysningsplikt.

Avslutningsvis beskrivs rättsekoniska aspekter avseende utformningen av upplysningsplikt inom den allmänna avtalsrätten. Därför kommer särskilda regleringar av speciella avtalstyper, såsom köp av fast eller lös egendom, inte att särskilt behandlas. Inte heller kommer upplysningsplikt under kontraktsförhållandet att omfattas, endast den upplysningsplikt som föreligger vid avtalsslut.<sup>6</sup>

Begreppet informationsövertag kan omfatta en mängd olika situationer, exempelvis när ena parten uppträder på ett sätt som är ägnat att förleda motparten. Denna typ av ”framkallat” informationsövertag faller inte inom ramen för detta arbete och kommer inte att närmare behandlas, även om uppsatsen stundom kommer att vara av relevans även för dessa fall.

## 1.5 Disposition

Uppsatsens första del behandlar antaganden och bakomliggande ekonomisk teori, vilket ligger till grund för den fortsatta framställningen. Därefter följer en diskussion av olika aspekter vid utformning av upplysningsplikt. Påföljande avsnitt behandlar relaterade frågor ur ett rättsekoniskt perspektiv, varpå arbetet avslutas med en kort kommentar på upplysningspliktens utformning i Sverige ur ett rättsekoniskt perspektiv.

---

<sup>5</sup> Dahlman et al, Rättsekonomi – en introduktion, 2004, s. 70.

<sup>6</sup> Jämför Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 41.

## 2 Rättsekonomi – Inledning, definitioner och antaganden

Rättsekonomi är en akademisk disciplin som lånat teorier och koncept från nationalekonomi, närmare bestämt mikroekonomin, i syfte att bedöma hur rättsliga regler påverkar välståndet eller välfärden i ett samhälle. Syftet är att påvisa hur man på bästa sätt kan utforma rätten, för att uppnå samhällsekonomisk effektivitet.

Detta kapitel kommer inledningsvis att redogöra för några fundamentala definitioner och antaganden som ligger till grund för rättsekonomisk teori. För att utföra rättsekonomiska analyser behövs nämligen vissa antaganden som förenklar verkligheten, antaganden som sedan utgör en grund för bedömningen av utfall av olika regler. Därefter följer en genomgång av för upplysningsplikten relevanta rättsekonomiska teorier. I det påföljande kapitlet presenteras sedan en analys av upplysningsplikten utifrån detta teoretiska ramverk.

### 2.1 "The Economic Man"

Ett grundläggande antagande är att individer betraktas som "rationella maximerare av sin egen nytta"<sup>7</sup>. Detta innebär alltså att en individ som har att välja mellan två olika alternativ, som kostar lika mycket i tid eller pengar, kommer alltid att välja det alternativ som leder till högst nytta. Om det är oklart vilket av alternativen som leder till högst nytta, kommer individen i stället att välja det alternativ som har högst *förväntad* nytta (se nedan, 2.3).<sup>8</sup>

Dessa antaganden bygger i sin tur på antaganden om fullständighet, reflexivitet och transitivitet. Reflexivitet innebär att ett alternativ måste vara lika bra som sig självt, vilket knappast kan ifrågasättas. En variant av detta antagande är antaganden om kontinuitet, vilket innebär att en individ som föredrar A framför B också föredrar alternativ som är väldigt lika A framför B.<sup>9</sup> Transitivitet innebär att om en individ föredrar A framför B och B framför C, så föredrar också individen A framför C. Slutligen så innebär fullständighet att en individ kan rangordna alla tänkbara kombinationer av varor och tjänster. Med andra ord så måste en individ anse att X är bättre än Y, att Y är bättre än X eller att alternativen är likvärdiga.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Cooter och Ulen, Law and Economics, 2007, s. 16.

<sup>8</sup> Jämför Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 48ff.

<sup>9</sup> Nicholson, Microeconomic Theory – Basic Principles and Extensions, 2005, s. 70.

<sup>10</sup> Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 22f.

## 2.2 Marginalnytta och riskbenägenhet

Ett annat mikroekonomiskt resonemang rör individers marginalnytta (MU). Som regel är denna avtagande – vilket innebär att för varje ytterligare enhet av en viss vara eller tjänst som konsumeras, så minskas den nytta som nästa enhet kommer att ge.<sup>11</sup> Om man använder pengar som exempel på en vara, innebär detta att en individ erhåller mindre nytta per extra krona, jämfört med den tidigare kronan. En person som får 1000 kr för ett arbete hade alltså inte erhållit dubbelt så mycket nytta om han/hon fått 2000 kr, trots att han/hon fått en dubbel kvantitet. Detta beror på att de första 1000 kronorna kan användas till att tillfredsställa mer grundläggande preferenser än de nästföljande 1000 kronorna. Eftersom den rationella individen kommer att använda varje krona så att individens nytta maximeras, kommer de alternativ som ger mest nytta att väljas först. För de nästföljande tusen kronorna återstår därför bara alternativ som ger mindre nytta. Ett sätt att formulera detta är enligt följande:<sup>12</sup>

*Varje ytterligare enhet ger mindre nytta än den föregående.*

Detta medför per automatik *riskaversion*. En rationell individ kommer att föredra att få en krona, om alternativet är att få en chans på tio att få tio kronor. Trots att alternativen är matematiskt likvärdiga, innebär den avtagande marginalnyttan att varje krona utöver den första är värd mindre, mätt i nytta för individen. Det finns därför goda skäl att utgå ifrån att den typiska individen är riskaversiv.<sup>13</sup>

## 2.3 Optimala val utifrån budgetrestriktion

En förutsättning inom rättsekonomi är att individens, och därmed också samhällets, resurser är begränsade. En individs resurser utgör dennes budget, och budget begränsar alltså vilka preferenser denne individ kan tillfredsställa. Detta kallas för budgetrestriktion. Varje individ kan utifrån sin budgetrestriktion införskaffa olika uppsättningar varor och tjänster, så kallade ”varukorgar”.<sup>14</sup> Ett exempel är att en individ med en budgetrestriktion på 100 kronor antingen kan köpa en biobiljett som kostar 50 kr och en godispåse som kostar 50 kr, eller två biobiljetter respektive två godispåsar. Av dessa alternativ kommer antagligen alternativet med en biobiljett och en godispåse att innebära mest nytta för individen. Detta resonemang brukar illustreras grafiskt, med en så kallad *indifferenskurva*.

---

<sup>11</sup> Det har ifrågasatts huruvida detta antagande är rimligt eller inte. Se t ex Frankfurt, *Equality a Moral Ideal*, 2003, s. 85ff. Posner har påpekat att avtagande marginalnytta inte alltid är ett rättvisande antagande i nyttokalkyler, se Posner, *Economic Analysis of Law*, 2003, s. 470. Georgakopoulos menar emellertid att avtagande marginalnytta är svår att bortse ifrån avseende individers nyttokurvor, se Georgakopoulos, *Principles and Methods of Law and Economics – Basic Tools for Normative Reasoning*, 2005, s. 72ff.

<sup>12</sup> Frank, *Microeconomics and Behavior*, 2006, s. 200.

<sup>13</sup> Jämför Gravelle och Rees, *Microeconomics*, 2004, s. 457.

<sup>14</sup> Perloff, *Microeconomics*, 2004, s. 92ff. Jämför Dahlman et al, a a, 2004, s. 22.

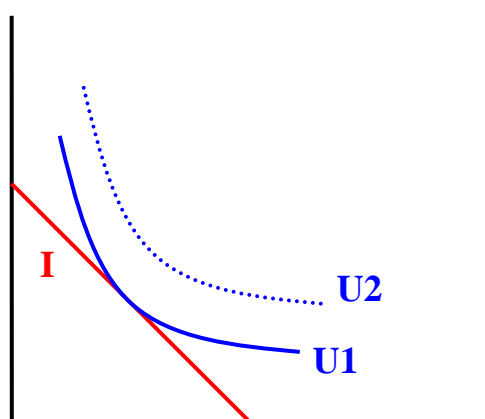


Fig 1 - Indifferenskurva

Ovanstående figur är en indifferenskurva, där en individs budgetrestriktion, den röda linjen (I), visar möjliga varukorgar utifrån en viss budget. Om X-axeln representerar antalet biobiljetter och Y-axeln antalet godispåsar, visar linjen I att individen antingen kan köpa två biobiljetter, en biobiljett och en godispåse, eller två godispåsar. De blå linjerna visar hur mycket nytta (U) som individen får av en viss varukorg. Maximal nytta utifrån individens budgetrestriktion erhålles med den varukorg som motsvarar punkten där en kurva U, i detta fall linjen U1, tangerar linjen I. Denna varukorg motsvarar individens *optimala val*, eftersom denna varukorg maximerar individens nytta. Linjen U2 visar vilken nytta som hade kunnat erhållas, om individen haft en större budget.<sup>15</sup>

Eftersom tid och resurser är begränsade, tvingas individer konstant att prioritera mellan olika alternativ. Eftersom de är rationella nyttomaximerare, kommer individerna alltid att välja det alternativ som ger mest nytta. Om det råder osäkerhet avseende olika alternativs nytta, kommer det alternativ att väljas som ger högst *förväntad* nytta (även kallat "expected value").

Förväntad nytta (EU) eller förväntad vinst (EMU) för ett visst handlingsalternativ beräknas genom att multiplicera varje möjligt utfall (O) av handlingsalternativet med sannolikheten (P) att utfallet inträffar. Detta ger formeln  $EU \text{ (eller EMU)} = P_1O_1 + P_2O_2 + P_3O_3 + \dots + P_nO_n$ .<sup>16</sup>

## 2.4 Effektivitetskriterium

Ett generellt krav för ekonomisk effektivitet är att en specifik resursfördelning leder till en total nyttoökning. Detta krav kan sedan ytterligare specificeras på olika sätt.

Inom ekonomisk teori används begreppet effektivitet för att beskriva ett tillstånd där resurser används på ett sätt som genererar så mycket nytta som

<sup>15</sup> Se t ex Nicholson, a a, 2005, s. 97.

<sup>16</sup> Dahlman et al, a a, 2004, s. 32f.

möjligt. I termer av produktion avser effektivitet att man inte kan få mer ”output” genom att använda billigare ”input”, samt att man inte kan få mer ”output” genom att använda samma ”input”.<sup>17</sup>

Rättsekonominns fokus är emellertid huruvida juridiska regler är utformade på ett effektivt sätt. För att mäta sådan effektivitet finns olika måttstockar, som kan användas i olika sammanhang beroende på vad det är som undersöks och vilken målsättning det juridiska regelverket har. Några av de vanligaste presenteras nedan, men det kan redan nu poängteras att det inte råder samstämmighet om vilka mått som är lämpliga att använda – denna normativa frågeställning angränsar emellertid till politisk filosofi, vilket inte kommer att behandlas närmare.

## 2.4.1 Pareto-effektivitet

Om en resursomfördelning leder till att åtminstone en individ får det bättre utan att någon annan får det sämre, är omfördelningen Pareto-effektiv.<sup>18</sup> Ett exempel på en Pareto-effektiv omfördelning är att person A äger ett objekt som A värderar till 100 kronor. Detta kan också uttryckas som så, att 100 kr motsvarar den nytta som A får av att äga objektet. Detta objekt värderas emellertid av B till 150 kr. Om nu B köper objektet av A för 100 kr, så har A varken fått det bättre eller sämre. Däremot så har B, för sina 100 kr, fått något som B värderar till mer än 100 kr. Genom detta köpeavtal har således B fått det bättre, medan A är indifferent. Transaktionen är Pareto-effektiv.

Om det inte längre går att genomföra någon Pareto-effektiv transaktion så råder ett Pareto-optimalt tillstånd. Det är då inte möjligt att genomföra någon ytterligare nyttoökande transaktion, utan att någon får det sämre. I detta läge kommer inte heller några frivilliga transaktioner att ingås.<sup>19</sup>

## 2.4.2 Kaldor-Hicks-effektivitet

Detta mått för ekonomisk effektivitet går längre än Pareto-effektiviteten. För att uppnå Kaldor-Hicks-effektivitet räcker det nämligen inte att det inte längre går att omfördela resurser utan att någon får det sämre. För att effektivitet i detta mått ska vara uppfyllt krävs att ingen transaktion kan göras som ökar den *totala nyttan*.<sup>20</sup> Fördelen med detta effektivitetskrav är att den aggregerade välfärden hamnar i fokus, i stället för att bara fokusera på att ingen enskild individ får det sämre.

Det bör nämnas att det finns en koppling mellan Pareto-effektivitet och Kaldor-Hicks-effektivitet. En grupp individer kan nämligen först omdistribuera resurser så att en individ får det sämre, medan övriga individer får det så pass mycket bättre att den totala välfärden ökar. De som fått det bättre kan då ersätta den första individen så att han inte får det sämre

---

<sup>17</sup> Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 17.

<sup>18</sup> Schotter, Microeconomics – A Modern Approach, 2001, s. 574.

<sup>19</sup> Perloff, a a, 2004, s. 311.

<sup>20</sup> Dahlman et al, a a, 2004, s. 56.

än han hade det från början. Om Pareto-kriteriet godkänner sådana avtalskonstruktioner får den en liknande innebörd som Kaldor-Hicks-kriteriet. Skillnaden mellan kriterierna är i så fall att gruppen inte faktiskt *behöver* kompensera individen. Denna kompensation är enbart ett hypotetiskt test i fråga om Kaldor-Hicks-kriteriet.<sup>21</sup>

### 2.4.3 Nytt, välbefinnande och välfärd

Ett centralt begrepp inom rättsekonomi är nyttobegreppet, som inom engelsk litteratur kallas "utility". Individer antas sträva efter att maximera sin nytta eller välfärd, vilket kan sägas motsvara tillfredsställelse av preferenser eller lycka.<sup>22</sup> Maximerandet innebär att individer alltid väljer det alternativ som är förknippat med högst nytta, allt annat lika. Detta kan också uttryckas som att individer strävar efter att tillfredsställa sina preferenser i så hög utsträckning som möjligt.

Den mikroekonomiska teorin utgår vidare ifrån *ordinal* preferensordning. Detta innebär att man mäter en persons preferenser genom att se hur en person rangordnar olika alternativ, utifrån den nytta som varje alternativ kan ge. Däremot anses inte längre att individer kan mäta sina preferenser kardinalt, det vill säga att exakt kunna ange hur många "nyttoenheter" varje alternativ innebär. Detta beror på svårigheten att mäta "nyttoenheter" för olika individer.<sup>23</sup> Framför allt är det svårt att göra interpersonella jämförelser, alltså jämföra den upplevda nyttan mellan två personer.

Inom mikroekonomisk teori kan pengar användas för att värdera olika nyttigheter. En person är redo att betala ett visst antal kronor för en viss vara, beroende på hur mycket nytta personen förknippar med varan. På så sätt har inte pengar något egenvärde, utan används i instrumentellt syfte för att rangordna olika nyttor. Eftersom pengar kan bytas mot andra varor, som ger mer eller mindre nytta, så innebär ett ökat innehav av pengar också en ökad nytta, eftersom fler preferenser kan tillfredsställas.

Det faktum att människor värderar resurser på olika sätt leder till det *välståndsmaximerande* kriteriet. Välståndsmaximering uppnås genom att varor och resurser ägs av de individer som värderar dem högst, och någon värderar en vara högre endast om denne både är villig och har möjlighet att betala mer för att få varan.<sup>24</sup> Således ökar välbefinnandet i samhället, när två personer frivilligt ingår ett avtal. En persons värdering av ett föremål utgör dennes reservationspris – exempelvis kan person A värdera en staty som ägs av A till 1000 kronor. Om person B värderar denna staty till 1500 kr, utgör detta dennes reservationspris. Om A och B förhandlar om priset, kommer

---

<sup>21</sup> Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 47f.

<sup>22</sup> Ibid., s. 16.

<sup>23</sup> Frank, a a, 2006, s. 96.

<sup>24</sup> Dworkin, "Is wealth a value?", Journal of Legal Studies 1980, vol 9, s. 191. Se också Kronman, Wealth Maximization as a Normative Principle, Journal of Legal Studies 1980, vol 9, s. 227ff. samt Posner, "The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman", Journal of Legal Studies 1980, vol 9, s. 243.

detta pris att hamna någonstans mellan 1000 kr och 1500 kr – då har nämligen båda personer utbytt resurser på ett sätt som ökar deras välbefinnande, vilket är förutsättningen för att avtal ska ingås frivilligt. A har sålt sin egendom för ett pris som är högre än vad A värderar statyn till, medan B har köpt statyn för ett pris som är lägre än vad B värderar statyn till. Dahlman et al påpekar att välbefinnandetsökningen kan beräknas med följande formel:<sup>25</sup>

$$[(\text{försäljningspriset} - \text{varans värde för säljaren}) + (\text{varans värde för köparen} - \text{försäljningspriset})]$$

Det finns dock ett avsevärt problem med att mäta tillfredsställelse i pengar på ett sådant här sätt. Det är nämligen lätt att tro att en välbefinnandetsökning per automatik medför en välfärdsökning, eller att det går att kardinalt jämföra olika personers välfärd utifrån deras betalningsvilja. Men den reella välfärdsökningen är dock en annan sak än välbefinnandetsökningen, vilket kan visas med följande exempel:

Anta att A har en avtagande marginalnytta. Detta innebär att varje extra krona som A får av försäljningen, genererar mindre nytta än den föregående kronan. Anta vidare att B:s nyttokurva är exakt likadan som A:s.

A: äger 9 000 kronor plus staty (som A värderar till 1000 kronor) =>  
Summa 10 000 kronor  
B: äger 10 000 kronor  
Total summa: 20 000 kronor

Anta nu att B köper statyn för 1400 kronor. Nu kommer resursfördelningen se ut så här:

A: äger 10 400 kronor  
B: äger 8600 kronor, plus staty (som B värderar till 1500 kronor) => Summa  
10 100 kronor  
Total summa: 20 500 kronor

Det har definitivt skett en ökning av välbefinnandet, genom att en resurs placerats hos den som värderar resursen högst. Denna välbefinnandetsökning är oavhängig försäljningspriset, så länge som båda individer ingår avtalet frivilligt. Men frågan är vad som är det optimala försäljningspriset, om man vill maximera välfärden? Detta är det pris där A och B får lika stora summor, alltså 10 250 kronor, vilket motsvarar ett försäljningspris om 1250 kronor. Eftersom deras marginalnytta är avtagande, är det nämligen vid en sådan fördelning som den sammanlagda tillfredsställelsen ökar mest. Detta kan illustreras på följande sätt:

---

<sup>25</sup> Dahlman et al, a a, 2004, s. 76.

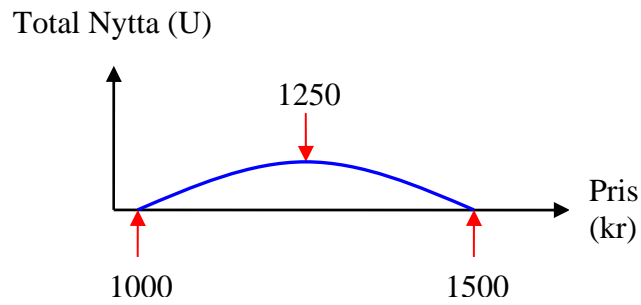


Fig 2- Nyttofunktion

Problemet med välståndsbegreppet är alltså att det inte tar hänsyn till det reella resultatet i välfärd. Om priset är 1100 kronor eller 1400 kronor, så blir inte ökningen i välfärd lika stor som om priset var 1250 kronor.

Problemet blir ännu tydligare om man tänker sig att en transaktion sker samtidigt, mellan C och D, av en likadan staty. Förutsättningarna är identiska, förutom att C förutom statyn äger 99 000, medan D äger 100 000. När denna transaktion sker, kommer den förmodligen resultera i en mindre ökning av tillfredsställelse än den ökning som sker i transaktionen mellan A och B. Detta beror på att C och D, som har identiska nyttokurvor som A och B, inte erhåller lika mycket tillfredsställelse – marginalnyttan är lägre eftersom C och D är rikare.

Välståndsbegreppet tar dock ingen hänsyn till denna skillnad. De båda transaktionerna kommer sammanlagt ge en välståndsökning på 1000 kronor – men detta speglar alltså inte på något sätt den reella ökningen i välfärd. För att på ett korrekt sätt beräkna denna ökning, måste varje individs ökade ”välstånd” omräknas utifrån individens nyttokurva.

Välståndsmaximering innebär helt enkelt att resurser fördelas så att den som värderar resurserna mest får resurserna. Problemet är att värdering sker i kronor, inte i reell välfärd. Ju rikare en person är, ju högre kommer personen att värdera olika resurser - och som redan påpekats måste en person både vilja betala en viss summa för en resurs och dessutom kunna göra det, för att värdera resursen. Dworkin belyser problemet genom ett exempel med en person som är väldigt rik och en person som är väldigt fattig. Den fattiga personen äger en bok som denne är väldigt förtjust i och värderar till 150 kronor. Den rika personen är dock redo att betala 200 kronor, trots att det bara finns en liten chans att denne överhuvudtaget skulle läsa boken. Med välståndsmaximering som effektivitetskriterium blir det ändå acceptabelt att ta boken från den fattiga personen och ge till den rika, utan att utge ersättning. På så sätt har nämligen en resurs flyttats till någon som värderar den högre.<sup>26</sup> Den totala välfärden har dock minskat.

Det kan därför hävdas att *välståndsmaximering* bör användas som effektivitetskriterium. I stället för att lägga vikt vid att resurser placeras hos

<sup>26</sup> Dworkin a a, s. 197ff.



den som värderar dem högst mätt i betalningsvilja och betalningskapacitet, fokuserar detta kriterium på att den totala välfärden ökar eller blir så stor som möjligt. Problemet med detta kriterium är dock, som redan påpekats, att sådana ”nyttoenheter” är väldigt svåra att mäta, speciellt vid jämförelser mellan olika personer.

#### 2.4.4 Relationen mellan olika effektivitetskriterium

Det finns alltså såväl skillnader som kopplingar mellan Pareto-effektivitet, välstånd och välfärd.<sup>27</sup> I ett Pareto-optimalt tillstånd behöver inte välfärden vara maximerad, eftersom den initiala resursfördelningen avgör vilka frivilliga avtal som kommer att ingås. Däremot så leder Pareto-optimalitet till välståndsmaximering. Välståndsmaximering ökar *ofta* välfärden, vilket är ett argument för att eftersträva välstånd.<sup>28</sup> I denna framställning kommer ekonomisk effektivitet huvudsakligen avse resursfördelning som genererar mer välfärd, alternativt en fördelning av resurser som är mer produktiv. När välstånd avses kommer detta att markeras genom en användning av välståndsbegreppet.

Huruvida välfärd är eftersträvansvärt eller inte är som sagt en fråga för den politiska filosofin, vilket är ett område som inte närmare kommer behandlas.

### 2.5 Marknadsjämvikt och den perfekta marknaden

Varje samhälle kan, teoretiskt sett, uppnå Pareto-optimalitet. Om medborgarna har full formell avtalsfrihet kommer de att ingå avtal tills resurserna, utifrån den initiala fördelningen, omfördelats så att välståndet maximeras, vilket alltså resulterar i ett jämviktsläge. Detta gäller i vart om medborgarnas preferenser är stabila och om det inte finns några transaktionskostnader (se nedan, 2.5.2). Detta förutsätter vidare en så kallad ”perfekt marknad”.

Förutsättningarna för en perfekt marknad är att det föreligger *perfekt konkurrens*, att alla kostnader för en varus produktion är *internaliserade*, att det är fråga om *privata nyttigheter* samt att det föreligger *perfekt information*. För att marknadskrafternas samspel ska leda till Pareto-optimalitet får inte något av dessa kriterier brista.<sup>29</sup> Om något av dessa villkor inte föreligger, kommer samspelet på marknaden inte att resultera i Pareto-optimalitet. Detta brukar kallas för *marknadsmisslyckande*. Vid en analys av upplysningsplikt är emellertid inte alla dessa kriterier nödvändiga

---

<sup>27</sup> För utförligare diskussion, se t ex Kronman, *Wealth Maximization as a Normative Principle*, 1980, s. 229.

<sup>28</sup> Jämför Dahlman et al, a a, 2004, s. 78ff.

<sup>29</sup> *Ibid.*, s. 61.

att undersökas. Det går däremot att ur denna teoretiska modell härleda modellen om ”det perfekta avtalet”.

## 2.5.1 Det perfekta avtalet

De specifika förutsättningarna för perfekta avtal har diskuterats av Wilhelmsen.<sup>30</sup> Förutom de ovan nämnda antagandena om rationalitet, nämns frivilligt utbyte, alltså att individer inom sin budgetrestriktion fritt får välja vilka avtal som ska ingås. Vidare diskuterar Wilhelmsen den ”perfekta kontraktsmiljön”. Detta innebär dels att det inte finns några transaktionskostnader (se nedan, 2.5.2), dels att det ska finnas alternativa handelspartners, alltså att det finns så mycket säljare och köpare så att ingen har monopol över priser eller kvantiteter. Slutligen förutsätts perfekt information ”about the nature and consequences of a choice”.<sup>31</sup>

Den perfekta marknaden och dess förutsättningar används för många olika sorters rättsekonomiska analyser. Modellen om den perfekta marknaden är också relevant vad gäller upplysningspliktens utformning. Wilhelmsen menar att perfekt konkurrens i sig bygger på ”et homogent marked hvor informasjon om pris er gratis og lett tilgjengelig”<sup>32</sup>. Wilhelmsen har vidare uppmärksammat att ”teorin om den perfekte avtale bygger på full informasjon som en forutsetning for nyttemaksimering”<sup>33</sup>.

Den perfekta marknaden leder alltså till Pareto-optimalitet. Denna regel betyder i förlängningen att en perfekt marknad leder till perfekta avtal, vilka definitionsmässigt är Pareto-effektiva och som därför enligt Wilhelmsen aldrig bör jämkas eller ogiltigförklaras, om målet är att maximera den ekonomiska effektiviteten.<sup>34</sup> Den enda gången som en domstol bör ingripa är om något kriterium för det perfekta avtalet inte är uppfyllt, vilket har lett till ett icke Pareto-effektivt avtal – något som alltså är en följd av ett så kallat *avtalsmisslyckande*.<sup>35</sup>

Intresset av att definiera vilka förutsättningar som leder till en perfekt kontraktsmiljö (respektive perfekt marknad) grundar sig i att man sedan kan analysera hur man ska handskas med avvikelser. Det som undersöks är hur man skall gå tillväga för att så långt möjligt uppnå dessa effektivitetskriterier, så att resultatet blir så ekonomiskt effektivt som möjligt.

Det är alltså kriteriet perfekt information som förutsättning för en perfekt marknad som är intressant vid en analys av upplysningspliktens utformning.

---

<sup>30</sup> Se också Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 224f.

<sup>31</sup> Wilhelmsen, Fairness and Efficiency Under Section 36 of the Nordic Contract Acts, Law and Economics – Methodology and Application, 1998, s. 35f.

<sup>32</sup> Wilhelmsen, Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet, TFR 1995, s. 117.

<sup>33</sup> Ibid., s. 110.

<sup>34</sup> Wilhelmsen, Fairness and Efficiency Under Section 36 of the Nordic Contract Acts, Law and Economics – Methodology and Application, 1998, s. 34.

<sup>35</sup> Ibid., s. 36.

Informationskriteriet innebär att ena parten inte får ha ett informationsövertag – i så fall föreligger så kallad *asymmetrisk information*. I en situation med asymmetrisk information så kan nämligen inte parterna, eller i alla fall ena parten, korrekt bedöma vilken effekt ett avtal kommer att ha. Detta innebär dels en risk att ömsesidigt gynnade avtal inte sluts, dels en risk att avtal kan slutas som inte är ömsesidigt gynnande. I sådana fall har ett avtalsmisslyckande skett. Man kan exempelvis tänka sig att ”konsumenters betalningsvilja vid otillräcklig information inte avspeglar deras ”verkliga” värderingar”.<sup>36</sup> Dessa rättsekonomiska aspekter kommer att behandlas i detalj nedan. Det kan dock påpekas, att asymmetrisk information som regel är effektivitetshämmande.<sup>37</sup>

## 2.5.2 Transaktionskostnader

De kostnader som är förknippade med att ingå ett visst avtal och utbyta prestationer kallas för transaktionskostnader.<sup>38</sup> Förekomsten av sådana kostnader innebär att somliga transaktioner, som annars hade varit Pareto-effektiva, inte längre blir värda att utföra, då de kumulerade transaktionskostnaderna överstiger den förväntade vinsten med transaktionen. Transaktionskostnader brukar vidare kategoriseras utifrån vilken slags kostnad det rör sig om, och det vanligaste sättet att dela upp olika kostnader är att använda kategorierna kostnader för kontakt, kostnader för kontrakt och kostnader för kontroll.<sup>39</sup>

Eftersom transaktionskostnader hindrar potentiellt Pareto-effektiva avtal från att komma till stånd, är det önskvärt att minimera transaktionskostnaderna. Det är därför som informationstillgång på en perfekt marknad skall vara fri och lättillgänglig – det medför oönskade transaktionskostnader att införskaffa information i samband med avtalsingående.

Ett sätt att dela upp information, som ofta sker i samband med diskussioner om transaktionskostnader, är att kategorisera den som privat respektive publik information. Publik information innebär att båda avtalsparter känner till den andres förhandlingsförmåga och dessutom har all information som krävs för att värdera aktuella prestationer. Privat information innebär det motsatta, nämligen att det föreligger asymmetrisk information – den ena avtalsparten har alltså ett informationsövertag.<sup>40</sup>

En transaktionskostnad av relevans för upplysningspliktens utformning är kostnaden för informationsanskaffning. I syfte att minimera denna transaktionskostnad, bör risken för att informationen är felaktig läggas på den part som till lägst kostnad kunnat införskaffa informationen. Detta resonemang anknyter alltså till frågan om optimal riskfördelning. Om två

---

<sup>36</sup> Dahlman et al, a a, 2004, s. 64.

<sup>37</sup> Jämför Sahlberg et al, Ett maktbaserat perspektiv på projektledning, 2007, s. 58f.

<sup>38</sup> Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 91f.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid., s. 92ff.

parter i ett avtal inte har reglerat risken för en viss förutsättning, och förutsättningen sedan förverkligas, uppkommer frågan om vem av parterna som bör bära risken. Det rättsekonomiskt mest effektiva för sådana fall är att placera risken på den part som kan bära risken till lägst kostnad, alternativt den part som till lägst kostnad kunnat undvika risken.<sup>41</sup>

Tanken på en värld utan transaktionskostnader har gett upphov till det så kallade Coase-teoremet. Detta kan uttryckas som så, att i en värld utan transaktionskostnader, kommer alltid avtal att ingås så att resursallokering effektiviseras (d v s resurser och rättigheter tillfaller den som värderar dem högst). Detta sker oberoende av den initiala resursfördelningen!<sup>42</sup>

Detta innebär vidare, att om transaktionskostnader är för höga, så är den effektiva resursfördelningen beroende av hur resurser är fördelade.<sup>43</sup> Således är det önskvärt att minimera transaktionskostnader, för att främja en effektiv resursallokering. Mindre transaktionskostnader innebär nämligen att fler ekonomiskt effektiva avtal kan ingås.

---

<sup>41</sup> Wilhelmsen, Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet, TfR 1995, s. 223.

<sup>42</sup> Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 89.

<sup>43</sup> Ibid.

## 3 Upplysningsplikten i ett rättsekonomiskt perspektiv

Vid ett informationsövertag kan ett förtigande av informationen antingen vara rättsligt lovligt eller rättsligt olovligt. Är det olovligt inträder i så fall implicit en upplysningsplikt, då förtigandet kan angripas rättsligt. En rättsekonomisk analys av en sådan upplysningsplikts konsekvenser är en analys av konsekvenser för den samhälleliga välfärden. Ökar eller minskar den aggregerade samhälleliga välfärden om en avtalspart i en viss situation åläggs upplysningsplikt?

Internationell diskurs inom rättsekonomisk teori avseende kontrakt har bland annat handlat om motsättningen mellan två modeller, "Chicago-modellen" respektive "den liberala modellen".<sup>44</sup> Anhängare av den förstnämnda menar att rätten som regel inte bör ogiltigförklara eller jämka ingångna avtal, då rationella parter normalt sett ingår avtal som maximerar deras välfärd. Avtalsparternas vilja ska alltså respekteras och ett avtal ska inte jämkas enbart på den grunden att det förefaller oskäligt för ena parten. Denna regel kallas "Free contract rule". Följeslagare av den sistnämnda modellen menar i stället att avtalsparter ibland, eller oftast, saknar tillräcklig information för att ingå avtal som maximerar deras nytta, varför rätten endast bör sanktionera avtal som parterna hade godkänt om de varit fullt informerade.

Den första modellen uttrycker alltså ett generellt antagande, medan den andra modellen utgår ifrån att varje situation bör undersökas för sig. Personligen anser jag att "den liberala modellen" reflekterar verkligheten bäst, inte minst i fall då ena parten medvetet förtiger information av relevans för motparten. Till Chicago-modellens försvar så skulle nog dess anhängare invända att medvetna förtiganden är ett förfarande som kan aktualisera undantag från huvudregeln.<sup>45</sup>

### 3.1 Free contract rule eller avtalsreglering?

Det finns alltså en möjlighet att det ibland kan vara samhällsekonomiskt effektivt att helt låta bli att ingripa då avtal förefaller vara oskäliga, eller när en part på grund av motpartens förtigande ingått avtalet på felaktiga grunder. Detta förutsätter att marknaden överlag är så effektiv att de

---

<sup>44</sup> Efficiency and a Rule of "Free Contract": A Critique of Two Models of Law and Economics, Harvard Law Review, Vol. 97, Nr 4, 1984, s. 979.

<sup>45</sup> Ett alternativt försvar är att samhällskostnaderna som medföljer av att undersöka enskilda fall skulle överstiga välfärdsvinsten av att ingripa i enskilda avtalsrelationer. På samma sätt kan "Free contract rule" dock leda till ineffektivitet, om transaktionskostnader hindrar avtalsparter från att ingå avtal de annars skulle ingå.

kostnader som uppstår för att reglera avtal överstiger den välfärdsvinst som kan uppnås genom att ogiltigförklara eller jämka oskäligen avtal. Med andra ord så finns det mindre grund för rätten att ingripa, ju effektivare en marknad är.<sup>46</sup> Självklart är det svårt att på empirisk väg undersöka om dessa förutsättningar föreligger generellt i ett land – det är inte ens lätt att avgöra om en avgränsad marknad skulle kunna analyseras för att bilda sig en uppfattning i frågan. Men om man hypotetiskt sett hittade en avgränsad marknad med en sådan grad av effektivitet, skulle det i så fall vara rimligt att låta avtal ingångna på denna marknad ”lämnas åt sitt öde”? Det är inte otänkbart att tillämpa Free Contract Rule på vissa marknader, som har en sådan hög grad av effektivitet.

Den rådande effektivitetsgraden på de allra flesta marknader är emellertid inte speciellt enkel att bedöma, särskilt då det kan vara svårt att veta var eller hur en sådan effektivitetsgräns bör dras. Det är också så att möjligheten att jämka eller ogiltigförklara leder till mindre opportunism bland marknadsaktörerna. Därmed finns det ett övervägande incitament att inte tillämpa Free Contract Rule i tveksamma fall.

## 3.2 Utformning av en grundläggande modell

En vanlig förutsättning är att informationsdelgivning är relevant för välfärd, eftersom en part som har full information kan avgöra huruvida ett visst avtal gynnar dennes välfärd. Som regel är det också mindre kostsamt för den part som besitter information att dela med sig av informationen (denna kostnad är som regel obefintlig), än vad det är för motparten att själv införskaffa informationen. Men många gånger är det så, att den ena avtalsparten känner till något om avtalsobjektet som den andra parten inte gör. Det torde ofta vara så att i alla fall den ena parten har någon form av kunskapsövertag. Dessutom är det ofta så att motparten inte ens är medveten om att det finns information som kan vara värd att införskaffa.

Cooter och Ulen exemplifierar med en person som ska sälja en äldre bil. Personen känner i och för sig till att det är en gammal bil, men vet inte om att det är en värdefull veteranbil, vilket däremot medkontrahenten är medveten om. Eftersom ägaren av bilen inte känner till dess egentliga värde, kommer ägaren att värdera bilen fel. Ett sådant ensidigt misstag kallas för ”unilateralt misstag”.<sup>47</sup>

I vanliga fall hade avtalet skett för att båda parter välfärd ökade genom avtalets ingående – avtalet hade helt enkelt inte ingåtts om inte endera avtalsparten värderade den erhållna prestationen högre än motparten. I ett fall som ovan, där ett unilateralt misstag sker, har emellertid den ena parten utgått ifrån felaktiga förutsättningar. Det är inte säkert att det hade påverkat

---

<sup>46</sup> Efficiency and a rule of “Free Contract”: A Critique of Two Models of Law and Economics, Harvard Law Review, Vol. 97, Nr 4, 1984, s. 982.

<sup>47</sup> Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 293.

utgången i fråga – kanske hade inte bilägaren värderat sin bil speciellt högt, även om han vetat att den var värd mer pengar. Å andra sidan torde en rationell välfärdsmaximerare i vilket fall föredra att erhålla det fulla marknadsvärdet, så att den erhållna betalningen kan bytas mot varor och tjänster som säljaren värderar högre än bilen.

Det kan också förhålla sig som så, att ägaren av bilen faktiskt värderar veteranbilar väldigt högt. En tänkbar situation är att det bara finns ett enda exemplar av bilen ifråga, så att det är omöjligt att få tag på bilen. Hade bara säljaren känt till att det var just en sådan bil, hade han värderat den väldigt högt. Köparen däremot, kan tänkas vara en excentrisk samlare, som i och för sig inte får ut speciellt mycket nytta av bilen, men är så pass förmögen att han inte heller vill sälja den till någon annan.<sup>48</sup>

Detta är dock situationer som är väldigt teoretiska. Självfallet torde ingen som erhåller väldigt mycket nytta av att äga en veteranbil "råka" äga en dyrbar veteranbil utan att känna till det. Även om detta var fallet, så kan man tänka sig att köparen är redo att sälja tillbaka bilen, fast dyrare, efter att ha informerats om det ödesdiga misstaget. I så fall kan en intressant konsekvens emellertid noteras; resultatet av de båda transaktionerna är att den ena personen (det vill säga den ursprunglige bilköparen) blivit rikare. Den ursprunglige ägaren kommer dock att värdera sin bil högre, nu när denne fått vetskap om att bilen är en dyrbar veteranbil. Man kan säga att denne person har köpt information om bilen! Men denna välståndsökning hade kunnat ske enbart genom att upplysa bilägaren om vad det är han äger. Med andra ord så hade det bästa för samhället varit att en upplysningsplikt förelegat. I så fall hade den informerade bilägaren på ett rationellt sätt kunnat avgöra huruvida denne velat ingå avtal eller inte.

Cooter och Ulen menar att kontrakt där båda parter misstagit sig om en förutsättning medför att kontraktet innebär ett ofrivilligt utbyte, vilket kan vara negativt för den totala välfärden. Annorlunda förhåller det sig med avtal som bygger på ett unilateralt misstag. Dessa avtal har en positiv effekt - "a contract based on a unilateral mistake usually promotes efficiency by rewarding discovery and uniting knowledge with control".<sup>49</sup> Detta är alltså ett annat sätt att se på unilaterala misstag – de kan leda till att "kunskap och kontroll" förenas.

I exemplet med veteranbilen, så skulle nämligen köparen, medveten om bilens sanna värde, ta hand om bilen på ett sätt som korresponderar med dess egentliga värde. Detta främjar den ekonomiska effektiviteten. Dessutom så gynnar möjligheten att förtiga information den ekonomiska effektiviteten på ett annat sätt – det premierar nämligen informationsanskaffande (mer om detta nedan, 3.3.3.1).<sup>50</sup> Cooter och Ulen

---

<sup>48</sup> Detta problem, med att väldigt rika personer kan snedvrída samhällets välfärd, har diskuterats av Svensson angående reglering av avtalsvillkor. Se Avtal och Rättvisa, 2007, s. 508.

<sup>49</sup> Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 294.

<sup>50</sup> Ibid., s. 293.

menar därför att möjligheten till informationsförtigande är försvarbart ur samhällsekonomisk synpunkt (till skillnad från fall då båda parterna misstagit sig om en förutsättning). Därför uppmanar Cooter och Ulen: "Withhold enforcement from contracts involving involuntary exchange, and enforce contracts that reward discovery and unite knowledge with control".<sup>51</sup>

Jag skulle vilja komplettera dessa argument ytterligare. Om en upplysningsplikt inte fanns, skulle presumtiva avtalspartner få förlita sig på sin egen information. Det kan då bli rationellt att aktivt försöka insamla information. Närmare bestämt så blir det ekonomiskt rationellt att insamla information, då kostnaderna för att samla in informationen är mindre än den förväntade förlusten av att underlåta en informationsinsamling. Den förväntade förlusten motsvarar sannolikheten för att en informationsbrist ska leda till förlust, multiplicerat med storleken på den eventuella förlusten. Om kostnaderna för informationsinsamling överstiger den förväntade förlusten, är det inte längre rationellt att vidta ytterligare undersökningar. Då uppkommer frågan om vem av parterna som bör stå risken för att informationen inte är fullständig. Ett möjligt svar är att den part, som till lägst kostnad kan införskaffa information, bör stå risken för att informationen är felaktig. Det är också tänkbart att den ena parten är mindre riskaversiv, exempelvis om det är ett stort företag. I så fall finns incitament att placera risken på denna part, speciellt om det är svårt att avgöra vem som till lägst kostnad kan införskaffa informationen.

Man kan tänka sig ett specialfall – att en person har ett informationsövertag, men att denne part har införskaffat information trots att medkontrahenten skulle ha kunnat införskaffa informationen till en lägre kostnad. I detta fall skulle en upplysningsplikt alltså vara påkallad, eftersom den avskräcker sådan ineffektiv informationsanskaffning.

Resonemanget ovan skulle kunna tala för en regel, om att risken för felaktig information (alltså felaktiga förutsättningar) bör läggas på den part som till lägst kostnad kunnat undvika misstaget. Men för att kunna användas på fall då den ena personen har information, och är medveten om att den andra parten inte har det, behöver resonemanget kompletteras med andra effektivitetshänsyn.<sup>52</sup> I så fall påverkas bedömningen av *vilken sorts* fakta det är, som löftesmottagaren besitter.

Något som nyanserar diskussionen är alltså frågan om vilken sorts information det är som förtigs. Utifrån informationens natur delas den vanligtvis upp i tre olika kategorier.<sup>53</sup> Dessa kategorier är *destruktiva* fakta, *redistributiva* fakta och *produktiva* fakta. Dessutom kan man göra en särskild åtskillnad för fall av *prisomedvetenhet*.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Ibid., s. 294.

<sup>52</sup> Wilhelmssen, a a, 1995, s. 111, och Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 294.

<sup>53</sup> Se till exempel Runesson, a a, 1996, s. 116ff och Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 294.

<sup>54</sup> Wilhelmssen, a a, 1995, s. 113 samt Wilhelmssen, Fairness and Efficiency Under Section 36 of the Nordic Contract Acts, 1998, s. 45.



## 3.3 Särbehandling av olika informationslag

### 3.3.1 Destruktiva fakta

Med destruktiva fakta avses information, vars förtigande kan komma att resultera i skada, på person eller egendom.<sup>55</sup> Ett exempel är förtigandet av det faktum, att ett läkemedel har skadliga bieffekter.<sup>56</sup>

Det är så klart svårt att försvara ett förtigande av ett faktum, om förtigandet kan innebära att värden förstörs. En möjlighet skulle vara att förtigandet på något sätt skulle kunna skapa välfärd för den tystlåtna avtalsparten. Ett exempel på en sådan situation är att en fattig<sup>57</sup> person säljer en egentillverkad tvål, i vetskap om att tvålen kan färga av sig på vissa lyxmaterial. Om detta bara skadar egendom som ägs av personer med en, relativt sett, avsevärt högre förmögenhet, kan risken för skada vägd mot den fattiges välfärdsökning resultera i att förtigandet skapat välfärd i det enskilda fallet.

Detta exempel till trots, torde förtigande av destruktiva fakta regelmässigt innebära en nettominusning av samhällets välstånd och/eller välfärd. Problemet är att även om ett förtigande gynnar den ena parten, så är värdet av risken<sup>58</sup> för skada en svårhanterlig variabel, som oftast torde överväga den välfärdsvinst som förtigandet innebär för den gynnade parten. Detta beror på att personen som drabbas av förtigandet inte har möjlighet att avgöra om risken är värd att ta. Dessutom så skulle en sådan regel medföra defensiva transaktionsåtgärder, eftersom folk endast skulle ingå avtal med de som gagnas av regeln under förutsättning att de först garderar sig mot det tillåtna förtigandet genom försäkringar eller eget informationsanskaffande.

Wilhelmsen skriver om destruktiva fakta att ekonomisk effektivitet talar för en upplysningsplikt, eftersom potentiell skada kan minimeras genom informationsdelgivning. Vidare så ger en upplysningsplikt incitament att upptäcka och undvika fara.<sup>59</sup>

### 3.3.2 Redistributiva fakta

Denna sorts fakta är i och för sig inte skadlig vid förtigande, men den skapar inte heller värden om de avslöjas för motparten. I stället så har de en positiv effekt för den som förtiger, eftersom de kan flytta värden till den som besitter kunskapen. Ett exempel är att veta, en vecka i förväg, var en ny

---

<sup>55</sup> Jämför Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 297f.

<sup>56</sup> Runesson, a a, 1996, s. 116f.

<sup>57</sup> Utifrån antagandet om avtagande marginalnytta ökar den totala välfärden, om en fattigare persons välstånd ökar på en rikare persons bekostnad.

<sup>58</sup> Risken kan översättas som "förväntat välfärdsförlust", d v s sannolikheten för att skadan ska inträffa gånger den välfärdsförlust som blir följden, om skadan skulle ske.

<sup>59</sup> Wilhelmsen, a a, 1998, s. 45.

motorväg kommer att byggas.<sup>60</sup> Detta skapar nämligen ett övertag om personen är i fastighetsbranschen, eftersom han/hon i så fall exempelvis kan köpa undervärderad egendom.

Inom rättsekonomisk litteratur hävdas att det inte bör vara tillåtet att förtiga redistributiva fakta. Det är i och för sig inte något samhällsekonomiskt problem att värden enbart flyttas från en person till en annan, utan att den totala välfärden minskar. Problemet är att ett tillåtande av förtigande av redistributiva fakta leder till att avtalsparter måste vidta åtgärder, för att inte drabbas av informationsförtigande. Denna typ av åtgärder kallas för ”transaktionskostnadsdrivande defensiva åtgärder”.<sup>61</sup>

Cooter och Ulen instämmer i att det finns skäl att avskräcka från insamlande av rent redistributiv information. Argumentet är att det inte finns någon som helst effektivitetsvinst med sådan informationsanskaffning,<sup>62</sup> som kan ske genom exempelvis smyglyssnande eller genom att knyta kontakter för att få insiderinformation. Detta är en skillnad jämfört med produktiva fakta (se nedan), eftersom sådana informationsinvesteringar inte leder till upptäckter som är av nytta för samhället i sin helhet.

### 3.3.3 Produktiva fakta

Till skillnad från destruktiva och redistributiva fakta, så kan produktiva fakta användas för att skapa välfärd.<sup>63</sup> Ett exempel är upptäckter som kan användas för att bekämpa sjukdomar. Runesson har nämnt mer kontextpassande exempel, såsom att en köpare ”upptäcker att den tavla som alla tror är en kopia i själva verket är ett original” eller ”upptäcker att den ko alla tror är gall i själva verket är fertil”.<sup>64</sup>

Eftersom produktiva fakta är välståndsskapande, finns ett intresse av att informationen sprids. Incitamenten för upptäckande av dessa sorters fakta är effektiv, när upptäckaren blir kompenserad i förhållande till den välståndsökning som upptäckten ger upphov till. Därför menar Wilhelmsen att det inte bör finnas någon upplysningsplikt för dessa sorters fakta.<sup>65</sup>

Wilhelmsens position är inte helt okontroversiell. Det stämmer i och för sig att effektivitetshänsyn talar för att upptäckande och spridande av produktiv information ska främjas. Det är emellertid problematiskt att rättsligt främja såväl upptäckande som spridande, inom ramarna för avtalsrätt.

---

<sup>60</sup> Runesson, a a, 1996, s. 117.

<sup>61</sup> Ibid. samt Wilhelmsen, a a, 1998, s. 45.

<sup>62</sup> Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 295.

<sup>63</sup> Ibid., s. 294.

<sup>64</sup> Runesson, a a, 1996, s. 118 och Wilhelmsen, Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet, TFR 1995, s. 114f.

<sup>65</sup> Wilhelmsen, Fairness and Efficiency Under Section 36 of the Nordic Contract Acts, 1998, s. 45.

### 3.3.3.1 Premiering av informationsanskaffande

Fördelarna med att främja informationsanskaffning har en stark koppling till immaterialrätten. Patentlagen skyddar uppfinningar och vetenskapliga upptäckter, vilka som regel är resultatet av en investering i informationsanskaffning. Däremot skyddar den bara industriellt gångbara uppfinningar och alltså inte produktiv information i allmänhet. Vidare så åtnjuter näringsidkare inom svensk rätt ett visst skydd för företagshemligheter,<sup>66</sup> men någon liknande reglering finns inte för enskilda individer som ingår avtal med varandra.

Anledningen till att man vill skydda upptäckter av produktiv information är att man vill främja investeringar som kan gagna samhället. Detta har formulerats genom ”the appropriability theorem”, som säger att information som skapas i en innovativ process har ett ekonomiskt värde, eftersom resurser måste allokeras för informationens upptäckt, information som sedan kan generera nytta (den är alltså produktiv).<sup>67</sup>

Ett problem med produktiva fakta och enskilda avtal är att det inte är lika lätt att skapa incitament för individer att dela med sig av informationen. Medan industriellt gångbara fakta kan patenteras, finns det ingen motsvarande lösning för enskilda avtal. Om en individ har produktiv information och upplyser motparten om den, kan inte längre individen använda denna information för att skapa distributiva fördelar åt sig själv. Problemet är alltså att informationen ofta är såväl distributiv som produktiv; hade den uteslutande varit produktiv så hade individen inte haft något egenintresse att behålla informationen för sig själv. Om det inte finns något sätt att dra nytta av sådan information finns inte heller incitament för individer att investera resurser i att hitta produktiv information, vilket är missgynnande för den samhällsekonomiska effektiviteten.

En tänkbar lösning för att skapa incitament är att undanta produktiv information från upplysningsplikt. Problemet med denna lösning är att det skapar incitament för eventuella motparter att själva insamla information, så kallade defensiva transaktionskostnader.

Ett klassiskt exempel för att belysa dessa aspekter är oljeletaren, som provborrar på olika fastigheter för att hitta okända oljebestånd.<sup>68</sup> Ett eventuellt upptäckande av olja skulle medföra positiva ekonomiska samhällseffekter. Genom att investera tid och resurser i att hitta olja investerar alltså oljeletaren i upptäckande av produktiv information. Anta nu att oljeletaren faktiskt erhåller starka indikationer på att det finns olja på en fastighet och därför blir intresserad av att köpa fastigheten. Säljaren av fastigheten blir positivt överraskad av att någon är intresserad av fastigheten, men frågar emellertid oljeletaren varför denne är intresserad av ett köp. Bör oljeletaren i detta fall ha en upplysningsplikt om sina fynd? För

<sup>66</sup> Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

<sup>67</sup> Davis, Patents and Innovation: A Strategic Perspective, 1998, s. 13.

<sup>68</sup> Se t ex Hultmark, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, 1993, s. 45.

att kunna premiera dennes upptäckande av information borde oljeletaren tillåtas förtiga sitt oljefynd. Annars skulle det inte vara rationellt att investera i oljeletande, vilket skulle leda till samhällsekonomiska förluster. Å andra sidan så skulle i så fall alla fastighetsägare känna till att köpare tillåts förtiga information om fakta som är produktiv – varför säljarna skulle vara på sin vakt och tvingas till defensiva transaktionskostnader.

Frågan är om de aggregerade defensiva transaktionskostnaderna skulle överstiga den aggregerade vinsten av den främjande investeringsviljan avseende produktiv information. Om det är så, är en upplysningsplikt påkallad.

Det finns en annan invändning som kan riktas mot ett tillåtande av förtigande i dessa fall. Om det faktiskt är så att det finns incitament att investera i produktiva fakta, torde fastighetsägare själva ha ett ekonomiskt intresse av att undersöka om det finns olja på deras mark. Om inte annat torde ett kollektiv av fastighetsägare kunna samordna sig för att finansiera oljeletande på sina fastigheter, alternativt hyra en in extern oljeletare. Det är också som så att man bör avskräcka från ineffektiva investeringar – om sannolikheten att hitta olja gånger den förväntade samhällsvinsten av ett oljehittande understiger kostnaderna för att investera i oljeletande är oljeletandet samhällsekonomiskt ineffektivt. För att avskräcka från sådana ineffektiva investeringar kan upplysningsplikt avseende produktiva fakta ha en positiv effekt, eftersom det i så fall blir upp till ett kollektiv fastighetsägare (eller enskilda fastighetsägare med tillräckliga resurser) att överväga huruvida det är värt att investera i oljeletande. En sådan kollektiv kalkyl om huruvida det är effektivt att leta efter olja torde vara mer träffsäker än en beräkning från en enskild individ som ”söker lyckan”.

Generellt kan sägas, att det alltså är svårt att både främja införskaffande av produktiva fakta samt stimulera spridande av produktiva fakta. Det bästa vore om spridaren av produktiva fakta blev belönad i förhållande till den samhällsliga vinsten, men detta är en praktisk svårighet. Om det kan ske, uppmuntras nämligen såväl upptäckande som spridande av produktiv information.

### **3.3.3.2 Medvetna investeringar och slumpmässiga upptäckanden**

Kronman har formulerat ytterligare distinktioner för att underlätta en rättsekonomisk analys av informationsdelgivning, nämligen genom *det sätt* på vilket informationsanskaffningen skedde.<sup>69</sup> Kronman vill särskilja på fall då man aktivt uppsökt information, och fall då man av slump får reda på informationen. Med ett *aktivt uppsökande* av information menas att man investerat resurser i informationsanskaffning, just för att få tillgång till användbar information.<sup>70</sup> Även om medvetna försök att nå information är något som bör främjas, menar Kronman att samhället inte särskilt bör gynna

<sup>69</sup> Kronman, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, 7 J. Legal Stud., 1978, s. 9ff. Se också Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 295.

<sup>70</sup> Kronman, a a, 1978, s. 13. Se också Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 295.

av *slumpmässiga upptäckter*. Därför bör inte den som av en händelse upptäcker information skyddas.

Denna uppdelning av sätt för informationsanskaffning kan ifrågasättas. Cooter och Ulen, som för samma resonemang som Kronman, verkar bortse från att tillåtet förtigande av produktiv information både främjar upptäckter av information *och* till viss utsträckning delgivande av sådana upptäckter.<sup>71</sup> Produktiv information som upptäcks av en slump är inte mindre värd än produktiv information som är resultatet av exempelvis forskning. Om den som av en slump upptäcker något som kan gagna den totala välfärden i ett samhälle, borde denna upptäckt alltså skyddas, så att upptäckaren får incitament att sprida informationen. Om slumpmässiga upptäckanden inte skyddas, exempelvis genom att patent inte medges om en upptäckt inte är resultatet av medveten forskning, skapas inte incitament för upptäckaren att dela med sig av informationen, eftersom denne inte har något att vinna på det. För att återgå till exemplet med oljefältet, skulle inte upptäckaren av olja få förtiga att denne hittat oljan, om oljan hittats av en ren slump. I så fall har inte upptäckaren av olja incitament att köpa fastigheten för att sedan tillkännage sin upptäckt. Det finns då en risk att oljebeståndet förblir okänt, trots att det finns ett samhällsekonomiskt intresse av att informationen blir publik.

På ett moraliskt plan kan Cooter och Ulen tyckas ha en poäng, i och med att den som medvetet lägger ner resurser för att anskaffa information kan uppfattas som mera ”värd” ett skydd än den som inte ansträngt sig. Men så länge som informationen är produktiv, borde dess spridande främjas, oavsett hur informationen uppkommit.

Kronman resonerar om att domstolar bör bedöma, i varje enskilt fall, om produktiva fakta har uppstått slumpmässigt eller genom medvetna investeringar. Ett argument för detta är att den som slumpmässigt upptäcker fakta inte förlorar något på att informera motparten. Den person som däremot medvetet investerar pengar i att upptäcka fakta, går miste om sin investering genom att kostnadsfritt dela med sig av informationen. Därför förespråkar Kronman en regel om att den som besitter medvetet införskaffad information bör kunna ingå fördelaktiga avtal utan att behöva upplysa sin medkontrahent om denna information.<sup>72</sup>

### **3.3.3.3 Medvetna investeringar och förtigande av redistributiva fakta**

Kronmans resonemang resulterar alltså i att förtigande av produktiva fakta bör godkännas, i den mån som vetenskapen av dessa produktiva fakta är resultatet av medvetna investeringar. Detta är emellertid ett resonemang som jag skulle vilja föra ännu längre.

---

<sup>71</sup> Jämför Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 295.

<sup>72</sup> Kronman, a a, 1978, s. 16.

Ponera att en person investerar i anskaffande av produktiv information, vilket leder till att redistributiva fakta upptäckts, men inte några produktiva fakta. Om personen inte hade hittat några fakta överhuvudtaget, hade denne inte blivit ersatt för sina investeringar. Nu har emellertid redistributiva fakta upptäckts som ett led i sökande efter produktiva fakta. För att ytterligare skapa incitament att investera i anskaffande av produktiv information är det således tänkbart att tillåta förtigande av redistributiva fakta, om de är upptäckta till följd av investeringar i upptäckande av produktiva fakta.

Anta exempelvis att samma person återigen investerar i anskaffande av produktiva fakta, men denna gång faktiskt lyckas upptäcka produktiva fakta. Utifrån tidigare resonemang finns alltså incitament att låta denna person förtiga dessa fakta, eller i alla fall av domstolen belönas i förhållande till de investeringar som krävts för att upptäcka dessa fakta. Om domstolen i en sådan bedömning inte tar hänsyn till tidigare investeringar, kommer inte personen att bli belönad i förhållande till sina totala investeringar. I så fall kommer det inte längre att finnas optimala incitament att investera i anskaffande av produktiv information, då de förväntade kostnaderna för att hitta vissa produktiva fakta överstiger den förväntade vinsten av att upptäcka dem.

För att undvika ett sådant resultat är alltså en tänkbar lösning att även tillåta förtigande av redistributiva fakta, i den mån de är upptäckta på grund av investeringar för att upptäcka produktiv information. Ett problem med detta är att investeringar i syfte att upptäcka produktiv information ofta torde vara förvillande likt, om inte identiskt med, investeringar i syfte att hitta redistributiv information. Detta leder till det praktiska problemet, att en regel som skyddar upptäckter av redistributiv information som ett led i eftersökning av produktiv information riskerar att godkänna förtigande av redistributiv information, så länge som den inte upptäckts slumpmässigt. Det skulle alltså bildas incitament att investera i upptäckande av redistributiv information, vilket inte är ekonomiskt effektivt.

Syftet med att tillåta förtigande av redistributiva fakta som upptäckts i ett sökande efter produktiva fakta är alltså att skapa ytterligare incitament att investera i upptäckande av produktiva fakta. En annan risk med ett sådant tillåtande är att det leder till överinvesteringar, vilket även det är samhällsekonomiskt ineffektivt.

Återigen verkar det som att förtigande av redistributiv information inte bör vara tillåtet. Problemet med att investeringar i produktiv information inte belönas i tillräcklig utsträckning för att skapa incitament att investera kvarstår dock, men den mest effektiva lösningen verkar alltjämt vara att aldrig tillåta förtigande av redistributiva fakta.

### **3.3.3.4 Slutsatser om behandling av produktiva fakta**

Det grundläggande syftet med upplysningsplikt är att minska defensiva transaktionskostnader vid avtalsingående, samt undvika investering i anskaffande av improduktiv information. Vad gäller produktiva fakta, så

finns dock incitament att stimulera investeringar för upptäckande av information som är samhällsekonomiskt gynnsam. Problematiken rör i stället att tillåtet förtigande av produktiva fakta skapar defensiva transaktionskostnader.

En svårighet för lagstiftaren är således att utforma rätten så att de aggregerade defensiva transaktionskostnaderna inte överstiger den aggregerade vinsten av den främjande investeringsviljan och spridningen avseende produktiv information. En första fråga är hur de defensiva transaktionskostnaderna kan minskas – sedan är frågan hur investeringsviljan kan stimuleras så att den blir optimal.

För att minska de defensiva transaktionskostnaderna så kan antingen den som förtiger produktiva fakta åläggas upplysningsplikt, eller i någon utsträckning ersätta motparten. Investeringsviljan kan dock bara ökas genom att löftesmottagaren premieras för sina investeringar. Här måste alltså lagstiftaren göra en avvägning – är total upplysningsplikt lämplig, eller bör förtigande tillåtas? Om förtigande inte fullt ut tillåts, bör i alla fall investeringen av produktiv information på något sätt belönas. En lämplig lösning kan vara att genom exempelvis jämkning ersätta upptäckaren av produktiva fakta, men bara så att dennes kostnader samt en viss vinstmarginal täcks; är ersättningen för hög så kan överinvesteringar bli följden. Vilken lösning som är lämpligast kan vara kontextberoende och ett empiriskt underlag torde vara behövligt för att besvara frågan.

### 3.3.4 Blandad information

Ofta så är information såväl produktiv som redistributiv. Sådan information kan kallas för *blandad* information. Informationsförtigande har alltså inte sällan inslag av såväl redistributiva som produktiva element.<sup>73</sup> Detta beror på att det produktiva faktumet, som inte löftesgivaren känner till, leder till att löftesgivaren undervärderar sin prestation. Detta leder i sin tur till att avtalet får ett redistributivt inslag. Ett exempel är om en person hittar en bok på en loppmarknad, som visar sig var ett originalverk av en känd författare. Det produktiva inslaget är vetskapen om att det finns en bok som kan gagna samhället, eftersom många skulle värdesätta en så sällsynt bok – den kanske till och med skulle kunna platsa på museum. Om boken köps av någon annan, blir den kanske till och med använd som dörrstopp, vilket är en ineffektiv resursallokering. Det distributiva inslaget är att köparen kan köpa boken till ett billigt pris från den omedvetna säljaren, så att köparen kan berika sig på säljarens bekostnad.<sup>74</sup>

För att återgå till exemplet om veteranbilen, så var informationen att det rörde sig om en veteranbil produktiv, eftersom köparen kände till att bilen behövde särskild vård. Informationen var dessutom redistributiv, eftersom förtjänsten av att köpa bilen överstiger kostnaden för den särskilda vården.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Runesson, a a, 1996, s. 118 och Cooter och Ulen, a a, 2000, s. 296.

<sup>74</sup> Jämför Wilhelmson, Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet, TfR 1995, s. 114f.

<sup>75</sup> Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 296.

Cooter och Ulen menar att tillåtande av förtigande av blandad information, liksom fall med produktiv information, leder till att upptäckt av produktiv information främjas samtidigt som kunskap förenas med kontroll. Därför bör de *flesta* avtal som grundas på blandad information tillåtas.<sup>76</sup> Wilhelmsen menar att det skulle vara kostsamt för rätten att sortera ut redistributiva element i ett avtal, men i övrigt upprätthålla avtalet. Därför menar Wilhelmsen att ”avtaler basert på ensidig informasjon om blandede fakta bør derfor være bindende”<sup>77</sup>. I övrigt är diskussion lik den om rent produktiva fakta och premiering av informationsanskaffande.

### 3.3.5 Prisomedvetenhet

Som ovan nämnts förutsätter en perfekt marknad homogena varor, med prisuppgifter som är lättillgängliga och kostnadsfria. På vissa marknader kan dock pris variera kraftigt för liknande varor, så att en vara kan vara avsevärt dyrare än i normalfall eller jämfört med andra marknader. Om en köpare ingår avtal på en sådan marknad, med bristande kunskap om det normala prisläget, kallas denna kunskapsbrist för prisomedvetenhet.<sup>78</sup> Ett exempel är vissa affärer på Manhattan, som specialiserat sig på ”one-shot sales”. Dessa affärer säljer vissa varor till dubbla det normala priset, företrädevis till turister.<sup>79</sup>

Dessa fall påminner om förtigande av redistributiva fakta, med den skillnaden att det dolda förtigandet inte rör varan i sig, utan grundar sig i medkontrahentens villfarelse om det allmänna prisläget. I vilket fall kan samma effektivitetsargument som gäller för distributiva fakta anföras även för fall av prisomedvetenhet. Vidare så kan inte det högre priset för varan anses nödvändigt ”to move the commodity to its highest-valued uses or to allocate properly the factors necessary for its production”.<sup>80</sup>

Om en köpare känner till att det finns en risk för stor prisvariation, finns det incitament att insamla information om priser. Genom att införa upplysningsplikt som medel mot utnyttjande av prisomedvetenhet, minskar man därför transaktionskostnaderna. Köparen får det nämligen enklare att undersöka huruvida sannolikheten att hitta ett lägre pris uppväger kostnaderna för att hitta det.<sup>81</sup>

Det finns emellertid sätt att argumentera för att inte tillämpa upplysningsplikt i sådana fall. Ett sätt är genom antagandet att säljaren genom det högre priset täcker in kostnader, exempelvis för läget på Manhattan. Genom läget kan sedan försäljning ske till kunder som är villiga att betala för att inte behöva ta sig till en affär som säljer till ett lägre pris.

---

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Wilhelmsen, a a, 1995, s. 116.

<sup>78</sup> Ibid., s. 117.

<sup>79</sup> Eisenberg, *The Bargaining Principle and Its Limits*, Harv. L. Rev. Vol. 95, 1982, s. 778.

<sup>80</sup> Ibid., s. 781, samt Wilhelmsen, a a, 1995, s. 117.

<sup>81</sup> Ibid.



Såsom Eisenberg påpekar, torde emellertid dessa affärers försäljning snarare grunda sig på att kunder inte känner till att de kan få varan billigare någon annanstans. Dessutom skulle inte en upplysningsplikt påverka försäljningen, förutsatt att kunder faktiskt föredrar det högre priset på grund av det bättre läget. Sammantaget kan sägas, att upplysningsplikt är påkallad vid prisomedvetenhet.<sup>82</sup>

### 3.3.6 Sammanfattning och flödesschema

Det är inte alltid säkert att en upplysningsplikt är till gagn för den samhällsekonomiska effektiviteten. Detta beror nämligen på hur effektiv en marknad är. Om en upplysningsplikt kan medföra ökad effektivitet, råder inom doktrin en generell enighet om att den bör omfatta såväl destruktiva som redistributiva fakta, liksom tillämpas i situationer av prisomedvetenhet.<sup>83</sup>

Vad gäller blandade fakta respektive produktiva fakta är det däremot inte lika lätt att komma med ett utlåtande. Ovan har berörts olika synpunkter på hur förtigande av dessa fakta ska regleras. Det kan dock sägas att även om man anser det vara rättsekonomiskt effektivt att tillåta förtiganden av produktiv information, kan det vara samhällsekonomiskt effektivt att införa en upplysningsplikt för information som inte är resultat av medvetna investeringar. Detta gäller i alla fall så länge som spridandet av produktiva fakta ändå främjas. Spridandet bör vidare främjas genom att kompensera innehavaren av fakta i förhållande till den samhällsekonomiska vinsten. Den rättsekonomiska bilden kan schematiseras enligt följande:

---

<sup>82</sup> Jämför Eisenberg, a a, 1982, s. 781ff.

<sup>83</sup> Se t ex Wilhelmsen, Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet, TfR 1995, s. 215.

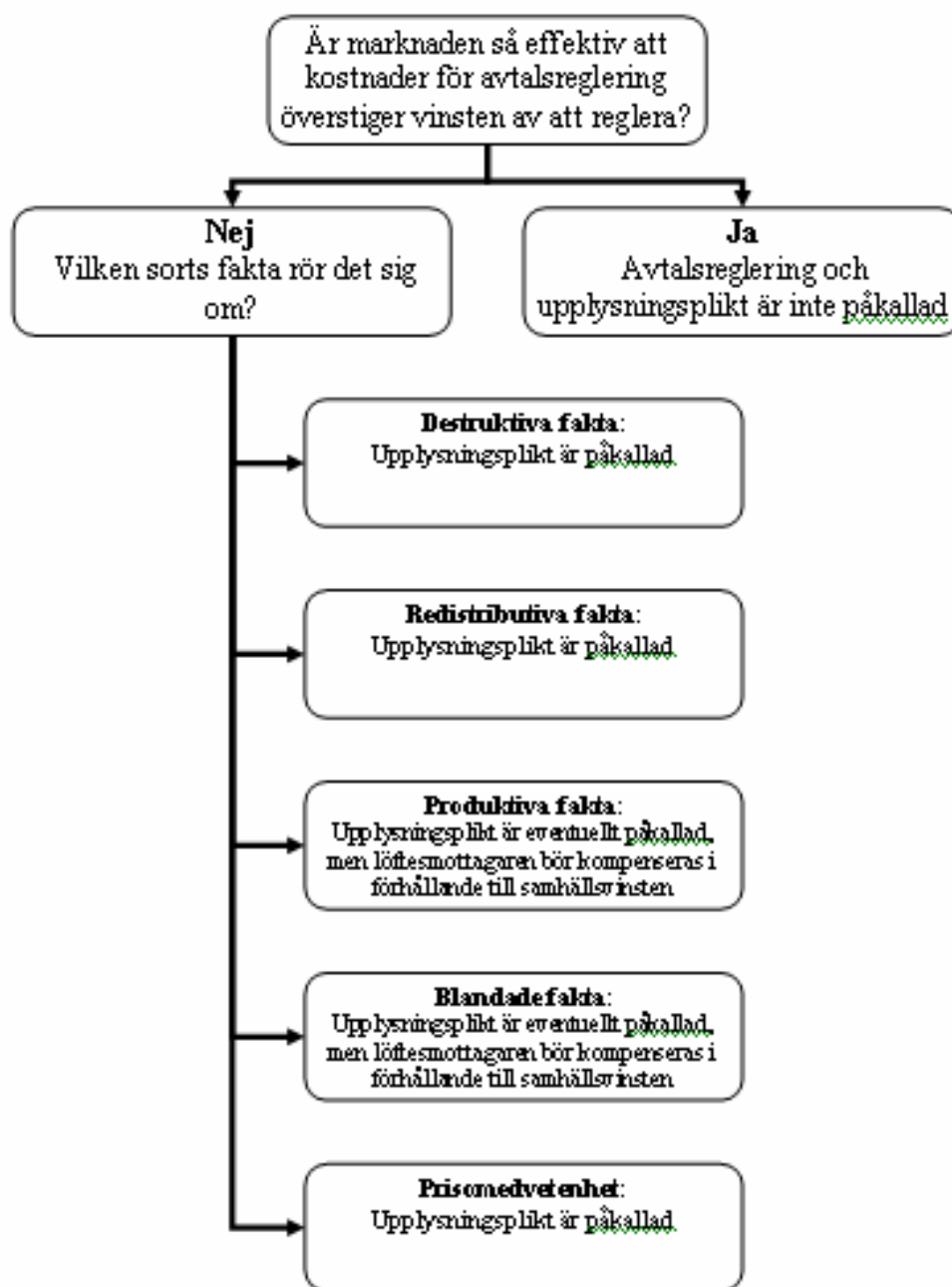


Fig 3- Flödesschema

### 3.3.6.1 Vem skyddas av upplysningsplikt?

Ovanstående framställning har diskuterat olika situationer där förtigande leder till ineffektivitet. För överskådlighet kan det vara på sin plats med en sammanställning av huruvida det är löftesgivaren, löftesmottagaren eller båda som skyddas av en upplysningsplikt.

	Löftesgivare	Löftesmottagare
Destruktiva fakta		X
Redistributiva fakta	X	X
Produktiva fakta	X	
Prisomedvetenhet		X

Fig 4 – Vem som skyddas av upplysningsplikt

*Destruktiva fakta* som löftesgivaren känner till är självklart av intresse för löftesmottagaren att få vetskap om. Om det däremot är löftesmottagaren som känner till sådana fakta, så har löftesmottagaren ett egenintresse av att informera motparten, eftersom det då förmodligen försätter löftesmottagaren i en gynnsammare förhandlingsposition. *Redistributiva fakta* kan emellertid utnyttjas av såväl löftesgivaren som löftesmottagaren, varför en upplysningsplikt skyddar den kunskapsmässigt underlägsne. Vad gäller *produktiva fakta* så är resonemanget detsamma som avseende destruktiva fakta, fast omvänt. Löftesgivaren har ett intresse av att delge information (som typiskt sett ökar värdet på avtalsföremålet), medan löftesmottagaren har ett intresse av att förtiga sådan information i syfte att få löftesgivaren att undervärdera sin prestation. *Prisomedvetenhet*, slutligen, drabbar närmast per definition enbart penninggäldenären.

Sammanställningen ovan visar att löftesmottagaren inte behöver skyddas mot förtigande av produktiva fakta, vilket tidigare konstaterats är den enda typen av fakta som kan tänkas vara tillåtet att förtiga. Det finns helt enkelt inga incitament för löftesgivaren att förtiga produktiva fakta, eftersom ett sådant förtigande enbart skulle missgynna honom eller henne. Det som är oklart är däremot hur upplysningsplikten ska utformas avseende löftesmottagaren, det vill säga hur dennes förtigande av produktiva fakta ska behandlas rättsligt.

### 3.3.7 Culpösa förtiganden

Ovanstående diskussion har utgått ifrån att den ena avtalsparten utnyttjar ett medvetet informationsövertag, vilket alltså utgör ett dolöst förtigande. En aspekt som inte berörts är hur culpösa förtiganden ska beaktas, alltså fall då ”ena parten saknat faktiskt kunskap, men väl fattat misstanke om att det förhåller sig på ett visst sätt”<sup>84</sup>. Ett culpöst förtigande innebär alltså att man tar en medveten risk på motpartens bekostnad.<sup>85</sup> Hultmark påpekar att det ofta är svårt att konkret påvisa en övergång mellan misstankar och faktisk kännedom, såväl bevismässigt som teoretiskt.<sup>86</sup>

Den rättsekonomiska bedömningen av culpösa förtiganden skiljer sig inte nämnvärt från den situation då en avtalspart har faktisk kunskap om att det

<sup>84</sup> Hultmark, a a, 1993, s. 21.

<sup>85</sup> Ibid., s. 22.

<sup>86</sup> Ibid.

föreligger ett informationsövertag. Endast avseende produktiva eller blandade fakta finns alltså incitament att tillåta culpösa förtiganden, i syfte att premiera en investering i anskaffande av sådan information.

En teoretisk skillnad är att en part inte skulle behöva undersöka huruvida motparten är vetandes eller ej, om kostnaden för en sådan undersökning överstiger den förväntade effektivitetsvinsten av att dela med sig av informationen. Detta har dock ingen praktisk betydelse, då en sådan undersökning endast i väldigt speciella fall skulle vara förknippad med en kostnad. Det räcker nämligen med att fråga motparten, alltså i praktiken upplysa om den informationen som han eller hon eventuellt inte känner till.

### 3.4 Moral Hazard och Adverse Selection

Inom mikroekonomisk teori är det vanligt att karaktärisera ineffektivitetsproblem på grund av asymmetrisk information genom begreppen "Moral Hazard" eller "Adverse Selection".<sup>87</sup> Dessa två begrepp är alltså sätt att kategorisera sådan strategisk opportunistisk som kan följa av ett informationsövertag.<sup>88</sup>

Moral Hazard avser situationer där opportunistiskt beteende grundas på att den ena parten, genom "an unobserved action"<sup>89</sup>, gynnar sig själv på motpartens bekostnad, eller i vart fall ådrar sin medkontrahent kostnader. Ett exempel är när en person tecknar försäkring för sin bil och får en årspremie om 12 000 kr. Försäkringsbolaget bedömer att chansen för att bilen blir stulen under året är fem procent, och att bilen i så fall skulle kosta 200 000 kr att ersätta. Det matematiska väntevärdet är med andra ord en förlust på 10 000 kronor, och premien är alltså bestämd för att ge en förväntad vinst på 2000 kr för försäkringsbolaget. Problemet som uppstår är att försäkringstagaren, nu när bilen är försäkrad, blir mer vårdslös. Han låser kanske inte längre bilen när han borde göra det, och blir mer benägen att parkera den i områden där bilstölder är vanliga. Detta beteende ökar sannolikheten för att bilen ska bli stulen, vilket innebär att försäkringsbolagets beräkningar inte längre stämmer. Det uppstår helt enkelt samhällsekonomisk ineffektivitet – ett avtal har ingåtts som inte skulle ha ingåtts, om försäkringsbolaget hade känt till hur den försäkrade skulle komma att agera. Asymmetrisk information leder helt enkelt till ett avtal som inte är samhällsekonomiskt effektivt. Här finns inga incitament för att skydda ägaren av bilen – denne borde därför åläggas upplysningsskyldighet om hur han kommer att agera när han slutit försäkringsavtal. I så fall kan försäkringsbolaget ändra villkoren till en dyrare premie, och detta nya avtal speglar de verkliga viljorna att ingå avtal. Ett annat exempel på Moral Hazard är en anställd som inte arbetar för "full fart", när någon övervakande chef inte observerar.<sup>90</sup>

<sup>87</sup> Se t ex Perloff, a a, 2004, s. 659.

<sup>88</sup> En sådan kategorisering är dock inte alltid enkel att göra. Handlande kan ibland passa in under båda kategorier. Jämför Perloff, a a, 2004, s. 660.

<sup>89</sup> Perloff, a a, 2004, s. 688.

<sup>90</sup> Ibid., s. 660.

Adverse Selection avser situationer där opportunistiskt beteende grundas på att ena parten har "an unobserved characteristic", vilket den mindre informerade avtalsparten inte känner till.<sup>91</sup> För att återigen använda försäkringsbranschen som exempel, kan man föreställa sig ett försäkringsbolag som erbjuder livförsäkringar till ett fast årligt pris. Detta skulle antagligen leda till att oproportionerligt många människor med livshotande sjukdomar skulle teckna försäkringen. Därför kommer försäkringsbolaget att få betala ut fler ersättningar, än om försäkringstecknarna bestod av en blandning av friska och sjuka människor i proportion med snittpopulationen.<sup>92</sup> Problemet är alltså att försäkringstecknarna har mer information om sin egen situation än vad försäkringsbolaget har, vilket leder till att försäkringsbolagets prissättning blir fel, i alla från bolagets perspektiv.

Hur skulle man då kunna bemöta dessa problem, för att uppnå samhällsekonomisk effektivitet? Perloff påpekar att de två främsta sätten för att hantera Adverse Selection är dels "to restrict opportunistic information", dels "to equalize information".<sup>93</sup> Här återfinns alltså kopplingen till upplysningsplikt.

### 3.4.1 Signalering

Signalering är ett annat sätt att beskriva den mikroekonomiska mekanismen bakom upplysningsplikt. Om det råder asymmetrisk information på en marknad, så att säljarna är mer informerade än köparna, kommer inte köparna att känna till exakt vilka egenskaper som ett köpeobjekt har. Ett sätt att illustrera detta är genom att tänka sig en bilmarknad, där det finns två sorters bilar – bra bilar och "måndagsexemplar". För en köpare är det mycket svårt att känna till om en bil är ett måndagsexemplar, eftersom en sådan bedömning förutsätter att man har ägt bilen under en tid och kunnat uppmärksamma om den kräver mer underhåll och reparationer än en bra bil. I en sådan situation kommer ägarna av bra bilar inte att få lika mycket för sina bilar som de hade fått om köparna känt till att det faktiskt var en bra bil – köparna måste nämligen justera priset så att det inkluderar risken att få ett måndagsexemplar. Detta lägre pris innebär att vissa bilar inte kommer att säljas, eftersom vissa bilägare inte är villiga att sälja bilen för detta lägre pris.<sup>94</sup>

För att avhjälpa detta marknadsmisslyckande så kan säljarna av bra bilar signalera att deras bil inte är ett måndagsexemplar. Detta kan ske genom exempelvis en garanti. Eftersom ägarna av måndagsexemplar inte är villiga att ge garantier, kommer sådant signalerande inte att ske för måndagsexemplar. Därigenom blir den asymmetriska informationen symmetrisk.

---

<sup>91</sup> Ibid., s. 659.

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> Ibid., s. 660.

<sup>94</sup> Ibid., s. 662 och 665.

Detta signalerande kan också ske genom en upplysningsplikt. Om säljare som känner till att bilen är ett måndagsexemplar måste upplysa om detta för att undvika skadestånd eller hävning, avhjälpes nämligen informationsgapet. Således kan upplysningsplikt ses som en form av påtvingad signalering.

## 4 Behaviour Law of Economics

I början av uppsatsen beskrevs vissa antaganden, som har legat till grund för den rättseconomiska analysen ovan. Dessa antaganden, exempelvis om individens rationalitet, är ett uttryck för den neoklassiska nationalekonomi, som är den vanligaste formen för mikroekonomisk analys.<sup>95</sup>

Dessa antaganden om mänskligt beteende är emellertid inte helt självklara. Invändningar om att individer inte alltid agerar rationellt gör att neoklassisk analys kan ifrågasättas. "Behaviour Law of Economics" undersöker alternativa förutsättningar och syftar till att utveckla ekonomisk teori utifrån iakttaganden om faktiskt mänskligt beteende.<sup>96</sup> Tanken är att influenser från sociologi och psykologi behövs för att förbättra rättseconomins styrka och normativa relevans.<sup>97</sup>

Den vanliga angreppspunkten är alltså den rationella individen såsom den beskrivs inom mikroekonomi. Inom denna förutsätts att "The Economic Man" kan hantera tillgänglig information perfekt och dessutom rangordna olika alternativ utifrån alternativens förväntade nytta.<sup>98</sup> Dessutom förväntas en person maximera sin egen nytta, vilket i praktiken kan inkludera omsorg för andras välfärd.

Redan på sjuttioalet påpekades att antagandet om individens rationalitet behöver utökas, genom att använda sig av psykologi för att få en mer realistisk syn på kognitiva processer. Dessutom skulle influenser från sociologi vara välkomna, för att få en bättre bild av social påverkan på mänskligt beteende. Posner invände mot dessa förslag, av två anledningar. För det första så såg han teorins roll som att förenkla saker – därför var kritik mot förenklingar i modeller inte nödvändigtvis relevant. För det andra menade Posner att sociologiska och psykologiska discipliner inte hade gjort speciellt mycket för att hjälpa förståelsen av juridiska problem, varför ekonomer inte behövde ursäktas för att de inte arbetade med psykologiska och sociologiska aspekter.

Ellickson påpekar att Posners argument må ha varit relevanta i sin tidskontext, men menar att man nu nått så långt i rättseconomisk analys att det mycket väl kan vara dags att anpassa de rättseconomiska antagandena så att de bättre stämmer överens med faktiska förhållanden, närmare bestämt avseende människans rationalitet.

---

<sup>95</sup> Dahlman et al, a a, 2004, s. 65ff och Jolls et al, a a, 1998, s. 1471.

<sup>96</sup> Jolls et al, a a, 1998, s. 1471.

<sup>97</sup> Ellickson, Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics, Symposium on Post-Chicago Law and Economics, 65 Chicago-Kent L. Rev. 23, 1989.

<sup>98</sup> Ibid, s. 1.

Ellickson påpekar vidare att "The Economic Man" som beskrivning av en individs handlingsmönster inte har något stöd inom beteendevetenskapliga discipliner. Att fortsätta använda modellen kommer därför enligt Ellickson att göras med en avtagande marginalnytta, då de klassiska antagandena begränsar analysmöjligheterna. Det är framförallt två saker som bör komplettera "The Economic Man": "the frailty of human cognition and the possibility of a self-enforced altruism arising from the influence of culture".<sup>99</sup>

Nedan kommer ett urval iakttagelser som kritiserar "The Economic Man" att presenteras, med syftet att påvisa varför rättsekonomiska analyser som bygger på rationalitet inte alltid återger verkligheten korrekt.

## 4.1 Exemplifierande iakttagelser

Tversky et al har undersökt frågan om huruvida den mänskliga kognitionen är rationell, och har beskrivit två vanliga karaktärsdrag för mänsklig kognition. För det första så upplever en person större marginalnyttöändring när en ändring sker nära en referenspunkt, än om det inte finns en referenspunkt. För det andra så finns en viss irrationell "förlust-aversion".<sup>100</sup>

Dessa två karaktärsdrag kan exemplifieras med en pokerspelare, som den kommande veckan ska tillbringa två kvällar med pokerspel. Pondera att denne pokerspelare i början av veckan får välja mellan två alternativ, antingen att resultatet för de två kvällarna blir -\$5 och -\$15 (alltså smärre förluster varje kväll) eller ett resultat på -\$35 och +\$10 (alltså en stor förlust och en mindre vinst). Dessa summor antas vidare vara en minimal del av pokerspelarens totala förmögenhet. Det rationella i detta läge skulle vara att välja det första alternativet, då det ger minst total förlust. Men många spelare skulle antagligen föredra det andra alternativet, eftersom de upplever sig mer som "förlorare" om de förlorar två kvällar i rad, än om de vann ena kvällen och gick med förlust den andra kvällen. Detta kan förklaras med människors kognition, som fokuserar mer på huruvida en kväll gick med förlust eller vinst än vad veckans sammanlagda resultat blev. Denna irrationelitet leder till att det andra alternativet väljs framför första. Den intuitiva marginalnyttan påverkas helt enkelt av vilken referenspunkt som används. Dessutom så ges förluster ett oproportionerligt stort värde.

Om människor "irrationellt" hänger upp händelser utifrån vissa referenspunkter får detta följderna för den rättsekonomiska analysen. Ett annat exempel är att en landägare antagligen skulle se en expropriation av mark såsom mer skadligt än en lag som förbjöd ett visst nyttjande av marken, även om de båda alternativen medför samma ekonomiska förlust. Detta förklaras av att "an ordinary landowner would feel the loss of a psychologically vested right of a given market value more keenly than he

---

<sup>99</sup> Ellickson, a a, 1989, s. 23.

<sup>100</sup> Tversky och Kahnemann, Rational Choice and the Framing of Decisions, 59 J. BUS. S251, 1986.



would the loss of a prospect (a psychologically unvested right) of identical market value”<sup>101</sup>.

En liknande psykologisk och irrationell tendens har beskrivits av Holmes.<sup>102</sup> Om en individ under lång tid nyttjar något såsom sin egen egendom, uppstår ett psykologiskt ägande som medför att personen ser egendomen som ”sin” egendom. Om personen sedan ska lämna tillbaka egendomen till sin egentliga ägare upplevs detta med större nyttominskning än vad som egentligen är fallet, vilket är irrationellt.

Slutligen har Dahlman et al anfört empiriska bevis för att individer har en tendens att göra motsägelsefulla prioriteringar, vid val av alternativ med olika väntevärde.<sup>103</sup> Vid undersökningar där människor ställts inför ett hypotetiskt val mellan en säker förlust på 1000 kronor och en risk på 1 % att förlora 100 000 kronor har fler än 60 % hävdade att de inte föredrar den säkra förlusten – vilket innebär att de inte har någon riskaversion. Detta motsägs dock av att fler än 90 % tecknat en försäkring med motsvarande innebörd, vilket alltså innebär en säker förlust på 1000 kronor (försäkringspremien) i stället för en osäker förlust om 100 000 kronor.

Detta tyder på irrationalitet, men det finns tänkbara rationella förklaringar. En möjlig förklaring är att dessa människor befinner sig högt upp i sin nyttofunktion, så att det krävs en vinst på ett högt belopp för att märkbart öka välfärden. På samma sätt innebär en förlust om 1000 kronor inte någon större skillnad i välfärd, medan en förlust av ett högt belopp leder till en avsevärd minskning. Det mest troliga är emellertid att dessa människor resonerar utifrån intuitioner som inte stämmer överens med ekonomisk rationalitet. En förklaring kan vara att många individer inte beräknar sannolikheter på rationellt vis – i stället för att se en procents chans att utfallet blir 100 000 kronor som ett väntevärde på 1000 kronor, är det möjligt att väntevärdet uppfattas som lägre.

Ovanstående exempel visar på att människor inte alltid agerar ekonomiskt rationellt, även om vi upplever det som att vi gör det. Detta betyder i och för sig inte att rättsekonomiska analyser är utan värde, men det visar framförallt att de baserar sig på förenklingar, vilket man måste vara medveten om vid tillämpning av rättsekonomiska modeller. Detta får betydelse för den ovan förda diskussionen om upplysningsplikt - om individer på olika sätt agerar irrationellt, så får detta implikationer på hur upplysningsplikten bör utformas. Om delgiven information inte används på rationellt sätt, är det möjligt att upplysningsplikt måste struktureras utifrån andra premisser för att maximera den ekonomiska effektiviteten.

Hur upplysningsplikten påverkas beror på vilken irrationalitet det är som uppmärksammas. Exempelvis så bygger några av resonemangen avseende produktiva fakta på hur domstolar bör premiera investeringar i upptäckande

---

<sup>101</sup> Tversky och Kahnemann, a a, 1986.

<sup>102</sup> Holmes, *The Path of Law*, 10 Harv. L. rev. 457, 477, 1897.

<sup>103</sup> Dahlman et al, a a, 2004, s. 215.

av produktiva fakta, för att nå optimala investeringsnivåer. Dessa resonemang grundas i att individer utgår ifrån korrekta bedömningar om sannolikheten att investeringar renderar i upptäckter – om dessa sannolikhetsbedömningar är felaktiga, får det konsekvenser för utformningen av premieringssystemet.

Observerad irrationalitet vid ett avtalsslut kan också innebära att en så kallad samrådsplikt aktualiseras. Om en individ verkar agera irrationellt utifrån ett visst informationsunderlag så kan motparten åläggas en samrådsplikt, alltså en plikt att försöka för motparten varför han eller hon inte agerar rationellt.

# 5 Möjligheter att skapa upplysningsplikt

Att en upplysningsplikt i olika situationer avseende olika fakta är erforderlig för att åstadkomma ekonomisk effektivitet är en sak. En annan fråga är, vilka olika möjligheter som finns för att åstadkomma en sådan upplysningsplikt. Den regel som väljs för att skapa upplysningsplikt får nämligen i sig rättsekonomisk betydelse. Denna fråga kommer här att kortfattat beröras.

## 5.1 Civilrättsliga regler

### 5.1.1 Ogiltighet

Ett ogiltigförklarande av avtal som ingåtts under inflytande av informationsövertag innebär att parterna sätts i samma position som innan avtalet ingicks. Det finns dock ett problem med detta – den part som hade ett informationsövertag får ingen ersättning för delgivandet av sin information. Om förtigandet gäller produktiva eller blandade fakta kan därför ogiltighet vara en olämplig lösning.

Inom svensk rätt är AvtL 30 § eller 33 § tänkbara för att ogiltigförklara avtal, där den ena parten vid avtalsslut förtigit destruktiva eller redistributiva fakta.

### 5.1.2 Jämkning

Vid en jämkning så bedömer domstolen vilken köpeskillning eller prestation som är skäligen i förhållande till motprestationens värde. Detta är inget som bör göras när det rör sig om förtigande av destruktiva eller redistributiva fakta, eftersom en felvärdering kan innebära att parterna tvingas in i ett avtal som ena parten inte vill ingå. En variant är att en jämkning i dessa fall kan utföras så att den som blivit utsatt för förtigandet överkompenseras, i syfte att avskräcka från förtigande av destruktiva eller produktiva fakta. Även med denna möjlighet torde dock ogiltighet vara en lämpligare följd.

Jämkning kan dock tänkas när det har skett ett förtigande av produktiva fakta, om det är lämpligt att ha en upplysningsplikt för produktiva fakta. Domstolen får emellertid ett problem när det gäller hur jämkningsen bör utföras. Det är nämligen svårt att bedöma hur mycket som upptäckaren av produktiva fakta bör få i ersättning för sin investering. Denne bör nämligen få sina kostnader ersatta samt en rimlig "hittelön", för att skapa incitament för investeringar i upptäckande av produktiva fakta. Jämkningsen kommer därmed att innebära att köpeskillningen höjs, så att den motsvarar det gamla priset plus värdet av informationen, minus kostnader för investering samt eventuell "hittelön". Även om det kan vara enkelt att konstatera att det rör

sig om produktiva fakta, kan det vara väldigt svårt att beräkna vad denna information är värd. Syftet med jämkningen är alltså att ersätta löftesgivaren för den förlust som överstiger investeringen i att hitta produktiva fakta, inklusive rimlig hittelön. Ersättningen får dock inte bli för stor – i så fall skapas incitament för överinvestering i syfte att hitta produktiva fakta.

I praktiken får därmed jämningsregler samma effekt som skadestånd – löftesmottagaren får helt enkelt ersätta löftesgivaren för den vinst som inte är samhällsekonomiskt motiverad. En intressant effekt är att löftesgivaren i detta läge får en möjlighet att köpa tillbaka egendomen. Om detta sker, så har löftesgivaren i praktiken köpt den produktiva informationen från löftesmottagaren! Om ett återköp inte genomförs, så har i stället egendomen hamnat hos den som värderar den högst.

Inom svensk rätt är AvtL 36 § ett möjligt tillvägagångssätt för att åstadkomma jämkning av ett avtal, där ena parten förtigit produktiva eller blandade fakta.

### 5.1.3 Tvångsåterköp

När produktiva fakta förtigits, så är alltså syftet med jämkning att försöka ersätta löftesgivaren med informationens värde, minus kostnader för investeringar i upptäckande samt "hittelön". Själva egendomen är emellertid fortfarande i löftesmottagarens ägo. Det problem som därmed uppstår är svårigheten att värdera informationen. Det kan vara svårt för domstolen att korrekt uppskatta jämningsbeloppet, vilket leder till frågan om vem som bör stå risken för att jämningsbeloppet blir korrekt. Med tanke på att domstolen förmodligen iakttar restriktivitet avseende informationens värde så borde därmed löftesmottagaren typiskt sett gynnas, då jämningsbeloppet är felaktigt. Detta kan i sig leda till överinvesteringar i syfte att hitta produktiva fakta, eftersom den förväntade vinsten, då den inkluderar sannolikheten för restriktiv bedömning av "övervärdet", blir alltför hög.

Själv anser jag därför att en lämplig lösning för att komma tillrätta med detta problem är att domstolen i stället för jämkning dömer till "tvångsåterköp".<sup>104</sup> Om löftesgivaren åläggs att "köpa tillbaka" egendomen genom att ersätta löftesmottagaren för investeringar samt "hittelön", behöver nämligen inte domstolen försöka uppskatta informationens värde. På så sätt försvinner risken att löftesmottagaren kan komma att få för mycket i ersättning.

### 5.1.4 Penalty default rules

Ayres och Gertner har uppmärksammat bruk av så kallade "penalty default rules" som ett verktyg för att åstadkomma ekonomiskt effektiva kontrakt.<sup>105</sup> En "default rule" är en dispositiv regel, som parter alltså måste avtala bort

<sup>104</sup> Det bör påpekas att ett sådant förfarande inte för närvarande har något stöd i svensk rätt.

<sup>105</sup> Ayres och Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 *Yale L. J.* 87 1989-1990, s. 97.

för att den inte ska vara gällande inom ett avtal. Den bärande tanken är att sådana regler ger upphov till effektivitet, eftersom de minimerar transaktionskostnader. Genom att formulera regler som motsvarar vad som typiskt sett skulle avtalas mellan parter, behöver inte parter själva förhandla fram sådana klausuler. Därigenom minskas transaktionskostnaderna knutna till kontrakt, vilket leder till att fler Pareto-effektiva avtal kan slutas, samt att övriga avtal kan komma till stånd till lägre kostnad. Utformningen av sådana dispositiva regler bör som regel motsvara vad som typiskt sett kommer att avtalas om. Annars får reglerna motsatt effekt; parter måste nämligen omförhandla reglerna vid avtalsslut.

Ayres och Gerter vidareutvecklar konceptet genom så kallade ”penalty default rules”, vilket är regler som formuleras så att åtminstone en av avtalsparterna får incitament att avtala bort regeln och ersätta med en egen klausul.<sup>106</sup> Ett exempel är en regel avseende kontrakt av en viss sorts vara, som säger att om ingen viss kvantitet avtalas så blir inte kontraktet bindande. Med en sådan ”penalty default rule” riskerar båda parter nämligen att bli lidande, såvida de inte uttryckligen reglerar kvantiteten.<sup>107</sup> Detta ger således incitament åt båda parter att avtala bort regeln genom att bestämma kvantiteten.

Sådana regler kan skapa ekonomisk effektivitet, eftersom de främjar informationsdelgivning. Regleringen i sig kan nämligen ge information till tredje part om avtalets avsikter, vilket främst är av nytta vid en eventuell domstolsprövning. En faktor som avsedd kvantitet är nämligen svår för en domstol att bedöma, vilket förutom domstolskostnader även riskerar att av domstolen fastställas till en ekonomiskt ineffektiv summa.<sup>108</sup>

En annan intressant möjlighet med ”penalty default rules” är att de även kan användas för att skapa en upplysningsplikt mellan avtalsparter.<sup>109</sup> Ett exempel är Hadley-doktrinen, som innebär att ”a promisee who faces unforeseeable damages can inform the promisor in advance so that the promisor foresees the actual damages”. Endast genom en sådan upplysning kan skadeståndsskyldighet inträda. Denna doktrin kan alltså beskrivas som en ”penalty default rule”, eftersom ena parten måste vidta åtgärder för att inte drabbas av omöjlighet att erhålla skadestånd för oförutsebara kostnader vid ett eventuellt kontraktsbrott.<sup>110</sup>

En sådan regel om upplysningsplikt får intressanta rättsekonomiska konsekvenser. Även om löftesmottagaren inte blir upplyst, kan inte denna part drabbas av förtigandet, eftersom skadeståndsskyldighet då inte kan aktualiseras. Löftesmottagarens vilja att ingå avtal påverkas alltså inte av förtigandet, eftersom risken läggs på löftesgivaren. Löftesmottagaren

---

<sup>106</sup> Ibid., s. 91

<sup>107</sup> Ibid., s. 96f.

<sup>108</sup> Ibid., s. 97.

<sup>109</sup> Ibid. Se även Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 275.

<sup>110</sup> Cooter och Ulen, a a, 2007, s. 275.

hamnar alltså i en bättre position om löftesgivaren upprätthåller sitt ”informationsövertag”!

Trots detta så främjar regeln uppkomsten av effektiva avtal, om löftesgivaren inte är villig att ingå avtal om det inte finns någon möjlighet att få ersättning för vissa skador. Genom att informera löftesmottagaren om vilka skador som kan uppstå, uppstår en skadeståndsskyldighet för löftesmottagaren som då kan justera sitt pris eller avstå från att ingå avtal.

## 5.2 Marknadsrättsliga regler

Ett annat sätt att åstadkomma upplysningsplikt vid avtalsslut är genom marknadsrättsliga regleringar. Ett exempel är regelverk om marknadsföring, som säkerställer att löftesmottagaren inte ingår avtal under inflytande av felaktiga föreställningar. Sådana regler motverkar vilseledande, vilket på sätt och vis kan ses som en upplysningsplikt. Marknadsföring är i sig upplysning och kan ofta ses som uttryck för signalering.

Det finns emellertid ett annat marknadsrättsligt medel som kan användas för att skapa en upplysningsplikt. Företag kan nämligen åläggas en plikt att informera om destruktiva fakta. Ett bra exempel på detta är de varningsetiketter som återfinns på cigarettpaket, vilket informerar om hälsorisker förknippade med rökning.

Sådan upplysning främjar effektivitet genom att konsumenter inkluderar hälsorisker vid beslutet huruvida produkten är värd att köpa. Detta leder även till att efterfrågan av produkten minskar, vilket innebär att produktionen av varan minskar. Detta resulterar i att företagets produktion bedrivs på ett sätt som mer motsvarar den reella efterfrågan, vilket är ekonomiskt effektivt.<sup>111</sup>

Inom svensk rätt är MFL 15 och 16 §§ exempel på hur sådan upplysningsplikt kan skapas.

---

<sup>111</sup> Jämför Dahlman et al, a a, 2004, s. 113ff.

## 6 Kort om upplysningsplikt i svensk rätt

Det finns ingen *generell* bestämmelse om upplysningsplikt i den svenska allmänna avtalsrätten.<sup>112</sup> Det finns däremot ett flertal avtalsrättsliga regler som kan aktualiseras, då ena avtalsparten vid avtalsslut har ett informationsövertag. Eftersom upplysningsplikt inte nämns explicit måste dess omfattning bestämmas ”negativt”, alltså genom att undersöka de omständigheter då förtigande kan tillmätas rättslig relevans.

Den svenska upplysningsplikten, som kan ses som ett uttryck för lojalitetsprincipen,<sup>113</sup> är alltså inte kopplad till någon enskild lagregel. Upplysningspliktens ramar utgörs i stället av ett par bestämmelser, som kumulativt avgör under vilka förutsättningar som en upplysningsplikt aktualiseras. Runesson nämner angående upplysningsplikt att den vanligtvis grundas på AvtL 30, 31, 33 eller 36 §§.<sup>114</sup> Nicander nämner enbart AvtL 30<sup>115</sup>, 33 och 36 §§.<sup>116</sup>

Lagrummen i sig kommer inte att kommenteras närmare här – men det kan nämnas att främst AvtL 33 §, ”den passiva ohederlighetens regel”, men också AvtL 36 §, utgör stommen i den svenska upplysningsplikten.<sup>117</sup> Dessa lagrum är dock inte konstruerade för att ge uttryck för några samhällsekonomiskt baserade resonemang. Motiven till AvtL 36 § nämner i och för sig att ett av syftena med AvtL 36 § är att ”stävja ett oskäligt utnyttjande av förhandlingsläge”<sup>118</sup>, men detta har förmodligen inte sin grund i några rättsekonomiska överväganden. Paragrafernas generella utformning möjliggör emellertid att de kan tolkas och tillämpas utifrån ekonomiska effektivitetskriterier. Wilhelmsen, som undersökt nordisk tillämpning av AvtL 36 §, finner att nordisk rättspraxis *överlag* står i överensstämmelse med rättsekonomiska hänsyn. Wilhelmsen kom fram till att 181 av 228 undersökta rättsfall i nordisk rätt överensstämde med kriterier för ekonomisk effektivitet.<sup>119</sup>

Inom doktrin har det emellertid förekommit försök att formulera upplysningsplikten på ett generellt sätt. Dessa formuleringar kommer nedan

---

<sup>112</sup> Hultmark, a a, 1993, s. 25.

<sup>113</sup> Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållandet, JT 1995/96, s. 31f. I praxis har lojalitetsplikt nämnts bland annat i NJA 1978 s. 147 och NJA 1990 s. 745.

<sup>114</sup> Runesson, a a, 1996, s. 111.

<sup>115</sup> AvtL 30 § rör svikligt förledande, men ett sådant förledande kan bestå av svikligt förtigande, vilket går att jämföra med lämnande av falska uppgifter. Se NJA II 1915, s. 243.

<sup>116</sup> Nicander, a a, 1996, s. 46.

<sup>117</sup> Exempel på rättsfall där något av dessa lagrum aktualiserats i fråga om upplysningsplikt är NJA 1961 s. 124, NJA 1975 s. 152 och NJA 1991 s. 808. Samtliga nämnda lagrum är återgivna i Bilaga A.

<sup>118</sup> Prop. 1975/76:81, s. 125.

<sup>119</sup> Wilhelmsen, a a, 1995, s. 217.

diskuteras, följt av en analys av huruvida dessa formuleringar är överensstämmande med kriterier för samhällsekonomisk effektivitet.

## 6.1 Generell formulering av upplysningsplikten

Det råder ingen samstämmighet om hur man generellt ska bedöma när upplysningsplikt inträder. Inte heller finns det något generellt uttalande i praxis om detta spørsmål. I doktrin har emellertid Karlgren strukturerat upp en formel, baserad på en huvudregel kompletterad med ”motgrunder”, för att generellt beskriva när upplysningsplikt inträder. Denna formel har legat till grund för Runessons diskussion av upplysningsplikt, som behandlar ämnet utifrån ett mer rättsekonomiskt perspektiv. Vidare så har Hultmark, efter att ha jämfört praxis och lagar, lanserat en tes om när upplysningsplikt föreligger.<sup>120</sup> Även åsikter framförda av Adlercreutz och Lehrberg kommer att nämnas.

Karlgrens huvudregel för upplysningsplikt är grundad på relevansen av bristande förutsättningar. Denna regel innebär att om ett viljefel uppkommit på grund av en felaktig förutsättning, och motparten insett detta viljefel, bör ”ogiltighet och skadeståndspåföljd” inträda.<sup>121</sup> Detta gäller oberoende av förutsättningens art och andra förutsättningsregler. Karlgren menar dock att denna huvudregel kan brytas, om det går att åberopa vissa ”motgrunder”. Dessa motgrunder beskrivs inte uttömmande, men ett flertal exempel ges. En motgrund är att avtalet har ett ”spekulativt moment”, vilket alltså i synnerhet gäller avtal på ”handelsrättens och affärlivets område”. Att förtigande kan vara tillåtet i sådana situationer beror på ”intresset av ekonomisk rörelsefrihet i samhället m.m.”.<sup>122</sup> Karlgren exemplifierar denna motgrund med fakta som står i samband med ”prisbildning och konjunkturen, liksom övriga jämförbara felkalkyleringar”. En annan motgrund är att det förtigna faktumet rör kontrahentens vacklande ekonomi, om det inte är fråga om en omedelbart förestående konkurs. Inte heller är det tvunget att upplysa om omständigheter inom området för det egna privatlivet, att upplysa om ”mindre vackra antecedentia”, eller att upplysa om faktum som kan verka provocerande för motparten, exempelvis dennes oförmåga att tillgodogöra sig köpeobjektet.<sup>123</sup>

Runessons bild av upplysningsplikten stämmer i allt väsentligt överens med Karlgrens. Även Runesson hävdar att svensk rätt innehåller en huvudregel om dolöst förtigande, det vill säga medvetet förtigande av en omständighet av relevans för avtalets ingående. Denna huvudregel säger att dolösa förtiganden som regel är relevanta och alltså medför ett brytande mot

---

<sup>120</sup> Hultmark har emellertid kritiserats för att hon emellanåt synes ha tolkat praxis utifrån viljan att det skall finnas en upplysningsplikt. Se Kihlman, recension av Upplysningsplikt vid ingående av avtal, JT 1993/94, s. 603.

<sup>121</sup> Karlgren, Avtalsrättsliga spørsmål, 1954, s. 104f.

<sup>122</sup> Ibid., s. 106.

<sup>123</sup> Ibid..



upplysningsplikten.<sup>124</sup> Precis som för Karlgens upplysningsplikt kan detta emellertid påverkas av existensen av så kallade motgrunder. Dessa motgrunder motiveras huvudsakligen utifrån rättsekonomiska skäl och Runesson poängterar att den viktigaste motgrunden torde vara att ”förtigna fakta rör prisbildning och konjunkturen”.

Lehrberg har i förutsättningsläran kontext redogjort för något som kan sägas vara en upplysningsplikt, nämligen att förutsättningsläran kan tillämpas vid en parts onda tro om att medkontrahenten ingår avtalet på grund av en felaktig förutsättning. Vidare krävs att medkontrahentens misstag är ursäktligt, samt att det under omständigheterna ska framstå som klandervärd att inte lämna upplysning.<sup>125</sup>

Hultmark argumenterar för förekomsten av en relativt långtgående upplysningsplikt. Hon menar att upplysningsplikten har två steg, varav det första är att konstatera att avtalsparten har faktisk kännedom om ett förhållande och inser att förhållandet är av betydelse för motparten. När väl detta är konstaterat, krävs vidare att motpartens ”typiska förväntningar” om i vilken utsträckning han eller hon kan förvänta sig upplysning, avgör huruvida en upplysningsplikt föreligger.<sup>126</sup> Detta andra steg har blivit kritiserat av Runesson, som menar att det baseras på ett cirkelresonemang, som gör steget innehållslöst. Argumentet är att förekomsten av upplysningsplikt konstituerar en förväntan om att bli upplyst.<sup>127</sup> Norlén menar emellertid att Runessons kritik är ”en smula inkonsekvent”, eftersom Runessons argumentering om hur upplysningsplikten bör utformas bygger på liknande cirkelresonemang.<sup>128</sup>

Inom doktrin finns alltså en viss diskrepans beträffande synen på hur vidsträckt upplysningsplikten är. Hultmark menar att den uppkommer när en part har insikt om att motparten saknar kännedom om ett visst förhållande, förutsatt att motparten skulle ha agerat på ett annat sätt om han eller hon haft sådan kännedom.<sup>129</sup> Karlgren och Runesson vill däremot frigöra ett utrymme för affärsskicklighet. Cervin påpekar att parter i ekonomiska transaktioner hur som helst nästan aldrig är fullt likställda, ”oftast är den ene mer lugn, klok och beräknande än den andre”.<sup>130</sup> Dessutom kan ett kunskapsövertag ha varit förknippat med kostnader, och det verkar långtgående att inte få använda sig av ett sådant övertag överhuvudtaget. Det kan också verka krystat att inte godkänna något informationsövertag alls med nuvarande avtalsregler, som antingen kräver oskälighet i avtalsinnehållet eller någon form av kvalificerad otillbörlighet vid avtalets tillkomst. Även Ramberg har skrivit att det kan vara svårt att dra gränsen mellan skicklig förhandlingsförmåga och ett otillåtet förtigande. I vilket fall

---

<sup>124</sup> Runesson, a a, 1996, s. 127 och s. 166.

<sup>125</sup> Lehrberg, Förutsättningsläran, 1989, s. 457ff samt 503ff.

<sup>126</sup> Hultmark, a a, 1993, s. 19. Jämför Ramberg och Ramberg, a a, 2003, s. 96.

<sup>127</sup> Runesson, a a, 1996, s. 124 not 55.

<sup>128</sup> Norlén, a a, 2004, s. 320.

<sup>129</sup> Hultmark, a a, 1993, s. 12.

<sup>130</sup> Cervin, Ocker som civilrättslig företeelse, 1984, s. 28.

måste det vara tillåtet att i viss utsträckning utnyttja information, som kanske införskaffats dyrt, för att göra en bra affär.<sup>131</sup>

Möjligheten att inom affärlivet utnyttja ett kunskapsövertag förespråkas även av Adlercreutz, som menar att det är upp till domstolarna att dra gränserna för affärsmoralen. Det handlar alltså om att dra upp normer för hur parter ska agera, för att inte rättshandlingen ska bli ogiltig. Vidare menar Adlercreutz att upplysningsplikten beror på rättshandlingens beskaffenhet, men att det hur som helt är svårt att närmare påvisa hur långt plikten sträcker sig. Den torde hur som helst ”inte omfatta annat än säkra fakta”, alltså inte risker om framtida förändringar.<sup>132</sup> Adlercreutz hävdar också, till skillnad från Hultmark, att upplysningsplikten som regel bara kan gälla omständigheter ”inom den rättshandlandes sfär” – oavsett om medkontrahenten händelsevis skulle besitta mer information.<sup>133</sup>

Norlén menar att det inom doktrin råder en viss samstämmighet avseende upplysningsplikten. Det föreligger nämligen ”i vissa fall” upplysningsplikt då en part besitter information som denne inser att medkontrahenten saknar, om denna information är av betydelse för medkontrahentens vilja att ingå avtalet. Det som skiljer författarna åt är vilken ytterligare omständighet som är nödvändig. I praktiken så diskuteras olika ”motgrunder”, medan Lehrberg även menar att medkontrahentens okunskap ska vara ursäktlig.<sup>134</sup>

## 6.2 Rättsekonomisk analys

Ett problem vid en ekonomisk analys av ett rättssystem är att det inte räcker med att se till huruvida utgången av enskilda fall blir ekonomiskt effektiv; som ovan nämnts kan det vara ineffektivt att rättsligt reglera vissa marknader.

Den första bedömningen som bör göras är därför huruvida marknaden är så effektiv att kostnaderna för upprätthållande av upplysningsplikt överstiger de vinster som kan fås av att ha en sådan reglering. Utan att kunna falla tillbaka på några empiriska studier så är det förmodligen väldigt osannolikt att den svenska marknaden som helhet skulle vara så effektiv. Detta talar för att det är samhällsekonomiskt effektivt att låta en upplysningsplikt existera.

Det går emellertid inte att utesluta att det skulle finnas avskilda marknader som faktiskt når en erforderlig grad av effektivitet. I den mån sådana marknader existerar, så är alltså inte en upplysningsplikt samhällsekonomiskt effektiv. Det har inte heller inom doktrin nämnts någon motgrund som hänför sig till en viss marknads effektivitet. Eftersom det inte finns någon sådan spärr för civilrättslig prövning i svensk rätt, är denna del av svensk rätt potentiellt ekonomiskt ineffektiv.

---

<sup>131</sup> Ramberg och Ramberg, a a, 2003, s. 96.

<sup>132</sup> Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 278.

<sup>133</sup> Ibid.

<sup>134</sup> Norlén, a a, 2004, s. 321. Norlén formulerar Hultmarks ”motgrund” såsom att man har en förväntan om att bli upplyst, om inte en motgrund föreligger.

Nästa fråga att undersöka är hur de svenska reglerna står i överensstämmelse med en rättsekonomiskt optimal utformning. Olika författare har formulerat den svenska upplysningsplikten på olika sätt, men som Norlén påpekat, har de olika teorierna dock en gemensam nämnare. Samstämmighet råder om huvudregeln, att upplysningsplikt inträder när det finns ett asymmetriskt informationsunderlag. Däremot råder olika åsikter om vilka "motgrunder" som kan bryta denna huvudregel.

Själva huvudregeln torde typiskt sett gynna samhällsekonomisk effektivitet. Tillåtande av utnyttjande asymmetrisk information är oftast samhällsekonomiskt ineffektivt, eftersom detta skapar defensiva transaktionskostnader. Frågan är vilken effekt som existensen av de olika motgrunderna har. Det är självklart svårt att veta om de motgrunder som finns i gällande rätt är rättsekonomiskt effektiva, eftersom det inte råder någon enighet om exakt hur dessa motgrunder ser ut.

För att närma sig problemet skulle man därför kunna formulera motgrunder som är rättsekonomiskt motiverade, så att enskilda motgrunder sedan kan jämföras med denna "optimala" utformning. Ett sätt att skapa en ekonomiskt effektiv reglering är att utgå från huvudregeln om upplysningsplikt, men inte tillämpa den om vore ekonomiskt effektivt att göra så. I så fall skulle "motgrunder" utgöras av att det i det enskilda fallet finns övervägande samhällsekonomiska incitament att tillåta ett förtigande. Men kan nu gällande motgrunder formuleras på ett sådant sätt? Kan man påstå att befintliga motgrunder kan ses som samhällsekonomiskt effektiva? För att göra en sådan bedömning kommer jag här att diskutera varje motgrund var för sig.

Hultmarks upplysningsplikt inträder alltså om "man har en förväntan om att bli upplyst, om inte en motgrund föreligger". Exakt vilka motgrunder som kan vara aktuella är kontextberoende, men inte bestämbara utifrån rättsekonomiska kriterier. Hultmark har inte heller för avsikt att föra in rättsekonomi som en aspekt, utan har till och med uttryckt att rättsekonomiska argument främst är lämpliga för resonemang de lege ferenda.<sup>135</sup>

Lehrbergs resonemang bygger på att medkontrahentens okunnighet ska vara ursäktlig, samt att det skulle vara klandervärt att inte upplysa honom eller henne. Denna formulering är dock inte formulerad utifrån rättsekonomiska principer, utan lämnar utrymme för andra sorters skälighetsbedömningar. Således torde inte heller Lehrbergs variant av upplysningsplikt vara samhällsekonomiskt optimal.

Karlgren definierar dock några av sina motgrunder utifrån ekonomiska avväganden, exempelvis den motgrund att den förtigna informationen rör "prisbildning och konjunkturen, liksom övriga jämförliga felkalkyleringar".

---

<sup>135</sup> Hultmark, a a, 1993, s. 11.

Det ska alltså finnas ett utrymme för affärsskicklighet. Även om Karlgren tar hänsyn till ”intresset av ekonomisk rörelsefrihet”<sup>136</sup>, är inte godkännande av nyttjande av affärsskicklighet nödvändigtvis rättsekonomiskt tillfredsställande. Detta tillåter nämligen användande av distributiva fakta, vilket ger incitament att investera i ineffektiv informationsanskaffning. Vad gäller övriga motgrunder så nämner Karlgren flera grunder som ursäktar förtigande med hänsyn till personlig integritet. Även om ett tillåtande av dessa förtiganden har en försumlig betydelse, är det, lite cyniskt sagt, inte samhällsekonomiskt optimalt.

Runessons syn på upplysningsplikt stämmer alltså i allt väsentligt överens med Karlgrens. Runessons viktigaste motgrund är att ”förtigna fakta rör prisbildning och konjunkturen”, vilket alltså kan ifrågasättas ur ett rättsekonomiskt perspektiv. En intressant notering är att Runesson själv diskuterar hur en generell motgrund lämpligen bör formuleras utifrån rättsekonomiska hänsyn. Runessons formulering lyder ”att upplysningen skulle avse andra fakta än destruktiva fakta och i fall när rena redistributiva fakta förtigits, att fakta var tillgängliga för löftesgivaren på annat sätt än genom en upplysning från löftesmottagaren”<sup>137</sup>. Att förtigande av produktiva fakta ska vara godtagbart grundar Runesson på intresset av att främja medvetna investeringar i anskaffande av produktiva fakta.<sup>138</sup> Runesson uppmärksammar dock inte problematiken i att tillåtet förtigande av redistributiva fakta kan leda till samhällsekonomiskt ineffektiva investeringar.<sup>139</sup> I stället menar Runesson avseende förtigande av redistributiva fakta, att ”riskallokeringen skall ske på grundval av objektiva överväganden”<sup>140</sup>. Som stöd för detta anförs att ”utnyttjande av information rent allmänt borde premieras så att informationseffekten i samhället i stort stärks”<sup>141</sup>.

Wilhelmsen har inte kommenterat huruvida upplysningsplikt i svensk rätt är i överensstämmelse med rättsekonomiska hänsyn. Däremot har hon studerat huruvida AvtL 36 § i nordisk praxis tillämpats på ett sätt som är samhällsekonomiskt effektivt, bland annat avseende upplysningsplikt. I denna undersökning konstateras att 80 % av de studerade domarna överensstämmer med kriterier för ekonomisk effektivitet, vilket Wilhelmsen anför som grund för existensen av ”en norm om at verdiskapningshensyn utgjør en relevant rettskildfaktor ved løsning av rettslige konflikter”.<sup>142</sup> Wilhelmsen utgår dock ifrån att upplysningsplikt bör gälla generellt, med undantag för produktiva fakta och blandade fakta,<sup>143</sup> vilket kan ifrågasättas.

Såsom tidigare angetts finns det inte några samhällsekonomiska incitament att tillåta förtigande av destruktiva fakta eller, som regel, redistributiva

---

<sup>136</sup> Karlgren, a a, 1954, s. 106.

<sup>137</sup> Runesson, a a, 1996, s. 121.

<sup>138</sup> Ibid., s. 118f.

<sup>139</sup> Ibid., s. 119f.

<sup>140</sup> Ibid., s. 120.

<sup>141</sup> Ibid.

<sup>142</sup> Wilhelmsen, a a, 1995, s. 218.

<sup>143</sup> Ibid., s. 118.

fakta. Inte heller bör utnyttjande av prisomedvetenhet tillåtas. Däremot så är det möjligt att produktiva och blandade fakta bör behandlas annorlunda, så att anskaffning av produktiva fakta kan premieras. Att gällande rätt skulle se ut på ett sådant sätt är inget som har påståtts av de författare som ovan nämnts. Det bör dock nämnas att det inte heller är helt självklart hur en rättsekonomiskt effektiv utformning skulle se ut. Att det är önskvärt att stimulera både anskaffande och spridande av produktiva fakta är en sak, men som tidigare nämnts är det svårt att införa regler som tillgodoser båda dessa behov. I slutändan blir det fråga om en avvägning som många gånger kan vara komplicerad.

## 7 Avslutande ord

Precis som avsnittet om irrationalitet i mänskligt beteende visar, så bygger klassisk rättsekonomi på antaganden som inte helt stämmer överens med verkligheten. Därför bör man ta rättsekonomiska analyser med en nypa salt och kanske som en av många faktorer då man bedömer juridiska frågor.

Rättsekonomiska aspekter är också bara en av flera faktorer att ta hänsyn till vid avtalsrättsliga överväganden. Många avtalsrättsliga principer tävlar med varandra, när avtalsrättsliga frågor ska avgöras. Detta påvisar en fråga som inte har något klart svar; hur viktig är egentligen samhällsekonomisk effektivitet som norm? Svaret beror ytterst på vilken syn man har på rättvisa och lämpliga faktorer vid utformande av lagstiftning. Såsom visats finns det inte heller alltid ett enkelt svar på hur en regel bör utformas för att vara samhällsekonomiskt optimal.

Med denna skrift är min förhoppning att i alla fall frågan om hur upplysningsplikt ska beaktas ur rättsekonomiskt perspektiv har gjorts klarare. Då arbetets fokus varit rättsekonomiskt har jag diskuterat en teoretisk utformning av upplysningsplikten, en utformning som inte alltid tar hänsyn till huruvida den är praktiskt genomförbar eller inte. Exempelvis har jag diskuterat huruvida produktiva fakta bör särbehandlas av domstolar, men det kan mycket väl vara så att en sådan lösning skulle förefalla godtycklig för lekmän och därmed underminera rättväsendets anseende för gemene man. Sådana rättssociologiska frågor skulle emellertid kunna uppta en hel uppsats för sig, vilket kanske är ett lämpligt uppslag för någon annan.

# Bilaga A

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

## 3 kap. Om rättshandlingars ogiltighet

30 § Där den, gent emot vilken en rättshandling företagits, framkallat densamma genom svikligt förledande eller ock insett eller bort inse, att den, som företog rättshandlingen, blivit svikligen förledd därtill av annan, vare rättshandlingen icke gällande mot den förledd.

Har den, gentemot vilken rättshandlingen företogs, svikligen uppgivit eller förteget omständigheter, som kunna antagas vara av betydelse för rättshandlingen, skall han anses hava därigenom framkallat densamma, såframt det ej visas, att det svikliga förfarandet icke inverkat å rättshandlingen.

31 § Har någon begagnat sig av annans trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroende ställning till att taga eller betinga sig förmåner, vilka stå i uppenbart missförhållande till det vederlag, som må hava blivit erlagt eller utfäst, eller för vilka något vederlag icke skall utgå, vare rättshandling, som sålunda tillkommit, icke gällande mot den förfördelade.

Lag samma vare, där sådant otillbörligt förfarande, som i första stycket avses, ligger annan till last än den, gent emot vilken rättshandlingen företogs, och denne ägde eller bort äga kunskap därom.

Om avtal rörande bärgning gälle vad särskilt är stadgat. Lag (1987:329).

33 § Rättshandling, som eljest vore att såsom giltig anse, må ej göras gällande, där omständigheterna vid dess tillkomst voro sådana, att det skulle strida mot tro och heder att med vetskap om dem åberopa rättshandlingen, och den, gentemot vilken rättshandlingen företogs, måste antagas hava ägt sådan vetskap.

36 § Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.

Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.

Första och andra styckena äga motsvarande tillämpning i fråga om villkor vid annan rättshandling än avtal.

I fråga om jämkning av vissa avtalsvillkor i konsumentförhållanden gäller dessutom 11 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Lag (1994:1513).

# Käll- och litteraturförteckning

## Litteratur

- Adlercreutz, Axel                      Avtalsrätt I, 12e upplagan, Lund 2002
- Cervin, Ulf                                Ocker som civilrättslig företeelse, Lund 1984
- Cooter, Robert och  
Ulen, Thomas                            Law and Economics, 5e upplagan,  
Addison Wesley Longman 2007
- Dahlman, Christian,  
Glader, Marcus och  
Reidhav, David                         Rättsekonomi – en introduktion,  
Studentlitteratur, Lund 2004
- Frank, Robert H.                        Microeconomics and Behavior, 6e upplagan,  
New York 2006
- Gravelle, Hugh och  
Rees, Ray                                 Microeconomics, 3e upplagan, Hants 2004
- Georgakopoulos,  
Nicholas L.                               Principles and Methods of Law and Economics  
– Basic Tools for Normative Reasoning,  
Cambridge University Press 2005
- Hultmark, Christina                    Upplysningsplikt vid ingående av avtal,  
Stockholm 1993
- Karlgren, Hjalmar                      Avtalsrättsliga spörsmål, Lund 1954
- Lehrberg, Bert                            Förutsättningsläran, Uppsala 1989
- Nicholson, Walter                       Microeconomic Theory – Basic Principles and  
Extensions, 9e upplagan, South-Western 2005
- Norlén, Andreas                         Oskälighet och 36 § avtalslagen, Avdelningen  
för rätt och rättsfilosofi, Linköpings universitet,  
2004
- Perloff, Jeffrey M.                      Microeconomics, 3e upplagan, Pearson Addison  
Wesley 2004
- Posner, Richard A.                     Economic Analysis of Law, 6e upplagan,  
Aspen Publishers 2003
- Ramberg, Christina och  
Ramberg, Jan                            Allmän avtalsrätt, 6e upplagan,  
Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003



- Runesson, Eric M.                      Rekonstruktion av ofullständiga avtal – särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader, Juristförlaget, Stockholm 1996
- Schotter, Andrew                      Microeconomics – A Modern Approach, 3e upplagan, Addison Wesley Longman 2001
- Artiklar**
- Ayres, I och  
Gertner, R                              Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, 99 Yale L. J. 87 1989-1990, s. 87
- Boysen, Victoria,  
Hassel, Johan och  
Sahlberg, Richard                      Ett maktbaserat perspektiv på projektledning, Ekonomihögskolan vid Lunds universitet, 2007
- Davis, Lee                              Patents and Innovation: A Strategic Perspective, Law and Economics - Methodology and Application, Köpenhamn 1998, s. 11
- Dworkin, Ronald M                      Is wealth a value?, Journal of Legal Studies 1980, vol 9, s. 191-226
- Eisenberg, Melvin Aron                      The Bargaining Principle and Its Limits, Harvard Law Review Vol. 95, 1982, s. 741
- Ellickson, Robert C                      Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics, Symposium on Post-Chicago Law and Economics, 65 Chicago-Kent L. Rev. 23, 1989
- Epstein, Richard A                      Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future, University of Chicago Law Review 64, 1997, s. 1167
- Frankfurt, Harry                      Equality as a Moral Ideal, publicerad i Debates in contemporary political philosophy – An anthology, New York 2003
- Jolls, Christine,  
Sunstein, Cass R. och  
Thaler, Richard                      A Behavioural Approach to Law and Economics, Stanford Law Review, Vol. 50:1471, 1998
- Holmes                                      The Path of Law, 10 Harv. L. rev. 457, 477, 1897

- Kihlman, Jon Recension av ”Upplysningsplikt vid ingående av avtal”, JT 1993/94, s. 602-605
- Kronman, Anthony T Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, 7 J. Legal Stud, 1978, s. 1
- Kronman , Anthony T Wealth Maximization as a Normative Principle, Journal of Legal Studies 1980, vol 9, s. 227-251
- Nicander, Hans Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållandet, JT 1995/96, s. 31-49
- Posner, Richard A The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman, Journal of Legal Studies 1980, vol 9, s. 243-252
- Svensson, Ola Avtal och rättvisa, artikel i Vänbok till Axel Adlercreutz, Lund 2007
- Tverksy och Kahneman Rational Choice and the Framing of Decisions, 59 J. BUS. S251, 1986
- Wilhelmsen, Trine-Lise Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet, TfR 1995, s. 1-245
- Wilhelmsen, Trine-Lise Fairness and Efficiency Under Section 36 of the Nordic Contract Acts, Law and Economics – Methodology and Application, Köpenhamn 1998, s. 33
- Ej namngiven* Efficiency and a Rule of “Free Contract”: A Critique of Two Models of Law and Economics, Harvard Law Review, Vol. 97, Nr 4, 1984

### **Offentligt tryck**

Prop. 1975/76:81  
 NJA II 1915 s. 243

# Rättsfallsförteckning

NJA 1961 s. 124

NJA 1975 s. 152

NJA 1978 s. 147

NJA 1990 s. 745

NJA 1991 s. 808