



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sara Vinnefors

Ansvar under
avtalsförhandlingar och annat
agerande före avtalsingåendet

Examensarbete
20 poäng

Ola Svensson

Avtalsrätt

VT 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Inledning	4
1.2 Syfte	5
1.3 Metod och material	5
1.4 Avgränsningar	5
1.5 Disposition	6
2 PREKONTRAKTUELLT ANSVAR OCH LOJALITET	7
2.1 Allmänt om det prekontraktuella ansvaret	7
2.1.1 Inverkan av 2:2 SkL	8
2.2 Lojalitetsplikten som en del av det prekontraktuella ansvaret	9
2.2.1 Särskilt om upplysningsplikten	10
2.2.2 Särskilt om tystnadsplikten och FHL	11
2.2.3 Passivitetsreglerna i avtalslagen	12
2.3 Culpa in contrahendo i praxis	13
2.3.1 NJA 1963 s 105	13
2.3.1.1 NJA 1963 s 105 och 25 § AvtL	15
2.3.2 NJA 1978 s 147 och NJA 1990 s 745	16
2.3.2.1 Culpa in contrahendo och lojalitetsplikt	19
2.3.3 Skadeståndsberäkningen	19
3 AVSIKTSFÖRKLARINGAR OCH PREKONTRAKTUELLT ANSVAR	21
3.1 Allmänt om avtalsbundenhet och avsiktsförklaringar	21
3.1.1 Definitioner	22
3.2 Närmare om rättshandlingen Letter of intent	23
3.3 Närmare om letter comfort	26
4 PREKONTRAKTUELLT ANSVAR OCH FORMKRAV	30

4.1	Formkravet vid köp av fast egendom	30
4.2	Formkravet vid köp av bostadsrätt	31
4.3	Handpenningavtal vid köp av fast egendom	33
4.4	Köp av fast egendom som en del av ett större avtal	34
4.5	Avtalad skriftform	35
5	PREKONTRAKTUELLT ANSVAR VID OFFENTLIG UPPHANDLING	37
5.1	Allmänt om lagen om offentlig upphandling	37
5.2	Prövning av anbud enligt LOU	37
5.3	Överprövning enligt LOU	38
5.4	Skadeståndsansvaret enligt LOU	38
5.4.1	Skadeståndets storlek enligt LOU	39
5.4.2	Beviskrav vid påstådd skada	42
5.4.3	Avbruten upphandling	43
6	DISKUSSION OCH SLUTSATSER	44
6.1	Diskussion	44
6.2	Slutsatser	51
	LITTERATURFÖRTECKNING	53
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	56

Sammanfattning

I denna uppsats behandlas frågan om vilket ansvar som kan inträda då part avbryter avtalsförhandling. Kan denne göras ersättningsskyldig för onödiga förhandlingskostnader? Denna situation benämns ofta i doktrinen som ansvar enligt rättsfiguren culpa in contrahendo, som i sin tur utgör en sammanfattande benämning på olika klandervärda beteenden vid avtals ingående.

I denna uppsats har jag utgått från fyra olika perspektiv när det gäller det prekontraktuella ansvaret:

- Det första av dessa perspektiv är förhållandet mellan lojalitetsplikten och det prekontraktuella ansvaret. Det kan anses klarlagt att det föreligger en sådan plikt även i prekontraktuella situationer, dock inte med lika långtgående konsekvenser som denna plikt har i ett etablerat avtalsförhållande. Enligt de resultat jag kommit fram till kan inte lojalitetsplikten i sig aktualisera ett prekontraktuellt skadeståndsansvar. Den utgör dock en del av culpabedömningen som används för att utvärdera om ansvar föreligger.
- Även vilken inverkan en avsiktsförklaring, även kallat letter of intent, har på det prekontraktuella ansvaret har utretts. Kortfattat sagt kan förekomsten av en avsiktsförklaring inte ensamt ge upphov till skadeståndsansvar för den avtalspart som avbryter förhandlingar, utan utgör endast en omständighet i en övergripande culpabedömning.
- Förekomsten av formkrav vid köp av exempelvis fast egendom och dess inverkan på det prekontraktuella ansvaret har även behandlats. Här är det osäkert huruvida formkravet lägger hinder emellan för att skadestånd kan utdömas när avtalspart frångår löfte om att köpa eller sälja fast egendom, främst på grund av att det är osäkert vilken slutsats man kan dra från praxis. Ett argument för att skadestånd inte skulle kunna komma i fråga är att det skulle kunna undergräva formkravets syfte.
- Slutligen har även det allmännas ansvar enligt lagen om offentlig upphandling utretts. Den stora skillnaden mellan detta ansvar och ett generellt prekontraktuellt ansvar är främst att detta ansvar är lagstadgat, samt att även beviskrav och ersättningsstorlek skiljer sig från det generella ansvaret.

De slutsatser jag dragit från mina resultat är främst att det skulle vara svår genomförbart, om ens önskvärt, att lagstifta om ett prekontraktuellt ansvar, och att utvecklingen istället bör ske i praxis mot en ökad användning av lojalitetsplikten.

Förord

Min tid som student i Lund börjar i och med slutförandet av denna uppsats lida mot sitt slut. Jag blickar tillbaka på mina år i denna studentstad med glädje, men ser också fram emot att få ge mig ut i arbetslivet. Jag vill här ta tillfället i akt och rikta mitt tack till de personer som underlättat mitt arbete med denna uppsats; till min handledare Ola Svensson för värdefulla synpunkter och uppmuntran, samt till mina nära och kära för stöd och hjälp när jag som bäst behövt det. Ett särskilt tack vill jag ge min mor som låtit mig bo hos henne under sommarmånaderna och på så sätt avsevärt underlättat slutförandet av denna uppsats.

Lund den 1 september 2006

Sara Vinnefors

Förkortningar

AvtL	Avtalslagen (1915:218)
BRL	Bostadsrättslagen (1991:614)
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
FHL	Lagen om skydd för företagshemligheter (1990:409)
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JB	Jordabalken (1 970:994)
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KöpL	Köplagen (1990:931)
LOU	Lagen om offentlig upphandling (1992:1528)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TR	Tingsrätten

1 Inledning

1.1 Inledning

En välkänd princip inom svensk avtalsrätt är att vardera part bedriver avtalsförhandlingar på egen risk, vilket innebär att part ansvarar för sina egna kostnader om avtal inte skulle komma till stånd, samt att det inte inträder någon skyldighet vid förhandlingar att slutligen ingå avtal. Respektive part har frihet att avbryta förhandlingarna utan att behöva motivera varför och man har också rätt att förhandla med andra tänkbara avtalsparter utan att behöva tala om detta för någon av ens förhandlingsparter.¹ Det anses dock uppkomma vissa förpliktelser gentemot sin avtalspart när förhandlingarna har nått ett visst stadium; det föreligger ett prekontraktuellt ansvar. I doktrinen har åsikter framförts om att den så kallade *lojalitetsplikten* inte bara kan göras gällande inom ett kontraktsförhållande, utan även under de föregående avtalsförhandlingarna.² Lojalitetsplikten kan i sin tur ses som en del av rättsfiguren *culpa in contrahendo*. Detta begrepp utgör en sammanfattande benämning på olika klandervärda förfaranden vid avtals ingående. Denna rättsfigur kan förekomma både i inomkontraktuella situationer, och i prekontraktuella situationer där avtal inte kommer till stånd.³

Avbrutna förhandlingar kan följaktligen leda till visst ansvar i svensk rätt. Ett sådant ansvar kan komma i fråga på avtalsrättslig grund, exempelvis om parterna har kommit överens att tystandsplikt föreligger. Ett ansvar kan också utkrävas på utomobligatorisk grund om ett vårdslöst eller avsiktligt vilseledande har förekommit hos någon av parterna. Det är detta prekontraktuella ansvar som i doktrinen brukar benämnas som *dolus* eller *culpa in contrahendo*, och det är den senare rättsfiguren av dessa två denna uppsats ämnar fokusera på.⁴

Culpa in contrahendo har haft svårt att få fäste i svensk rätt, då den inte har ägnats uppmärksamhet i svensk doktrin i samma utsträckning som i andra länder.⁵ Även den svenska rättens syn på rena förmögenhetsskador i utomobligatoriska förhållanden kan ha bidragit till detta enligt *Jan Kleineman*. I SkL 2:2 (tidigare SkL 2:4) stadgas det ju att ansvar för ren förmögenhetsskada på utomobligatorisk grund kräver en brottslig gärning. Denna paragraf, kallad ”spärregeln” i doktrinen, har lett till en avvaktande inställning i praxis och doktrin till ansvar för ren förmögenhetsskada utanför kontraktsförhållanden som ej orsakats genom brott, utan genom

¹ J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 82.

² H. Nicander, JT 1995/96, s. 46.

³ K. Rodhe, Obligationsrätt, 1956, s. 337.

⁴ J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 83.

⁵ J. Kleineman, JT 1991/92, s. 125.

vårdslöshet.⁶ Det finns heller inget uttryckligt reglerat i svensk rätt om ansvar för rena förmögenhetsskador i samband med avtalsförhandlingar, något som också kan utgöra en bidragande faktor till det begränsade utrymme denna rättsfigur har fått i svensk rätt.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att utreda i vilken mån ansvar för ren förmögenhetsskada kan göras gällande i situationer där avtalsförhandlingar inte leder till avtal och där ena parten anser sig ha blivit vilseledd av sin motpart. De frågeställningar som behandlas i uppsatsen är följande: Vilka krav ställs på ett vårdslöst beteende för att detta ska leda till skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada? När träder lojalitetsplikten ikraft vid avtalsförhandlingar och vad innefattar denna plikt? Vilken roll spelar förekomsten av avsiktsförklaringar i prekontraktuella situationer? Har förekomsten av formkrav någon inverkan på det prekontraktuella ansvaret? Hur ser det prekontraktuella ansvaret ut för det allmänna vid tillämpning av lagen om offentlig upphandling, och skiljer det sig från det ansvar privaträttsliga subjekt har gentemot varandra? Finns det utrymme för ett utvidgat i ansvar för ren förmögenhetsskada vid vårdslöst vilseledande i prekontraktuella situationer?

1.3 Metod och material

För att sätta mig in i det valda uppsatsämnet har jag studerat litteratur i avtalsrätt. Då culpa in contrahendo ges begränsat utrymme i den svenska juridiska doktrinen har det inledningsvis varit tämligen svårt att finna relevant material i verk som behandlar den svenska avtalsrätten. Jag har dock haft stor nytta av publikationer från professor *Jan Kleineman*, professor emeritus *Axel Adlercreutz* samt professor emeritus *Jan Hellner*, för att nämna några av mina källor.

Uppsatsen har delvis ett deskriptivt upplägg, det vill säga min ambition är att beskriva och utreda hur rättsläget gällande hur det prekontraktuella ansvaret ser ut idag. Emellertid har uppsatsen även ett normativt perspektiv då jag även strävar efter att kunna ge en utförlig analys av vilka faktorer som styr bedömningen av det prekontraktuella ansvaret enligt svensk rätt.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen ämnar endast behandla svensk rätt och ingen komparativ studie kommer att genomföras. Vidare kommer rättsfiguren *dolus in contrahendo*, det vill säga då ett vilseledande av förhandlingspart sker avsiktligt ges begränsat utrymme. Uppsatsens tyngdpunkt kommer att ligga på att utreda

⁶ Ibid.

det prekontraktuella ansvaret i situationer där avtal inte kommer till stånd och således kommer fall av culpa in contrahendo där avtal har slutits endast beröras där författaren finner det särskilt påkallat. Ogiltighetsgrunder för redan ingångna avtal eller olika påföljder vid avtalsbrott kommer följaktligen ges begränsat utrymme. Det inomkontraktuella ansvaret kommer även det att behandlas endast översiktligt. Vidare kommer inte uppsatsen behandla andra former av ansvar för ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden, såsom ansvar för annan än medkontrahent. Konsumenträtt lämnas också helt utanför framställningen.

Uppsatsförfattaren gör inte anspråk på att ge en heltäckande bild av det prekontraktuella ansvaret i svensk rätt, utan uppsatsen kommer att inriktas på utvalda situationer, emellertid med den ansatsen att ge en så bred och korrekt bild som möjligt av det valda uppsatsämnet.

1.5 Disposition

Uppsatsen är disponerad enligt följande vis: Efter detta inledningskapitel följer ett kapitel kallat *prekontraktuellt ansvar och lojalitet*, som inleds med en allmän presentation av begreppen culpa in contrahendo och lojalitetsplikt, varvid olika situationer där ansvar enligt dessa principer kan uppkomma presenteras och illustreras med praxis. Sedan följer ett kapitel, kallat *Avsiktsförklaringar och prekontraktuellt ansvar*, som behandlar vilken inverkan en avsiktsförklaring, även kallat letter of intent, har på det prekontraktuella ansvaret och vilken betydelse denna rättshandling kan ha under avtalsförhandlingar. I nästföljande kapitel, *Formkrav och prekontraktuellt ansvar*, avhandlas betydelsen av formkrav för det prekontraktuella ansvaret, främst då vid köp av fast egendom. Efter denna genomgång följer ett kapitel där det allmännas prekontraktuella ansvar enligt lagen om offentlig upphandling behandlas. Slutligen kommer rättsläget angående det prekontraktuella ansvaret på de olika avhandlade områdena diskuteras och analyseras utifrån olika synsätt i doktrinen samt utifrån författarens egna synpunkter i ett kapitel kallat *Diskussion och slutsatser*.

2 Prekontraktuellt ansvar och lojalitet

2.1 Allmänt om det prekontraktuella ansvaret

Det prekontraktuella ansvaret brukar i svensk doktrin benämnas culpa in contrahendo. Begreppet har sitt ursprung i tysk 1800-talsrätt men återfinns redan i den romerska rätten.⁷ Som nämnts ovan är detta ett samlingsbegrepp för flera klandervärda förfaranden i samband med avtals ingående. Parts uppträdande vid avtals ingående kan leda till att avtalet ogiltighetsförklaras enligt avtalslagens ogiltighetsregler (jfr AvtL 28-33 §§), medan andra beteenden under förhandlingar inte påverkar avtalets giltighet men som däremot kan ha en viss inverkan på hur avtalet ska tolkas.⁸ Också felansvarsreglerna i 1990 års köplag (KöpL) innefattar ett ansvar för culpa in contrahendo. I förarbetena till denna lag anges det att säljaren ansvarar för försummelse vid slutande av avtalet men även vid dess fullgörande och lagstiftaren menar att en ”försummelse vid avtalets ingående kan bestå i att säljaren ... har lämnat uppgift om varan eller dess användning som han har insett eller borde ha insett var oriktiga eller vilseledande.”⁹ Motsvarande felansvarsregler angående köp av fast egendom återfinns i JB. Även utanför köprättens område finns det en möjlighet att åberopa culpa in contrahendo vid fullgångna avtal, det vill säga i inomkontraktuella situationer, dock med reservation för att de köprättsliga felpåföljderna vid culpa in contrahendo förutom skadestånd, inte torde kunna göras gällande (exempelvis hävning).¹⁰

Det är således förhållandevis klart att ansvar för culpa in contrahendo kan förekomma i inomkontraktuella förhållanden, där förhandlingar har resulterat i att slutligt avtal kommit till stånd, och att ett sådant ansvar även skulle kunna göras gällande när det gäller prekontraktuella situationer som *inte* leder till avtal.¹¹ När det gäller den sistnämnda situationen är emellertid rättsläget tämligen oklart.

Det finns i svensk rätt ingen regel som stadgar om ansvar under avtalsförhandlingar. *Jan Ramberg & Christina Ramberg* framhåller dock att artikel 2.15 i UNIDROIT Principles uttrycker en allmän avtalsrättslig grundsats även i svensk rätt.¹² Enligt UNIDROIT Principles ska förhandlingar bedrivas i enlighet med god affärsmoral.

Artikel 2.15 i UNIDROIT Principles stadgar följande:

⁷ J. Kleineman, JT 1991/92, s. 125.

⁸ K. Rodhe, Obligationsrätt, 1956, s. 338.

⁹ Prop. 1988/89:76, s. 139.

¹⁰ J. Kleineman, JT 1991/92, s.129f.

¹¹ J. Hellner, Speciell avtalsrätt 2, Kontraktetsrätt 2 häftet Allmänna ämnen, 1996, s. 193.

¹² J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 82f.

1. A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
2. However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.
3. It is in bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

Denna artikel berör fall där en part medvetet vilseleder sin motpart men Ramberg & Ramberg menar att den möjligen kan utsträckas till att även omfatta fall där part förfarit vårdslöst.¹³ Även specialregler i lagen om offentlig upphandling (LOU) stadgar om ansvar för myndighet i samband med avtalsförhandlingar (dessa regler behandlas nedan). Utöver detta finns det således ingen skriftlig reglering om culpa in contrahendo i prekontraktuella situationer som inte leder till avtalsslut. Detta innebär inte att ett sådant ansvar inte kan förekomma i svensk rätt men det är ett ämne som givits förhållandevis litet utrymme i svensk doktrin och praxis.¹⁴

2.1.1 Inverkan av 2:2 SkL

En av de främsta orsakerna till denna utveckling torde vara, som nämnts tidigare, svensk rätts inställning till ersättning för ren förmögenhetsskada (det är ju oftast fråga om ekonomisk skada i culpa in contrahendo-situationer) i utomobligatoriska förhållanden. Regleringen i 2:2 SkL (tidigare 2:4 SkL) som stadgar att ersättning för ekonomisk skada utgår vid brottslig gärning i utomobligatoriska förhållanden har ju uppfattats som en spärregel i svensk praxis, trots att detta inte var avsikten med regleringen. I motiven anges särskilt att paragrafen inte får läsas motsatsvis och att den inte är avsedd att lägga hinder i vägen för att ansvaret för ren förmögenhetsskada utvidgas i rättspraxis.¹⁵ HD har emellertid varit restriktiva när det gäller en sådan utveckling, men ansvar för ren förmögenhetsskada har dock ansetts vara möjligt i vissa avtalsliknande situationer. Ett ledande avgörande på detta område är NJA 1987 s 692, det så kallade Kone-fallet, där ansvar ålades för ett felaktigt värderingsintyg mot annan än intygets beställare. HD framhöll bland annat att den skadelidande hade fäst befogad tilltro till intyget och att värderingsmannen inte hade friskrivit sig från ansvar. Även i andra fall har ersättning för ren förmögenhetsskada utgått då situationen har legat nära ett avtalsförhållande.¹⁶ Kleineman anser att detta torde innebära att skadestånd för ekonomisk skada på grund av culpa in contrahendo i situationer där avtal inte kommer till stånd inte kan nekas med hänvisning till 2:2 SkL, utan det främsta problemet med att utröna om ansvar i ett prekontraktuellt förhållande kan komma i fråga är att rättspraxis på området är relativt tunn,

¹³ Ibid.

¹⁴ J. Herre, SvJT 2005, s. 641.

¹⁵ Prop. 1972:5, s. 568.

¹⁶ Se t ex NJA 1980 s 383.

samt att HD i de få rättsfall som behandlat frågan kommit fram till att ansvar inte kunnat aktualiseras i just dessa enskilda fall.¹⁷

2.2 Lojalitetsplikten som en del av det prekontraktuella ansvaret

Enligt den allmänna uppfattningen i svensk doktrin föreligger det en ömsesidig förpliktelse för parterna i ett avtalsförhållande att vara lojala mot varandra.¹⁸ Utgångspunkten för tanken bakom lojalitetsplikten är att avtalet utgör en form av samverkan mellan parterna där de strävar efter att uppnå ett gemensamt mål.¹⁹ *Lars Erik Taxell* påpekar att i händelse av konflikt mellan avtalsparterna får en part enligt detta synsätt inte förbehållslöst ställa sina intressen framför medkontrahentens utan det måste ske en avvägning.²⁰ Lojalitetsplikten kan således sägas bestå i en skyldighet för vardera avtalspart att beakta medkontrahentens intressen, något som varierar beroende på avtalstyp och omständigheter i varje enskilt fall. *Hans Nicander* framhåller att det är fråga om att utifrån branschpraxis, sedvana och det skriftliga avtalet försöka fastställa en handlingsnorm som anger hur en part bör förhålla sig till sin medpart i det enskilda avtalsförhållandet och menar att lojalitetsplikten omfattar till exempel informations- och upplysningsplikt, klargörandeplikt samt tystnadsplikt.²¹

En allmän rättsprincip om lojalitetsplikt finns inte reglerad i lag i svensk rätt. Det finns emellertid flera lagar med bestämmelser som stadgar om lojalitet, till exempel mäklarlagen, kommissionslagen och lagen om handelsagentur. I förarbetena till KöpL kan det också skönjas att lagstiftaren utgår ifrån tanken på att avtalsparterna ska agera lojalt mot varandra, då denne uttalar att parterna i ett köpeavtal inte ska ses som varandras motståndare som uteslutande ser till sina egna intressen, utan snarare som medarbetare som strävar mot något som är till fördel för dem båda.²² Då svensk rätt saknar en allmän civillag är grundprinciperna i KöpL inte bara tillämpliga på rena köpeavtal, utan de kan även ses som vägledande för andra kontraktsrättsliga förhållanden.²³

Även om kravet på lojalitet i kontraktsförhållanden återfinns i flera olika regler hävdar *Sacharias Votinius* att de kan sägas handla ”om en skyldighet att sätta sig in i den andres situation, förhålla sig till denna och därefter agera rättvist och på ett sätt som beaktar den andres behov”.²⁴

¹⁷ J. Kleineman, JT 1991/92, s. 131.

¹⁸ K. Grönfors, Avtal och omförhandling, 1995, s. 39.

¹⁹ L. E. Taxell, Avtal och rättsskydd, 1972, s. 81.

²⁰ Ibid.

²¹ H. Nicander, JT 1995/96, s. 32

²² Prop. 1988/89:76, s. 23.

²³ Ibid.

²⁴ S. Votinius, Varandra som vänner och fiender, 2004, s. 268.

I likhet med den inbördes lojalitetsplikt som föreligger under ett avtalsförhållande, kan också avtalsförhandlingar och annat agerande före avtals ingående aktualisera en viss lojalitetsplikt för respektive avtalspart, dock inte med samma omfattning som under ett existerande avtalsförhållande enligt Adlercreutz.²⁵

2.2.1 Särskilt om upplysningsplikten

Upplysningsplikten utgör en del av lojalitetsplikten, vilket konstaterades ovan. *Christina Hultmark* menar att en nödvändig förutsättning för att en upplysningsplikt ska föreligga vid avtalsförhandlingar är att den ene avtalsparten har insikt om att motparten saknar kännedom om ett visst förhållande och att denne skulle ha agerat annorlunda om han haft sådan kännedom.²⁶ Det krävs dessutom att det kan utrönas kausalitet mellan förtigandet av det ifrågavarande förhållandet och de slutliga avtalsvillkoren samt att motparten inte har försummat sin undersökningsplikt menar *Hultmark*.²⁷

Upplysningsplikten regleras indirekt i avtalslagens ogiltighetsregler i 30-33 §§, men återfinns även i de köprättsliga regleringarna samt i JB. Ett försummande av denna upplysningsplikt kan följaktligen leda till ogiltighet enligt avtalslagens tredje kapitel, såsom svikligt förfarande enligt 30 § eller handlande i strid med tro och heder enligt 33 §, men också till skadeståndsskyldighet. Har part åsidosatt sin upplysningsskyldighet kan avtalet också ses som oskäligt och därmed jämkas enligt 36 § AvtL.²⁸

Visserligen anses lojalitetsplikten ha skärpts, men detta innebär inte att det finns en skyldighet att upplysa motparten om alla omständigheter. Det går fortfarande enligt *Hultmark* att göra en bra affär, såvida inget illojalt handlande förekommit. Hon påpekar dock att det kan finnas en svårighet i bedömningen av om ett förtigande av en viss uppgift är att betrakta som en tillåten förhandlingsstrategi eller som ett illojalt agerande.²⁹

I *NJA 1991 s 808* prövades frågan om säljarens upplysningsplikt gällande rådighetsfel vid försäljning av en kioskerksamhet. Efter överlåtelsen ägt rum visade det sig att tillstånd av miljö- och hälsoskyddsnämnden för att bedriva verksamhet i lokalerna ej förelåg, vilket ledde till att köparna kände sig tvingade att avveckla verksamheten. Inför köpet hade säljarna fått frågan om det förelåg tillstånd från hälsoskyddsnämnden, varvid säljarna svarat jakande. Köparna stämde säljarna och yrkade avdrag på köpeskillingen samt skadestånd, bland annat på den grund att säljarna lämnat en utfästelse om att erforderliga tillstånd förelåg.

HD menade i sina domskäl att säljarnas svar på köparnas fråga inte var att se som en utfästelse, då svaret lämnades innan parterna ingått i verkliga avtalsförhandlingar. Säljarna

²⁵ A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 111.

²⁶ C. Hultmark, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, 1993, s. 12.

²⁷ C. Hultmark, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, 1993, s. 18 och 23.

²⁸ H. Nicander, *JT 1995/96*, s. 46 och C. Hultmark, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, 1993, s. 7 och 25.

²⁹ C. Hultmark, *JT 1991/92*, s. 701.

kände dock till att köpeobjektet var sämre i rådighetshänseende än vad köparna utgick från, varför det fick anses ha ålegat säljarna att tydligt klargöra hur förhållandena såg ut. Denna underlåtenhet var enligt HD ej att se som svek, men ledde till att köparna vidkändes prisavdrag. Skadestånd utgick ej, då detta krävde att säljarna förfarit svikligt.

Rättsfallet behandlar visserligen felansvar enligt den gamla köplagen, men Hultmark anser att domen är intressant i ett vidare perspektiv, då den allmänt ger vägledning om lojalitetsplikt vid även andra sorters avtal än just köpeavtal och hon menar att den är visar på utvecklingen mot en starkare lojalitetsplikt i avtalsförhållanden. Genom HD:s avgörande i detta rättsfall vill hon definiera lojalitetsplikten på följande sätt: ”När en avtalspart känner till att avtalsobjektet är sämre än vad motparten förutsätter, har han skyldighet att klargöra för motparten hur saken ligger till.” Hon tillägger dock att det är oklart om denna lojalitetsplikt gäller i alla situationer och om definitionen egentligen ger någon anvisning om vilken omfattning lojalitetsplikten kan sägas ha.³⁰ Votinius menar att HD:s argumentering i domskälen är tecken på en nära förbindelse mellan upplysningsplikten och en plikt att sätta sig in i sin motparts situation.³¹

2.2.2 Särskilt om tystnadsplikten och FHL

Liksom upplysningsplikten utgör tystnadsplikten en av komponenterna i lojalitetsplikten. Även om parterna inte kommit överens om tystnadsplikt anser Nicander att den som vid avtalsförhandlingar får kännedom om känslig information som kan skada motparten har en viss skyldighet att hemlighålla denna information och inte sprida den till utomstående.³² Det är emellertid oklart hur långt denna skyldighet sträcker sig.

Lagen om skydd för företagshemligheter (FHL) kan i vissa fall ge rätt till skadestånd då känsliga uppgifter läckt ut efter avtalsförhandlingar. Med företagshemlighet avses information om affärs- eller driftförhållanden som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att skada honom i konkurrenshänseende enligt 1 § FHL. Den som uppsåtligt eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer företagshemlighet han fått ta del av i samband med affärsförbindelse ska enligt 6 § FHL ersätta skada som uppkommer härav.

I rättsfallet *NJA 1998 s 633* meddelade HD sin första dom avseende tillämpningen av FHL. I detta fall var det fråga om en ett förslag till affärsplan, utarbetad av Jan Hedvall Konsult AB (JAHAB), som Lärarförbundet fått tagit del av. Affärsplanen syftade till att främja användningen av datorer i undervisningen i skolorna genom en bolagsbildning mellan JAHAB, en läraranknuten organisation samt en dataleverantör. Lärarförbundet beslutade att bilda ett bolag i enlighet med de centrala delarna i JAHAB:s affärsplan, dock utan JAHAB:s medverkan och utan att ersätta företaget för dess kostnader att ta fram planen. JAHAB gjorde därför i rätten gällande att Lärarförbundet obehörigen utnyttjat JAHAB:s företagshemlighet och yrkade skadestånd enligt 6§ FHL. I andra hand yrkade JAHAB att Lärarförbundet var ersättningsskyldigt enligt principen om culpa in contrahendo.

³⁰ C. Hultmark, JT1991/92, s. 703f.

³¹ S. Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, 2004, s. 261.

³² H. Nicander, JT1995/96, s. 47.

Andrahandsgrunden behandlades inte av HD som utdömde skadestånd i enlighet med 6 § FHL.

HD menade att det måste ha stått klart för förbundet att JAHAB ville att informationen skulle hållas hemlig, även om någon sådan begäran ej framförts, då JAHAB:s syfte med förhandlingarna var att få till stånd ett kommersiellt samarbete. Förbundet ansågs följaktligen ha fått tagit del av informationen i förtroende. Genom att förbundet påbörjat sin verksamhet utan JAHAB:s inblandning hade det obehörigt och uppsåtligt utnyttjat JAHAB:s företagshemlighet. Skadeståndet som tilldömdes JAHAB motsvarade kostnader för utveckling av affärsplanen samt de kostnader Lärarförbundet sparar in genom sitt obehöriga utnyttjande av informationen.

Detta rättsfall har klargjort att 6 § FHL kan var tillämplig även då det inte föreligger ett avtalsförhållande mellan parterna, ansvar kan således aktualiseras även under förhandlingar, något som var oklart enligt förarbetena.³³ HD ansåg vidare i sina domskäl att ett förtroendeförhållande uppkommit genom att Lärarförbundet mottagit informationen, något som kan medföra en osäker situation för den som tar emot information utanför ett avtalsförhållande, anser *Claes Sandgren*. Han menar att det genom HD:s dom förefaller att ett förtroendeförhållande skapas genom ensidiga handlingar då någon lämnar över information samt att det kan föreligga ett underförstått krav på hemlighållande genom detta överlämnande. HD:s formulering utesluter inte heller att mottagaren skulle kunna erhålla informationen på annat håll. Sandgren menar att många företag mottar information, exempelvis affärsidéer och uppfinningar med upplysning om att informationen är hemlig, utan att företaget har uppmanat ett sådant överlämnande. Enligt Sandgren är det ovisst hur HD:s dom ska tolkas när det gäller om ett förtroendeförhållande har etablerats i dessa fall, men menar att det står klart att bevisbördan vid frågan om ett sådant förhållande föreligger eller ej åvilar den som överlämnat informationen.³⁴

2.2.3 Passivitetsreglerna i avtalslagen

Passivitetsreglerna i 4 § 2 st (om sen accept) och 6 § 2 st (om oren accept) AvtL ger enligt Ramberg & Ramberg uttryck för att det föreligger en lojalitetsplikt även i samband med avtalsförhandlingar; de påpekar att det anses illojalt att inte klargöra för sin motpart hur man tänker handla när man har skäl att anta att denne har en oriktig uppfattning angående rättsläget och felaktigt utgått från att avtal slutits eller misstagit sig med avseende på avtalsinnehållet.³⁵ Passivitet i denna situation anses i sig vara särskilt illojalt då motparten riskerar att lida skada genom sin felaktiga uppfattning om avtal kommit till stånd, Nicander framhåller dock att något krav på skada eller risk för skada inte uppställs för att bundenhet ska kunna uppkomma.³⁶ Reklamationsplikten i 9 § AvtL kan också sägas ge uttryck för en liknande lojalitetsförpliktelse; då någon framkallat anbud från annan och sedan låter

³³ C. Sandgren, , JT 1998/99, s. 672.

³⁴ C. Sandgren JT19 98/99, s. 673f.

³⁵ J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003 s.140. Se också NJA 1977 s 92 och NJA 1962 s 276 nedan.

³⁶ H. Nicander, JT1995/96, s. 47f.

bli att svara på detta, riskerar denne att bli bunden på grund av passivitet. Ramberg & Ramberg påpekar dock att rekvisiten i denna paragraf är snävt utformade, men menar att tidigare affärskontakter mellan parterna kan detta leda till svarsplikt för att part inte ska riskera att bli bunden av passivitet.³⁷

Dessa lagrum kan således enligt Votinius ses som ett uttryck för en skyldighet för avtalspart att aktivt sätta sig in i sin motparts situation; man måste erhålla insikt om hur denne tolkat situationen och upplysa motparten om dennes eventuella villfarelser. I fall som regleras av dessa bestämmelser går det följaktligen inte att utnyttja sin motparts misstag och låta denne ensam riskera ekonomisk skada, det ålägg således part en *klargörandeplikt* i fall av detta slag.³⁸

Trots att man i dessa lagrum kan skönja en allmän princip om lojalitet i samband med avtalsförhandlingar, framhåller Ramberg & Ramberg att illojalitet endast undantagsvis leder till avtalsbundenhet. Den normala torde istället vara ersättning intill det negativa kontraktsintresset.³⁹

2.3 Culpa in contrahendo i praxis

De rättsfall som ska behandlas under denna rubrik behandlas ofta i doktrinen i samband med culpa in contrahendo vid avbrutna avtalsförhandlingar. De omnämns ofta i doktrinen som ett tecken på att HD anser att det föreligger en allmän lojalitetsplikt även i prekontraktuella situationer och om denna plikt åsidosätts träder ett ansvar för culpa in contrahendo in.⁴⁰ Närmast följer en exposé över de tre fallen NJA 1963 s 105, NJA 1978 s 147 samt NJA 1990 s 745, följt av de åsikter i ämnet som framförts i praxis.

2.3.1 NJA 1963 s 105

I detta rättsfall hade en svensk affärsman kallad E, som drev affärsverksamhet i Venezuela, fört förhandlingar med G, också han svensk och huvuddelägare (45%) i ett aktiebolag med säte i Colombia. Förhandlingarna gällde anställandet av E som verkställande direktör för det colombianska företaget. Parterna skrev på ett arbetskontrakt varvid E avvecklade sin rörelse i Venezuela och flyttade till Colombia. På grund av oenighet mellan de två huvuddelägarna i det colombianska bolaget hölls det aldrig någon bolagsstämma, vilken skulle bekräfta anställningen av E. Detta var ett krav enligt colombiansk rätt för att anställningen skulle vara giltig. Sedan bolaget vägrat E ersättning för utebliven lön vände sig denne till G och stämde honom inför svensk domstol och krävde ersättning för lön och avvecklingskostnader på den grunden att G enligt honom hade träffat muntligt avtal om anställningen och att G hade garanterat att bolaget skulle utbetala utebliven lön till E samt att G genom sitt handlande hade ådragit sig skadeståndsskyldighet.

³⁷ J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän Avtalsrätt, 2003, s. 138.

³⁸ S. Votinius, Varandra som vänner och fiender, 2004, s. 257f.

³⁹ J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s.140.

⁴⁰ Se t ex H. Nicander, JT 1995/96, s. 47f.

HD ansåg det ej styrkt att G åtagit sig att svara för att E skulle få ersättning från det colombianska bolaget, ej heller att G hade upprätt på sådant sätt att han hade garanterat att anställningen skulle vara bindande gentemot bolaget. Emellertid ansåg HD att E hade skäl att förutsätta att något hinder för anställningen inte skulle föreligga på grund av G:s ställning som inflytelserik delägare i bolaget och på grund av detta måste kravet på bolagsstämmans godkännande för E tätt sig endast som en formalitet. Denna uppfattning stärktes enligt HD på ett avgörande sätt hos E när G dagen före anställningens början skickade ett telegram där denne uppmanade E att genast infinna sig i bolagets tjänst. G:s handlande ansågs av HD vara vårdslöst, då G visste att det skulle bli stora svårigheter att få E anställd; den andra delägarfamiljen var mycket tveksam till valet av vd och valde sedermera att utebli från den för anställningens giltighet nödvändiga bolagsstämman. HD ansåg vidare att G:s vårdslöshet var av den beskaffenhet att ådra honom skadeståndskyldighet för det så kallade negativa kontraktsintresset, det vill säga att E genom skadeståndet skulle ekonomiskt försättas i samma situation som om vilseledandet inte hade ägt rum. E fick således ersättning för flyttkostnader och för avvecklandet av sin rörelse. Endast två ledamöter förenade sig om domslutet. En av de skiljaktiga ville beräkna ersättningen till det positiva kontraktsintresset, medan ytterligare två ansåg G:s handlande inte var att anse som vilseledande.

Detta fall illustrerar således att det krävs ett illojalt beteende för att ansvar för culpa in contrahendo ska kunna göras gällande.⁴¹ Paralleller kan dras mellan detta fall och NJA 1985 s 178, det så kallade Järnsida-målet.⁴²

I detta fall var det fråga om ett parti fartygsplåt som levererats till Kalmar varv, som kommit i betalningssvårigheter varvid leverantören Järnsida vägrat leverera ytterligare partier. Först sedan Kalmar varv sade sig ha fått ekonomiskt stöd av staten och därmed var betalningsdugligt återupptogs leveranserna. Något ekonomiskt stöd betalades inte ut varvid varvet gick i konkurs. Järnsida yrkade därmed att köpeavtalet skulle anses ogiltigt och att Järnsida i och med det skulle få tillbaka plåten från konkursboet. HD fann ej att varvet avsiktligt vilselett sin motpart angående sin betalningsförmåga, men Järnsidas talan bifölls likafullt med stöd av *förutsättningsläran*, som inte närmare ska behandlas här.

Medan det i NJA 1963 s 105 var fråga om skadestånd på grund av culpa in contrahendo handlade NJA 1985 s 178 om ogiltighet där förutsättningsläran tillämpades. I båda fallen har den skadelidande trots att de kunnat förlita sig på den information de fått av respektive motpart och agerat med utgångspunkt från dessa upplysningar med följd att de båda led ekonomisk skada. Kleineman framhåller att det förelegat en *faktisk tillit* till denna information och denna tillit har ansetts befogad enligt HD, som även ansett att de respektive skadevållarna har agerat vårdslöst genom att förmedla den felaktiga informationen. Konsekvensen härav anser Kleineman därför vara att man ”utifrån helt olika rättsliga principer, förutsättningsläran respektive läran om culpa in contrahendo, kan ingripa mot den som oaktsamt vilseleder

⁴¹ J. Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 1993, s. 38.

⁴² J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987, s. 430f.

någon vid avtalsförhandlingar.”⁴³ Kleineman använder inte begreppet lojalitetsplikt här utan talar om en tillitsteoretisk utgångspunkt vid bedömandet om skadeståndsansvar föreligger vid vilseledande vid avtalsförhandlingar.⁴⁴

När det gäller frågan om skadestånd även hade kunnat aktualiseras i 1985 års fall anser Kleineman att då varvet handlade oaktsamt och därigenom vilseledde leverantören skulle det vara naturligt att utdöma skadestånd till leverantören för de kostnader vilseledandet medfört. Men då vilseledandet ledde till att rädda Järnsida från en än större förlust; att få bevaka en oprioriterad fordran i varvets konkurs, ger i sin tur upphov till frågan i vilken utsträckning vilseledandet orsakat någon skada.⁴⁵

NJA 1963 s 105 är det enda rättsfall i modern tid där HD har ansett att ett skadeståndsansvar har förelegat på grund av principen culpa in contrahendo då något avtal inte har kommit till stånd.

2.3.1.1 NJA 1963 s 105 och 25 § AvtL

I NJA 1963 s 105 var det även fråga om en mellanmanssituation, eftersom G vid anställandet av E uppträdde som företrädare för det colombianska bolaget, då han endast var delägare i detta.

Vid en mellanmanssituation är rättsföljden normalt att mellanmannen själv blir obunden av avtalet. I de fall där fullmäktigen överskridit sin behörighet eller helt saknar behövlig fullmakt och där huvudmannen ej kan göras ansvarig ådrar sig emellertid fullmäktigen ansvar enligt 25 § AvtL, där stadgandet om *falsus procurator* återfinns. I denna paragraf stadgas att den som uppträder som fullmäktig för annan ansvarar för att han har erforderlig fullmakt, och skulle sådan saknas ådrar sig fullmäktigen ansvar för den skada som orsakats godtroende tredje man genom att denne inte kan göra avtalet gällande gentemot huvudmannen. Mellanmannen kan dock inte åläggas att träda in i huvudmannens ställe och därmed tvingas fullgöra avtalet, utan kan endast göras skadeståndsansvarig och då enligt principerna om det positiva kontraktsintresset; ”all skada” enligt lagrummets lydelse.⁴⁶

När det som i NJA 1963 s 105 inte går att styrka att mellanmannen handlat såsom fullmäktig, men då han ändå orsakat tredje man skada, kan endast allmänna skadeståndsrättsliga regler göras gällande, det vill säga att den som uppträtt som mellanman i en sådan situation blir skadeståndsskyldig intill det negativa kontraktsintresset.⁴⁷

Denna uppdelning mellan ansvar enligt 25 § AvtL och ansvar enligt dess analoga tillämpning i NJA 1963 s 105 har kritiserats av Kleineman. Han

⁴³ Ibid.

⁴⁴ J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987, s. 467.

⁴⁵ J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987, s. 427.

⁴⁶ J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987, s. 471f.

⁴⁷ H. Tiberg & R. Dotewall, Mellanmansrätt, 2000, s. 76.

menar att när mellanmannens beteende, som i detta fall, är besläktat med principen om falsus procurator ter det sig märkligt att åtskilja ersättningsansvaret genom att göra gällande att 25 § AvtL skulle avse det positiva kontraktsintresset medan ansvaret vid culpa in contrahendo endast skulle motsvara det negativa kontraktsintresset.⁴⁸ Istället förespråkar Kleineman ett culpaansvar som har sin grund i en analys av den befogade faktiska tilliten som tredje man hyst till den av mellanmannen förmedlade informationen och att mellanmannen insett eller bort ha insett informationens tillitsskapande effekt.⁴⁹ Vidare anser Kleineman att den avgörande skillnaden i storleken av ersättningsansvaret bör vara om ansvaret anses vara att hänföra till ett garantiåtagande eller till ett vilseledande av annat slag.⁵⁰

2.3.2 NJA 1978 s 147 och NJA 1990 s 745

NJA 1978 s 147

Bakgrunden till detta fall var ett projekteringsavtal som hade ingåtts mellan ägaren till en nybyggd fastighet och ett livsmedelsföretag. Detta avtal hade ingåtts muntligen och innebar att lokaler i nybyggnaden skulle projekteras för en livsmedelsbutik. När lokalerna var färdigställda skulle livsmedelsföretaget hyra dem eller förvärva dem i form av bostadsrätt. I avtalet ingick att fastighetsägaren skulle ta hänsyn till hänvisningar som livsmedelsbolaget lämnat vid utformandet av lokalen. Livsmedelsföretaget meddelade efter en tid att man beslutat avstå från etableringen efter en genomförd marknadsundersökning. Vid detta tillfälle hade fastighetsägaren redan dragit på sig stora kostnader på grund av det muntliga avtalet och hade mycket svårt att finna en ny hyresgäst och tvingades bygga om lokalerna. Fastighetsägaren stämde därför livsmedelsföretaget och yrkade på ersättning för dessa kostnader och för uteblivna hyresintäkter. Talan grundades i första hand på att det muntliga avtalet innebar en skyldighet för företaget att hyra lokalen och att ett avtalsbrott därmed förelåg. I andra hand hävdade fastighetsägaren att svaranden gjort sig skyldig till culpa in contractu eller in contrahendo då denne förfarit vårdslöst genom sitt uppträdande och ingivit käranden uppfattningen att ett avtal skulle komma till stånd och att kostnaderna för projekteringen skulle ersättas.

HD fann i likhet med underrätterna att projekteringsavtalet var alltför lösligt för att medföra någon skyldighet för någondera part att teckna upplåtelseavtal, utan avtalet gav endast upphov till förpliktelser för parterna att samarbeta med sikte på framtida avtal och ta viss hänsyn till den andres intressen. HD konstaterade att det vid ingåendet av projekteringsavtalet måste ha stått klart för båda parter att möjligheten att ingå ett senare upplåtelseavtal berodde på vissa osäkra faktorer och att det därför innebar ett risktagande att för fastighetsägaren att fortgå med planering och inredning av lokalen enligt motpartens önskemål. Emellertid ansåg HD att livsmedelsföretaget varit skyldigt att lojalt medverka till ett slutligt avgörande angående etableringen innan motparten ådragit sig mera omfattande kostnader men man menade också att livsmedelsföretaget hade fog att förutsätta att motparten själv skulle kunna tillvarata sina intressen utan att det behövdes några särskilda initiativ från företagets sida. HD fann

⁴⁸ J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987, s. 482.

⁴⁹ J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987, s. 482ff.

⁵⁰ J. Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987, s. 433.

det inte styrkt att livsmedelsföretaget hade brustit i vad som ålegat dem enligt HD och något skadestånd dömdes följaktligen inte ut.

NJA 1990 s 745

Ett ytterligare fall där skadestånd inte har dömts ut är NJA 1990 s. 745. I detta fall hade ett bolag, kallat SRM, förvärvat licensrättigheter angående en vakuumpump genom ett optionsavtal avseende en begränsad tid. Avtalet gav bolaget rätt att före avtalstidens slut träffa ett slutligt licensavtal. Efter ingåendet av optionsavtalet inledde SRM förhandlingar med företagaren Bertil L angående återförsäljarrätt till pumpen. Förhandlingarna inleddes i januari 1981. I maj samma år erhöll Bertil L ett brev från SRM som han uppfattade som ett *letter of intent*, och han fick den uppfattningen att bolaget hade för avsikt att ingå återförsäljaravtal med honom. Bertil L startade med sitt marknadsföringsarbete avseende pumpen och höll SRM underrättade om sina åtgärden som dock höll sig passiva. I maj 1982 meddelade SRM, som nu hade erhållit ett slutligt licensavtal, att bolaget förhandlade med annan part om försäljningsrätten av vakuumpumpen. Bertil L stämde SRM för kontraktsbrott vid Stockholms tingsrätt, som dock inte biföll dennes talan. I HovR tillade Bertil L som andrahandsyrkande att SRM på grund av culpa *in contrahendo* var skadeståndsskyldigt. HovR ansåg att varken kontaktsbrott eller culpa *in contrahendo* förelåg varför Bertil L överklagade domen till HD.

HD ansåg i likhet med HovR att något bindande återförsäljningsavtal inte hade kommit till stånd. Ej heller ansågs det brev som SRM skickat i maj 1981 utgöra ett *letter of intent*, varken innehållet, tillkomstsättet eller övriga förhållanden talade för att SRM kunde anses ha givit en bindande avsiktsförklaring. När det gällde bedömningen om SRM gjort sig skyldigt till culpa *in contrahendo* menade HD att brevets karaktär inte hade någon avgörande betydelse, utan domstolen tog istället omfattningen av avtalsförhandlingarna som utgångspunkt för sin bedömning. HD konstaterade att förhandlingarna under våren 1981 nått så pass långt att det hade uppkommit en viss förpliktelse för SRM att ta hänsyn till Bertil L:s intressen, och om bolaget hade uppträtt illojalt borde skadeståndsskyldighet uppkomma för de kostnader Bertil L hade ådragit sig. Emellertid fann HD att det måste ha stått klart för parterna möjligheterna till ett avtal berodde på flera osäkra faktorer och att marknadsföringsarbetet innebar ett risktagande för Bertil L, som enligt HD måste ha insett att hans försäljningsresultat (endast en pump hade sålts) skulle ha betydelse för bolagets bedömning om att ingå ett återförsäljaravtal. Även det dröjsmål som SRM gjort sig skyldig till då man dröjde med att lämna negativt besked till Bertil L angående återförsäljarrätten, trots att man hade beslutat att denne ej var aktuell som återförsäljare ansåg HD ej vara av den beskaffenhet att den skulle utlösa skadeståndsskyldighet, särskilt då Bertil L ej kunnat visa att han under denna tid haft stora kostnader för försäljningsverksamheten.

Till skillnad från ovan behandlade NJA 1963 s 105 utgick det således inte ersättning enligt principen om culpa *in contrahendo* i dessa två fall. Kleineman framhåller att fallen visar att det i svensk rätt finns en acceptans av principen om skadeståndsansvar i en culpa *in contrahendo*-situation, men frågan om och när ett sådant ansvar ska inträffa måste besvaras utifrån en analys av omständigheterna i varje enskilt fall.⁵¹

⁵¹ J. Kleineman, JT 1991/92, s. 133.

Kleineman menar att man inte bara måste pröva om den skadelidande har ådragit sig kostnader utan också om det var befogat att vidta dessa åtgärder på grundval av skadevållarens uppträdande.⁵² I NJA 1963 s 105 ansågs det således befogat av den svenske affärsmannen att avveckla sin rörelse och ådra sig diverse kostnader då han hade försäkrats om att bolagsstämmans godkännande var en ren formalitet medan det i de två andra fallen ansåg HD att man får räkna med ett visst risktagande i avtalsförhandlingar. Hänsyn måste också tas till hur långt avtalsförhandlingarna har nått, i NJA 1990 s 745 menade HD att frågan om hur det ifrågavarande brevet ska rubriceras inte hade någon avgörande betydelse, utan utgångspunkten för bedömningen var om förhandlingarna nått så långt att det har uppkommit en plikt att ta hänsyn till sin motparts intressen. Kleineman menar att detta uttalande från HD visar på att det finns ”en övergripande rättsprincip varigenom den som genom *dolus eller culpa in contrahendo* orsakar någon skada kan bli skadeståndsskyldig”.⁵³

Vidare hävdar Kleineman att culpabedömningen bör i fall med kommersiella aktörer ha sin utgångspunkt i en affärsetisk norm, utifrån vilken man måste ställa frågan om skadevållaren borde ha insett att hans beteende kunnat orsaka den uppkomna skadan, vilket i sin tur innebär en bedömning av om han kunnat förutse sin motparts reaktion på detta beteende. Även den skadelidandes beteende är av intresse för culpabedömningen; Kleineman visar som exempel på detta HD:s motivering i NJA 1990 s 745, där HD menade att Bertil L ”måste ha insett” att hans försäljningsinsats skulle ha betydelse i avtalsfrågan, något som Kleineman anser vara tecken på att HD ansåg att Bertil L inte kunde hysa tillit till att ett klagande från bolaget angående hans marknadsföringskostnader utgjorde befogad grund för honom att anta att han också skulle få ersättning för dessa, varvid den slutsats kan dras att bolagets passivitet inte givit Bertil L fog för att förutsätta att han skulle erhålla den slutliga försäljningsrätten.⁵⁴

Oavsett bedömningen i det enskilda fallet anser dock Kleineman att den så kallade culpatröskeln får anses ligga högt vid inträdande av ansvar i prekontraktuella situationer; endast ett kvalificerat oetiskt uppträdande hos den som avbryter avtalsförhandlingar kan leda till skadeståndsskyldighet.⁵⁵

En annan åsikt angående culpabedömning vid fråga om en culpa in contrahendo-situation har framförts av Adlercreutz. Han anser att HD:s prövning i NJA 1978 s 147 där domstolen inte ansåg det styrkt att livsmedelsföretaget brustit i vad som ålegat företaget, utgör en otillräcklig och stram culpabedömning. Han frågar sig om ett beteende måste ses som klandervärt för att ersättning ska utgå i prekontraktuella situationer, och hävdar att det finns andra bedömningsprinciper och menar att han för egen del hade kunnat döma ut ersättning för flyttkostnader i NJA 1963 s 105

⁵² Ibid.

⁵³ J. Kleineman, JT 1991/92, s. 138.

⁵⁴ J. Kleineman, JT 1991/92, s. 139.

⁵⁵ J. Kleineman, JT 1991/92, s. 140.

oavsett om G handlat försumligt eller ej. Istället förespråkar han en rimlig *riskfördelningsprincip*, något som skulle ha givit samma utslag då G var den som stod närmast att bära risken för de kostnader som E ådrog sig med G:s goda minne på grund av det ofullständiga avtalet dem i mellan. Adlercreutz menar således att då man genom en culpabedömning inte kan urskilja ansvar, bör man istället utröna ”vilken av parterna som är närmast att stå risken för att en åtgärd blivit onyttig genom att avtalet inte fullföljs”.⁵⁶

2.3.2.1 Culpa in contrahendo och lojalitetsplikt

Som nämnts nedan har dessa rättsfall tagits som intäkt för att det föreligger en prekontraktuell lojalitetsplikt. I detta sammanhang uttalar Nicander här att det till synes avgörande för frågan om en lojalitetsplikt kan uppkomma under avtalsförhandlingar är i vilken utsträckning motparten har ådragit sig kostnader och har giltiga skäl för detta handlande i tron att avtal kommer att slutas.⁵⁷ *Johnny Herre* ansluter sig till denna bedömning och menar att dessa fall åskådliggör att parter enligt svensk rätt i en förhandlingssituation kan nå ett skede då de är skyldiga att iaktta motpartens intressen och agera lojalt; där lojalitetsplikten kan bestå i att informera sin motpart om vilka beslut som har fattats som är av avgörande karaktär för förhandlingarna eller att agera utan längre dröjsmål när man insett att motparten riskerar att dra på sig kostnader då denne väntar på att avtal ska komma till stånd.⁵⁸

Votinius menar emellertid att domen i 1978 års fall är motsägelsefull, då HD först slog fast att parterna genom projekteringsavtalet åtagit sig att samarbeta och ta hänsyn till varandras intressen och att livsmedelsföretaget hade brustit i denna skyldighet. Efter detta konstaterande menade HD dock att man i ett affärsförhållande av detta slag kan utgå från att motparten kan ta vara på sina egna intressen, vilket enligt Votinius inte är i överensstämmelse med det tidigare uttalandet. Han menar att å ena sidan förutsätts parterna vara skyldiga att ta hänsyn till den andres intressen utöver sina uttryckliga åtaganden, å andra sidan antas parterna inte vara skyldiga att uppmärksamma varandras intressen, då man inte givit löfte avseende en framtida etablering. Detta visar enligt Votinius på att det finns en konflikt i svensk rätt mellan vad han benämner den rättvisebaserade kontraktssynen (där lojalitetsplikten inryms) och den mer traditionella löftesbaserade synen på kontraktet.⁵⁹

2.3.3 Skadeståndsberäkningen

I fall där ett prekontraktuellt skadeståndsansvar kan aktualiseras diskuteras också hur en sådan skadeståndsberäkning ska se ut och vilka principer som ska användas vid bestämmandet av ersättnings storlek. I detta sammanhang nämns ofta termerna *positivt* respektive *negativt*

⁵⁶ A. Adlercreutz, SvJT 1987, s. 512.

⁵⁷ H. Nicander, JT1995/96, s. 47.

⁵⁸ J. Herre, SvJT 2005, s. 643.

⁵⁹ S. Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, 2004, s. 235f.

kontraktssintresse. Dessa termer har berörts översiktligt ovan, emellertid krävs det en mer ingående presentation av deras betydelse.

Huvudregeln gällande beräkning av ersättning för ren förmögenhetsskada vid kontraktsbrott är att den skadelidande ska försättas i samma ställning som om avtalet hade uppfyllts enligt överenskommelse, denna ersättning sägs motsvara det positiva kontraktssintresset och ger den skadelidande rätt till ersättning upp till den vinst som denne skulle ha gjort om avtalet hade fullgjorts på riktigt sätt.⁶⁰

När det är fråga om prekontraktuellt ansvar i en situation där avtal inte har slutits är det inte vara fråga om något egentligt kontraktsbrott, utan snarare ses det som en utomobligatorisk skyldighet att utge ersättning menar Hellner. I denna situation talas det därför istället om skadestånd beräknat till det negativa kontraktssintresset och kan omfatta förhandlingskostnader och kostnader för fullgörande, vilka är onödiga när inget avtal kommer till stånd. Även denna beräkningsprincip kan innefatta ersättning för den vinst som den skadelidande skulle ha erhållit genom ett annat avtal som inte ingicks på grund av att det första avtalet inte kom till stånd.⁶¹ Ett skadestånd beräknat efter det negativa kontraktssintresset blir vanligtvis lägre än skadestånd beräknat enligt det positiva kontraktssintresset, och ofta görs den reservationen att skadeståndet inte får överstiga det positiva intressets storlek, men *Knut Rodhe* anser att någon allmän regel om att skadestånd vid culpa in contrahendo alltid ska beräknas enligt det negativa intresset inte finns i svensk rätt.⁶²

Beräkning enligt det negativa kontraktssintresset kan även ske i andra fall, om än det positiva kontraktssintresset utgör normen. I fall där ersättning enligt det positiva intresset skulle vara lika med noll eller mycket litet, kan en beräkning enligt det negativa intresset vara att föredra då en kännbar påverkan för skadevällaren kan vara lämplig påpekar Rodhe.⁶³

⁶⁰ J. Hellner, Speciell avtalsrätt 2, Kontraktssätt 2 häftet Allmänna ämnen, 1996, s. 207f.

⁶¹ Ibid.

⁶² K. Rodhe, Obligationsrätt, 1956, s. 495f.

⁶³ K. Rodhe, Obligationsrätt, 1956, s. 493.

3 Avsiktsförklaringar och prekontraktuellt ansvar

3.1 Allmänt om avtalsbundenhet och avsiktsförklaringar

En grundläggande princip inom avtalsrätten är avtalsfriheten, det vill säga att det står fritt för parter att ingå avtal, att välja avtalspart samt att styra över avtalsinnehållet. Av denna frihet följer emellertid vissa skyldigheter, varav förpliktelsen för avtalspart att infria avtalsvillkoren, avtalsbundenheten, är en elementär sådan.⁶⁴ Frågan är då när denna bundenhet träder i kraft för avtalspart.

Den dispositiva avtalslagen utgår från modellen att avtal sluts genom anbud och accept, där de två avtalsparternas viljeförklaringar är ensidigt bindande. Detta kännetecknar den så kallade löftesprincipen som avtalslagen bygger på.⁶⁵ Denna modell anses inte alltid fungera tillfredsställande, då den inte är anpassad efter den moderna tidens förhållanden och Hellner gör gällande att inte går att vänta sig att dessa lagregler löser alla de problem som kan uppkomma inom dagens avtalsrätt.⁶⁶ En fråga som diskuteras är när bundenhet egentligen kan sägas inträda i avtalsförhandlingar. När det gäller avtalsslut i samband med förhandlingar måste man därför utskilja förhandlingsstadiet från den tidpunkt då bindande viljeförklaringar kan sägas föreligga.⁶⁷ Adlercreutz har här definierat olika stadier i långdragna avtalsförhandlingar för att kunna avgöra när en bundenhet har kommit till stånd:⁶⁸

- A. förhandlingsstadiet
- B. enighet uppnås om huvudpunkter, vilket ofta stadgas i någon form av avsiktsförklaring där parterna fastställer sina respektive avsikter att ingå avtal efter ytterligare förhandlingar.
- C. Skriftligt kontrakt undertecknas
- D. Verkställighetsstadiet

Enligt Adlercreutz medför inte förhandlingsstadiet (A) några rättsverkningar om det inte leder till avtal. Förhandlingsbud utgör således inga bindande anbud och kan utan rättsligt efterspel dras tillbaka, och de eventuella förhandlingskostnader som uppkommit får part stå för själv. Det är först under stadiet B som bundenhet eller andra rättsföljder kan komma i fråga, och då särskilt om enigheten resulterar i någon form av överenskommelse.

⁶⁴ J. Ramberg, & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 24.

⁶⁵ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 50f.

⁶⁶ J. Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 1993, s. 29.

⁶⁷ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 68.

⁶⁸ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002 s. 114.

Adlercreutz skiljer här på ingånget föravtal och avsiktsförklaring. Han menar att föravtal utgör en i princip bindande handling (dock inte vid köp av fast egendom), som fungerar som en utfästelse att ingå avtal i framtiden. En avsiktsförklaring även kallad letter of intent, är till skillnad från föravtalet ingen juridiskt bindande handling i sig, utan utgör ett dokument som stadgar att parterna är överens om att delta i fortsatta förhandlingar med inställning på att nå ett slutligt avtal.⁶⁹ Ramberg & Ramberg å sin sida anser att även om det vore önskvärt dela upp föravtal och letter of intent i olika grupper, där avtal i den förra gruppen skulle klassificeras som bindande medan rättshandlingar i den senare gruppen skulle ses som icke-bindande utfästelser, fungerar det inte i praktiken. Ett närmare granskande av själva avtalstexten och övriga omständigheter bör enligt Ramberg & Ramberg vara avgörande för att utröna i vilken utsträckning parterna anser sig bundna av rättshandlingen, och inte hur de har valt att rubricera dokumentet.⁷⁰ Hellner anser att om parterna tvistar om huruvida ett bindande avtal föreligger eller om det endast är fråga om ett letter of intent, så föreligger en tolkningsfråga där rättshandlingens rubricering utgör en stark indikation, men inte avgörande för tvistens utgång.⁷¹

3.1.1 Definitioner

Det förekommer flera olika benämningar i doktrinen avseende rättshandlingen avsiktsförklaring. Det finns en mängd synonymer för denna rättshandling; däribland letter of intent som torde vara den mest använda benämningen, men också heads of agreement, agreement in principle, term sheet och på svenska principavtal eller principöverenskommelse.⁷² Ofta sker en förväxling mellan denna typ av avsiktsförklaring och en annan typ av besläktad handling som också brukar benämnas letter of intent, det så kallade letter of comfort, även benämnt letter of awareness, letter of responsibility, letter of support samt de svenska benämningarna stödförklaring eller stödbrev. Denna rättshandling används i koncernförhållanden där moderbolaget uttalar en avsikt att stödja sitt dotterbolag i dess åtaganden samt verka för att de blir uppfyllda.⁷³ Syftet bakom en sådan handling är främst att moderbolaget vill undvika att redovisa ett borgensåtagande i sin årsredovisning, något som bolaget är skyldigt att göra vid en ingången borgensförbindelse.⁷⁴

Letter of comfort har vissa likheter med letter of intent enligt Hellner. De utgör båda rättshandlingar med osäkra rättsverkningar. Deras moraliska verkan är dock stor, särskilt när det gäller hur ett företags goodwill värderas och möjligheten för ett företag att fortsättningsvis kunna driva sin verksamhet och uppbära krediter. Det föreligger också väsentliga skillnader

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 86.

⁷¹ J. Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 1993, s. 37.

⁷² J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 85.

⁷³ J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 191.

⁷⁴ J. Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 1993, s. 79.

mellan de två handlingarna, bland annat då letters of comfort kan anses vara bindande juridiskt på ett annat sätt, samt att letters of comfort inte väntas leda till slutgiltigt avtal (borgensförbindelse) till skillnad från ett letter of intent som just har detta syfte.⁷⁵

3.2 Närmare om rättshandlingen Letter of intent

Syftet med ett letter of intent kan variera, till exempel kan det vara fråga om att utöva en psykologisk påtryckning gentemot motparten, att få en garanti för att känslig information inte läcker ut till annan, eller att trygga en rätt till exklusiv förhandlingsrätt, det vill säga motverka förekomsten av parallella förhandlingar med utomstående.⁷⁶ Innehållet kan också vara av skiftande art och kan vara allt från svävande uttalanden om att det parterna har en gemensam föresats att sträva mot ett slutligt avtal, till i det närmaste färdigt avtal med de åtaganden som ett sådant medför.⁷⁷ Här kan letter of intent delas in i två grupper; de som endast innehåller en avsiktsförklaring utan några bindande villkor och de som innehåller förpliktelser i form av bindande klausuler. Dessa klausuler kan vara sekretessförpliktelser, ansvar för kostnader och skiljeklausuler.⁷⁸ Dessa bestämmelser är juridiskt bindande även om inte huvuddelen av rättshandlingen inte är det och även om inget slutligt avtal kommer till stånd.⁷⁹ Skulle någon av avtalsparterna bryta mot en klausul med bindande juridisk verkan, blir denne skadeståndskyldig på grund av kontraktsbrott.⁸⁰

Att ett utfärdat letter of intent utan särskilt bindande klausuler inte leder till juridisk bundenhet står tämligen klart men den viktiga frågan blir ofta vilken betydelse ett letter of intent har när en av parterna drar sig ur förhandlingarna. Svensk praxis på området är tunn, troligtvis beroende på att tvister av sådan art nästan aldrig når HD.

Ett fall som behandlar frågan om verkan av letter of intent är *NJA 1977 s. 92*. I detta fall var det fråga om ett svenskt bolag, Scania-Vabis (S) som bedrev förhandlingar med den libanesiske medborgaren B angående valet av B som representant för S i Syrien. I ett brev till B sade sig S vara villigt att träffa en uppgörelse med denne på vissa i brevet angivna villkor och B skulle tillsändas nödvändiga avtal så snart S mottagit hans godkännande av villkoren i brevet. B godkände brevet innehåll men trots detta upprättades det inte något avtal angående B:s representation, utan endast ett avtal om försäljning av vissa av S:s produkter träffades. I praktiken fungerade han dock som S:s representant. Tvist uppkom efter en tid angående frågan om representation varvid B stämde S och yrkande att bindande avtal kommit till stånd genom hans godkännande av det brev S skickat honom.

⁷⁵ J. Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, 1993, s. 81.

⁷⁶ J. Ramberg & C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2003, s. 86.

⁷⁷ S. Holmgren & D. Lundqvist, *Letter of intent - värt mer än pappret?*, 1988, s. 41.

⁷⁸ A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 114.

⁷⁹ J. Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, 1993, s. 37.

⁸⁰ J. Ramberg & C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2003, s. 86.

HD ansåg att ett bindande avtal mellan parterna hade kommit till stånd, dock inte på grund av B:s godkännande av S:s brev utan det avgörande i målet var att S efter detta uppträtt på ett sätt som gav B intryck av att S ansåg att avtal mellan parterna förelåg avseende B som representant för S i Syrien och att bolagets uppträdande varit ägnat att stärka B:s uppfattning att så var fallet. HD ansåg till skillnad från underrätterna att det förelåg ett avtal med det innehåll som fanns i bolagets brev till B och att B följaktligen var att se som bolagets representant.

I detta fall kan det urskiljas tre olika moment som hade till följd att HD ansåg att avtal kommit till stånd enligt *Sven Holmgren & Dick Lundqvist*.⁸¹

- det förekom förhandlingar som ledde till enighet i stora drag
- bolaget förhöll sig passiva
- bolagets uppförande gav B stöd för uppfattningen att godkännandet av brevet lett till avtal

Rättsfaktum i målet var följaktligen inte bara brevet som en avsiktsförklaring utan även det efterföljande handlandet på bolagets sida. Adlercreutz benämner detta för ett komplext rättsfaktum, sammansatt av ett ofullständigt avtal och därpå inträffade handlingar och underlåtenheter.⁸² Hellner anser dock att HD:s metod är ”extremt subjektivistisk”, då man väger de olika händelserna mot varandra och därvid tar hänsyn till vad part insett eller bort inse om vad den andre parten ansåg att den förre parten avsett. Han förespråkar istället ett mer objektivt tillvägagångssätt för att bedöma vad som skett men ger också rådet till part som överväger att ingå avtal att man bör uttrycka sig så klart som möjligt så att det inte råder något tvivel om vad man avser samt att vara uppmärksam på motpartens beteende och om denne uppfattar exempelvis ett meddelande på ett sätt man ej ämnat, omedelbart ta denne ur den villfarelsen.⁸³ *Kurt Grönfors* drar den slutsatsen av rättsfallet att det ankommer på den som vill skjuta fram sitt definitiva beslut om avtals ingående att verkligen klarlägga detta för motparten och denne är då fri att dra sig ur förhandlingarna.⁸⁴

Till detta fall kan man knyta Adlercreutz resonemang om de fall där påbörjad uppfyllelse av avtal föreligger.⁸⁵ Det kan röra sig om fall där verkställighet enligt stadiet D (se ovan) har påbörjats innan avtalet undertecknats, vilket motsvarar stadium C. Han ger följande exempel: Parterna har exempelvis startat samarbetet utan att den ene partens överordnade slutligt godkänt avtalet. Denne ger dock sin motpart intrycket av att godkännandet bara är en ren formalitet, som inte utgör något hinder för avtal. Detta godkännande uteblir dock och parten drar sig ur avtalet och hävdar att inget slutligt avtal träffats med hänvisning till detta uteblivna godkännande. Frågan är då vilka rättsverkningar ett sådant scenario ger upphov till. Adlercreutz menar att även om själva principöverenskommelsen

⁸¹ S. Holmgren & D. Lundqvist, Letter of intent - värt mer än pappret?, 1988, s. 51.

⁸² A. Adlercreutz, SvJT 1987, s. 500.

⁸³ J. Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 1993, s. 32.

⁸⁴ K. Grönfors, Avtalslagen, 1989, s. 38.

⁸⁵ A. Adlercreutz, SvJT 1987, s. 498f.

eller avsiktsförklaringen inte i sig kan leda till avtalsbundenhet eller ersättningsskyldighet, kan rättsverkningar uppkomma genom parts beteende när denne uppträder som om avtal är slutet. Brister kan således botas genom konkludent handlande vilket då kan leda till avtalsbundenhet, såsom i NJA 1977 s 92, eller om detta inte längre är möjligt, istället till skadestånd.⁸⁶

I det ovan berörda rättsfallet NJA 1978 s 147 ansågs det muntliga projekteringsavtalet vara alltför obestämt för att det ens skulle kunna medföra någon som helst skyldighet för någon av parterna att sluta ett upplåtelseavtal. Det var följaktligen inte fråga om något bindande föravtal. Projekteringsavtalet gav emellertid upphov till ömsesidiga förpliktelser för parterna att samarbeta med sikte på en framtida lokalöverlåtelse samt ta skälig hänsyn till motpartens intressen, enligt HD:s domskäl. Adlercreutz menar att rättsfallet visar att en nödvändig förutsättning för att en ren avsiktsförklaring ska kunna leda till skadeståndsansvar är förekomsten av culpa in contrahendo där avsiktsförklaringen har betydelse som styrinstrument för culpabedömningen.⁸⁷

I NJA 1990 s 745, också det behandlat ovan, menade HD att det brev som ena parten åberopat som ett letter of intent inte kunde uppfattas som ett sådant eftersom varken dess innehåll eller övriga omständigheter talade för att bolaget avsett att avge en uttrycklig avsiktsförklaring, men oavsett om så var fallet eller inte var detta inte av avgörande betydelse enligt domstolen. Oavsett om det förelåg ett letter of intent eller ej, var det väsentliga enligt HD i detta fall frågan om förhandlingarna nått så långt att viss förpliktelse uppkommit för bolaget att ta hänsyn till L:s intressen. HD uttryckte även att det inte föreligger någon allmän uppfattning i svensk rätt om den rättsliga innebörden av letter of intent och att osäkerhet råder om de har några rättsverkningar när de saknar bindande klausuler.

Sammanfattningsvis kan det sägas att ett letter of intent utan bindande klausuler inte i sig kan medföra någon juridisk bundenhet, men en sådan avsiktsförklaring som ett letter of intent utgör, kan antas stärka den lojalitetsplikt som avtalsförhandlingar i sig kan ge upphov till, vilket kan leda till ett stärkt skadeståndsansvar enligt culpa in contrahendo.⁸⁸ Det är omständigheterna i varje enskilt fall som avgör vilken betydelse ett letter of intent har, och i affärsvärlden betraktas överlag ett letter of intent som juridiskt verkningslöst, som ”ett alternativ till ingen garanti överhuvudtaget för att avtal skall kunna komma till stånd” menar Holmgren & Lundqvist.⁸⁹ Ett letter of intent kan emellertid ge upphov till förpliktelser, exempelvis då part handlar såsom avtal är slutet och parterna påbörjar uppfyllelsen av avtalet. Detta konkludenta handlande kan således leda till att ett letter of

⁸⁶ A. Adlercreutz, SvJT 1987, s. 499.

⁸⁷ A. Adlercreutz, SvJT 1987, s. 502.

⁸⁸ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 115.

⁸⁹ S. Holmgren & D. Lundqvist, Letter of intent- värt mer än pappret?, 1988, s. 53.

intent kan behandlas som ett bindande avtal, om omständigheterna i det enskilda fallet indikerar detta.⁹⁰

Som nämnts ovan kan dock ett letter of intent medföra en moralisk bundenhet. I den undersökning Holmgren & Lundqvist genomfört anser de flesta tillfrågade företrädare för affärsvärlden att så är fallet. Risken att ådra sig ”badwill” kan vara stor om man som företag väljer att inte fullfölja ett upprättat letter of intent och det anses viktigt att väna om sitt renommé. Att inte slutföra påbörjade förhandlingar kan enligt författarna således skada ett företags namn och rykte, vilket i förlängningen kan leda till företagets affärsförbindelser försämras med ekonomisk förlust som följd.⁹¹

Vanligt förekommande i upprättade letter of intent är klausuler eller förklaringar om att parterna ska handla lojalt gentemot varandra. Dessa är inte juridiskt bindande men fungerar som en moralisk påtryckning. I amerikansk rätt kan ett åsidosättande av en sådan klausul leda till ersättningsansvar på grund av ”misrepresentation”. I svensk rätt finns det som det framgått ovan ingen praxis på området, dock skulle ett ansvar grundat på culpa in contrahendo kunna komma på fråga.⁹²

3.3 Närmare om letter comfort

Som nämnts ovan är rättshandlingen letter of comfort nära besläktad med letter of intent och ofta förväxlas beteckningarna. Letter of comfort är vanligt förekommande av moderbolag som utan att ingå borgensförbindelse, avser att stödja ett dotterbolag i dess relationer med andra företag. Visserligen handlar det här inte om avtalsförhandlingar som är ämnade att leda till slutligt avtal, men jag har valt att behandla denna rättshandling, om än något översiktligt, då det är fråga om ansvar i samband med affärsavtal. Frågan om betydelsen av ett letter of comfort har varit uppe till HD:s bedömning tre gånger under 1990-talet, praxis är således mer uttömmande på detta område än den är angående letter of intent.

I *NJA 1992 s 375* hade en kommun utfärdat ett letter of comfort (benämningen letter of intent användes dock av kommunen) som innehöll en utfästelse till stöd för ett kommunalägt bolag. Utfästelsen ansågs inte bindande då den utfärdats av kommunstyrelsens ordförande samt kommunens kanslichef, för bundenhet krävdes ett beslut av kommunfullmäktige. Frågan blev därefter om kommunen kunde anses skadeståndsskyldig på grund av att man lämnat felaktiga uppgifter till banken samt underlåtit att meddela om ändrade förhållanden. HD menade att så kunde vara fallet men banken var emellertid så pass involverad i projektet att den hade tillgång till samma information som kommunens företrädare att skadeståndsskyldighet enligt ett culpa in contrahendo-resonemang inte kunde aktualiseras på denna grund. HD uttalade att frågan huruvida en bindande utfästelse har kommit till stånd får lösas enligt vanliga principer för avtalstolkning, men tog inte ställning i detta fall då ett rättsligt bindande stödbrev inte kommit till stånd enligt kommunalrättsliga regler.

⁹⁰ S. Holmgren & D. Lundqvist, *Letter of intent- värt mer än pappret?*, 1988, s. 63.

⁹¹ S. Holmgren & D. Lundqvist, *Letter of intent- värt mer än pappret?*, 1988, s. 54ff.

⁹² S. Holmgren & D. Lundqvist, *Letter of intent- värt mer än pappret?*, 1988, s. 57.

I *NJA 1994 s 204* hade ett stödbrev utfärdats av ett moderbolag, kallat SUAB, till förmån för ett dotterbolag, Ljusne Kätting, för att förmå en leverantör att leverera ett parti stål till Ljusne Kätting som vid tillfället drogs med likviditetsproblem och som senare gick i konkurs. HD ansåg att brevet i sig inte innebar ett bindande borgensåtagande men SUAB ansågs emellertid ansvarigt gentemot leverantören till följd av det upprättade stödbrevet och omständigheterna i övrigt. SUAB hade enligt HD genom stödbrevet givit leverantören fog att räkna med att SUAB inte skulle frångå den i brevet uttalade avsikten att vid behov stödja Ljusne Kätting, utan att underrätta leverantören i tid så att denne kunnat hålla inne leveransen. Vidare menade HD att det framgick klart att stödbrevet var en förutsättning för leverantörens prestation och domstolen ansåg därmed att SUAB hade ådragit sig skyldighet att ersätta leverantören för den skada denne vållats genom dotterbolagets konkurs.

I *NJA 1995 s 586* rörde det sig om två handlingar, benämnda letter of intent samt letter of awareness, vilka ett svenskt bolag utfärdat för att stödja sitt utländska dotterbolag i samband med lån hos en engelsk kreditgivare. HD hänvisade i domen till sina uttalanden i de tidigare fallen om användning av vanliga principer om avtalstolkning. I detta fall ansågs emellertid stödförklaringen i sig bindande. HD menade att då kreditgivaren ansåg stödbrevet utgöra en garanti medan moderbolaget inte avsåg att lämna en bindande utfästelse får avsiktsförklaringen ges den innebörd som själva lydelsen utvisar, och denna var enligt HD att se som bindande. Utfästelsen ansågs ej vara beroende på underförstådda förutsättningar.

I de två förstnämnda rättsfallen ansågs själva utfästelsen i sig inte bindande men ersättningskyldighet ansågs kunna uppkomma på grund av andra omständigheter. I *NJA 1992 s 375* var detta inte aktuellt eftersom avtalsparterna ansågs ha tillgång till samma information. HD menade här att skadeståndsskyldighet kunde uppkomma om felaktiga uppgifter lämnats i stödbrevet men att även ändrade förhållanden efter handlingens utförande skulle medföra en upplysningsplikt härom. Detta uttalande kan tolkas så att en försummelse av denna upplysningsplikt kan leda till skadeståndsansvar.⁹³

Då *NJA 1992 s 375* inte ledde till skadestånd blev emellertid utgången annorlunda i *NJA 1994 s 204*. Det uttryckssätt HD använde sig av i denna dom, att SUAB ”ådragit sig skyldighet att ersätta den skada”, kan tolkas som ett ansvar grundat på culpa in contrahendo.⁹⁴ Bolagets vårdslöshet utgjordes möjligtvis av uttryckssättet i brevet och omständigheterna vid dess tillkomst, men Adlercreutz påpekar i sin tolkning av fallet att det troligen framförallt var SUAB:s underlåtenhet att underrätta leverantören om att något stöd till Ljusne Kätting ej skulle utgå som var avgörande, något som hade givit leverantören möjlighet att utnyttja sin stoppningsrätt, och det förelåg följaktligen ett uppenbart kausalsamband mellan brevet och leveransen.⁹⁵ Ramberg manar dock till försiktighet vid tillämpning av rättsgrunden culpa in contrahendo, då saken kan ses så att leverantören var beredd att ta risken att leverera utan garanti för betalning av fakturan för att trygga en viktig kundförbindelse som kanske skulle komma att utvidgas till att omfatta andra bolag i samma koncern. Han drar här paralleller till *NJA 1990 s 745* där HD uttalade att frågan om ett bindande återförsäljaravtal

⁹³ J. Herre, SvJT 2005, s. 643.

⁹⁴ J. Ramberg, JT 1994/95, s.135.

⁹⁵ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s.116.

kommit till stånd berodde på flera osäkra faktorer och en återförsäljare måste inse att det innebär ett risktagande med fortsatt marknadsföringsarbete innan återförsäljaravtalet blivit definitivt.⁹⁶

Den slutsats som HD kom fram till i NJA 1995 s 586 har inte ansetts vara förenlig med 1994 års avgörande, då HD här ansåg avsiktsförklaringens lydelse vara det avgörande för bedömningen och det godtogs inte att utfästelsen skulle vara beroende av underförstådda förutsättningar, såsom att moderbolaget hamnat i oförutsedda ekonomiska svårigheter och därför inte kunde fullfölja den uttalade avsikten, eftersom en sådan förutsättning inte angivits i texten och motparten inte insett eller bort insett att stödbrevet var villkorat på ett sådant sätt.⁹⁷ Medan HD i NJA 1994 s 204 inte såg stödbrevet som en garanti i sig men där omständigheter i samband med dess tillkomst och även senare inträffade kunde medföra betalningsskyldighet så lade HD i NJA 1995 s 586 följaktligen endast vikt vid den språkliga innebörden av stödbrevet. *Michael Bogdan* kritiserar denna tolkning och menar att en avsiktsförklaring har i vardagsspråket ingen klar och etablerad betydelse men att HD förefaller att likställa en avsiktsförklaring med ett rent löfte utan hänsyn till eventuella underförstådda reservationer rörande framtida händelser.⁹⁸ Skulle detta avgörande ses som gällande svensk rätt menar Bogdan att användningen av *letters of comfort* kommer att minska om inte helt upphöra, då de främst har använts just därför de är tvetydiga, så att varje part kunde tolka dem olika, osäkra på vilken tolkning som skulle förordas av domstol. Att HD nu har uttalat att stödbrev är att se som garantier i sig leder följaktligen till att det inte lönar sig att uttrycka sig tvetydigt och det kommer inte heller längre att löna sig att använda sig av stödbrev för att avsiktligt skapa oklarhet, något som enligt Bogdan knappast utgör en förlust för det praktiska rättslivet.⁹⁹ Ramberg anser emellertid att de två motstridiga avgörandena från HD, medför att någon klarhet om rättsläget inte föreligger, men hoppas att domen i 1995 års fall ger avtalande parter incitament att inte avsiktligt eftersträva oklarhet vid utformning av stödbrev. Ett pleniavgörande vore önskvärt för att få fram en enhetlig ståndpunkt inom HD anser Ramberg.¹⁰⁰

Efter dessa HD-avgöranden har HovR i fallet T358-99 behandlat frågan om vilken betydelse ett *letter of comfort* har och kom fram till det ifrågasvarande åtagandet inte var bindande på grund av vissa förekommande omständigheter, man frångick således HD:s ståndpunkt i 1995 års fall, dock utan att motivera varför. *Lars Gorton* har kommenterat detta fall och menar att han inte motsätter sig HovR:s ställningstagande, utan att de problem som finns angående denna rättshandling har skapats av HD i 1995 års fall. Han hävdar att 1995 års fall möjligen inte ska ses så att HD förordar bokstavstolkning utan att resultatet av tolkningen snarare ska sökas i den

⁹⁶ J. Ramberg, JT 1994/95, s.136.

⁹⁷ M. Bogdan, Festskrift till Ramberg, 1996, s. 75.

⁹⁸ M. Bogdan, Festskrift till Ramberg, 1996, s. 77.

⁹⁹ M. Bogdan, Festskrift till Ramberg, 1996, s. 78.

¹⁰⁰ J. Ramberg, JT 1995/96, s.831f.

språkliga innebörden där hänsyn tas till det sammanhang i vilket stödbrevet tillkom. Gorton menar vidare att rättsläget angående betydelsen av ett letter of comfort visar att det är svårt att förutse hur avtalstolkning kommer att gestalta sig från fall till fall då domstolarna ger vissa omständigheter särskild betydelse i det enskilda fallet, och att det därför är komplicerat att ge råd om hur ett letter of comfort bör vara utformat.¹⁰¹

¹⁰¹ L. Gorton, Avtalslagen 90 år, 2005, 414f.

4 Prekontraktuellt ansvar och formkrav

4.1 Formkravet vid köp av fast egendom

Avtalslagen är som bekant inte tillämpliga på formalavtal enligt 1 § 3 st AvtL. Reglerna om anbud och accept som återfinns i 1 kap i AvtL är följaktligen inte tillämpliga på köp av fast egendom. Av regeln i 4:1 JB framgår det istället att båda parter är obundna till dess de har skrivit under ett köpeavtal som uppfyller de minimikrav som återfinns i denna paragraf.

Ett löfte om att köpa eller sälja en fastighet är följaktligen inte bindande, såvida formkravet i 4:1 JB är uppfyllt. Frågan är då om den som frångår sitt löfte om att köpa respektive sälja fast egendom kan göras skadeståndsskyldig om inget sådant åtagande gjorts genom ett handpenningsavtal.

HD tog upp denna fråga till bedömning i *NJA 1973 s 175*. I detta fall var det fråga om en privatpraktiserande läkare kallad K som under en längre tid förhandlat med byggnadsingenjören H om köp av en villa som var under uppförande. K hade som önskemål att kunna bedriva läkarmottagning i villans nedre plan och på hennes begäran genomförde I vissa ändringar i villan. Båda parter förutsatte att köp skulle äga rum, vilket emellertid ej skedde då man inte kunde komma överens om priset. H ville därmed ha ersättning för de förändringskostnader han ådragit sig bl. a på den grund att K genom sitt uppträdande under förhandlingarna vilselett H angående sina avsikter. Medan underrätterna delvis biföll H:s yrkande (dock ej på den grund att det skulle ha förekommit vårdslöst vilseledande på K:s sida) ogillade HD dennes talan med den motivering att K enbart genom sitt löfte att köpa fastigheten ej hade åtagit sig några förpliktelser gentemot H att svara för ändringskostnaderna och man konstaterade vidare att omständigheterna inte var sådana att K åtagit att svara för dessa kostnader oavsett om fastighetsköpet kom till stånd eller inte.

Detta rättsfall har uppfattats på det sätt att prekontraktuellt ansvar inte kan göras gällande vid köp som förutsätter formalavtal.¹⁰² En sådan begränsning av det prekontraktuella ansvaret har emellertid kritiserats i doktrinen, och andra tolkningar av detta rättsfall har lagts fram.¹⁰³ HD tog aldrig i sina domskäl ställning till om det förekommit vårdslöshet utan verkade istället koncentra domskälen på frågan om det uppkommit ett entreprenadavtal, formuleringen ”åtagit sig” tyder på en kontraktsrättslig utgångspunkt snarare än ett ansvarstänkande utgående från culpa in contrahendo.¹⁰⁴ Kleineman anser att på grund av kärandens sätt att utforma talan samt HD:s sätt att formulera sina domskäl kan inte den slutsatsen dras att HD avsåg att ge besked om ansvar för culpa in contrahendo kunde aktualiseras i detta fall och att rättsfallet inte kan läggas till grund för antagandet att ett ansvar för

¹⁰² F. Grauers, *Fastighetsköp*, 2001, s. 66.

¹⁰³ J. Kleineman, *JT 1993/94*, s. 442f.

¹⁰⁴ *Ibid.*

oaktsamt vilseledande inte skulle kunna inträda vid formalavtal.¹⁰⁵ Det prövades ju inte i domen om K:s uppträdande verkligen hade varit vilseledande, det faktum att hon hade sagt upp sitt hyresavtal tydde snarare på att hon varit uppriktig i förhandlingarna.¹⁰⁶ Överhuvudtaget verkar man i doktrinen ense om att ett ansvar för culpa in contrahendo borde kunna göras gällande även vid formbundna avtal. *Folke Grauers* menar att det kan te sig orättvist om en köpare som inte betalat handpenning kan undgå skadestånd trots att denne handlat illojalt under förhandlingarna, medan en köpare som betalat handpenning blir skadeståndsskyldig även om det i det enskilda fallet inte kan anses vårdslöst av denne att inte fullfölja köpet.¹⁰⁷ Adlercreutz påpekar att när det är fråga om formkrav anses det emellertid vara viktigt att detta genomförs effektivt och då bör inte avtalsbundenhet kunna hävdas indirekt, exempelvis genom att hävda skadeståndsansvar då skriftligt avtal inte träffas trots muntlig överenskommelse, utom i särskilda fall av culpa in contrahendo.¹⁰⁸

I ett senare fall från HovR, *RH 1996:154*, uttalade sig rätten för att ersättning grundat på culpa in contrahendo kan förekomma vid köp av fast egendom. HovR ansåg att då skälet bakom formkravet vid köp av fast egendom främst är att skydda privatpersoner från överilade beslut om att sälja fast egendom, har det mindre relevans, om än någon, när det gäller förhållandet mellan två näringsidkare som det var fråga om i detta fall. Vidare ansåg HovR att *NJA 1973 s 175* inte ger stöd åt uppfattningen att ett ansvar för vårdslöst vilseledande är uteslutet vid förhandlingar av köp av fast egendom som inte leder till avtal, då rätten tolkar fallet så att HD aldrig tog ställning till detta i sina domskäl. HovR dömde dock ej ut skadestånd på grund av culpa in contrahendo då den skadelidande inte kunde visa att svaranden bort inse att hans beteende kunnat vålla käranden ekonomisk skada.

4.2 Formkravet vid köp av bostadsrätt

Vid köp av bostadsrätt föreligger samma formkrav som vid köp av fast egendom vilket stadgas i 6:4 BRL och är inte formkravet uppfyllt är avtalet ogiltigt enligt 6:5 3 st BRL. Detta ansåg dock ej HD lägga hinder i vägen för att ett skriftligt optionsavtal skulle anses bindande i *NJA 1992 s 66*.

I detta fall hade en person kallad L förbundit sig i ett optionsavtal att sälja sin bostadsrätt till makarna G, vilka då hyrde denna. Avtalet skrevs under i april 1984 och föreskrev att överlåtelsen skulle ske genom ett särskilt köpeavtal samt att makarna G senast den 1 januari 1986 skulle meddela L om de hade för avsikt att utnyttja optionen. Detta skedde i december 1985 men L vägrade överlåta bostadsrätten till det pris som angavs i optionsavtalet (350 000 kr) varvid makarna G stämde denne och yrkade att de skulle anses vara ägare till bostadsrätten mot att de övertog de lån som belastade den, alternativt att L under hot om vite skulle förpliktigas att genomföra köpet. Sedan L efter TR:s dom sålt bostadsrätten

¹⁰⁵ J. Kleineman, JT 1993/94, s. 443.

¹⁰⁶ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 112.

¹⁰⁷ F. Grauers, Fastighetsköp, 2001, s. 67.

¹⁰⁸ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 134.

yrkade makarna G endast på skadestånd. Både TR och HovR ansåg att optionsavtalet inte kunde anses bindande framförallt på grund av att det ansågs av vikt att upprätthålla det gällande formkravet, det skulle utgöra ett kringgående av reglerna att anse ett optionsavtal bindande.

HD yttrade att en utfästelse att sälja fast egendom inte är bindande enligt svensk rätt, trots att det saknas något direkt lagstöd härom. Bakgrunden till detta ansåg rätten vara att sådana klausuler kan skapa osäkerhet om äganderätten vilket kan inverka negativt på kreditgivning. Vidare konstaterade HD att vad gäller annan egendom är utgångspunkten att optionsavtal är bindande, på grund av principen om avtalsfrihet inom den allmänna avtalsrätten. Att det i lag uppställda formkravet vid försäljning av bostadsrätt skulle medföra att det föreligger ett förbud mot föravtal ansåg inte domstolen att man kunde utläsa ur lagens förarbeten. Emellertid krävs det enligt HD att avtalet är upprättat i skriftlig form, skulle muntliga avtal godkännas skulle detta innebära att ett sådant skulle binda säljaren lika starkt som ett köpeavtal som är upprättat enligt lagens formkrav. Då det i detta fall var fråga om ett skriftligt optionsavtal blev säljaren således skadeståndsskyldig gentemot makarna G med ett belopp motsvarande skillnaden mellan köpeskillingen och bostadsrättens värde samt flyttkostnader, således intill det positiva kontraktsintresset.

HD fortsatte på samma linje i *NJA 1994 s 130* där domstolen menade att formkravet vid köp av bostadsrätt inte utgör hinder för att ingå avtal om framtida överlåtelse av den ifrågakvarande egendomen. Samma resonemang återfinns i *NJA 2001 s 75* där HD menade att även ett skriftligt optionsavtal angående överlåtelse av en ännu inte färdigbildad bostadsrätt var bindande för parterna.

NJA 1992 s 66 har uppfattats så att HD inte är beredd att undergräva formkravet i fråga om fast egendom och att ett anbud att sälja eller köpa fast egendom även fortsättningsvis inte i sig kan ge rätt till skadestånd om det inte fullföljs.¹⁰⁹ Frågan har dock ställts varför principen om avtalsfrihet skulle gälla vid köp av bostadsrätt medan optionsavtal vid köp av fast egendom anses skapa osäkerhet i äganderätten, särskilt då köpesummorna idag kan vara minst lika stora vid köp av villa som vid köp av bostadsrätt.¹¹⁰ Frågan är således om HD:s ställningstagande i 1992 års fall utesluter ersättning när en icke-bindande optionsklausul inte infrias vid köp av fast egendom. Skadestånd intill det positiva kontraktsintresset är nog inte tänkbart, eftersom man inte godtar bundenhet till optionsavtal i fråga om köp av fast egendom.¹¹¹ Kleineman har ställt frågan om en part som inte vill infria ett icke-bindande optionsavtal och därför gjort sig skyldig till culpa in contrahendo kan göras skadeståndsansvarig ens för det negativa kontraktsintresset eller om detta är uteslutet; en fråga som rör förhållandet mellan formkrav och skadeståndsskyldighet.¹¹² Han framför åsikten att det vore lämpligt att ta upp denna fråga till diskussion och anser att det inte endast handlar om formkravens ändamålsskäl utan desto ”mer om gränserna för rätten att vilseleda eller att uppträda illojalt i kontraktuella eller kvasikontraktuella relationer”.¹¹³

¹⁰⁹ F. Grauers, *Fastighetsköp*, 2001, s. 49.

¹¹⁰ J. Kleineman, *JT 1991/92*, s. 665.

¹¹¹ J. Kleineman, *JT 91/92*, s. 666.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

Det ifrågavarande fallet kan även ställas mot NJA 1973 s 175, där inget skadestånd utdömdes. I NJA 1992 s 66 erhöll kändanden däremot skadestånd intill det positiva kontraktsintresset. I ingetdera av fallen föreligger något giltigt köpavtal, men då ett skiftligt optionsavtal ger rätt till full ersättning i fråga om bostadsrätt, fick inte säljaren i 1973 års fall någon ersättning alls, trots att det var styrkt att säljaren utgått från köparens önskemål i fråga om ändringsarbetena samt att parterna var överens att ersättning för dessa skulle utgå i samband med köpet som dock ej blev av. Att detta förvärvslöfte inte har grundat rätt till någon form av ersättning har således i doktrinen anses vara anmärkningsvärt ställt i förhållande till NJA 1992 s 66.¹¹⁴

4.3 Handpenningavtal vid köp av fast egendom

För att sätta press på sin motpart vid förhandlingar om köp av fast egendom kan part begära att motparten åtar sig att svara för uppkommen skada om denne ångrar sig angående köpet. Ett sådant åtagande är enligt svensk rättspraxis bindande och något formkrav har ej uppställts, det kan således ingås även muntligen. Det vanligaste är att köparen i ett så kallat handpenningavtal förbinder sig att ersätta säljaren om inte köpet skulle bli av.¹¹⁵ Beloppet angivet i handpenningavtalet räknas av på det avtalade priset om köpet kommer till stånd, drar sig köparen ur har säljaren rätt till ersättning för viss skada. Detta avser ersättning för arbete och andra kostnader i samband med handpenningavtalet men även för förlorad vinst, det vill säga ersättning beräknad enligt det negativa kontraktsintresset, storleken på skadeståndet kan dock inte överstiga handpenningens storlek.¹¹⁶ Frågan är dock vad som utgör ett handpenningavtal, och om säljaren har rätt till skadestånd ur handpenningen om avtalet saknar bestämmelse härom, i en så kallad förverkandeklausul.

Denna fråga var uppe till bedömning i *NJA 1974 s 526*, där en säljare hade ingått ett handpenningavtal med en presumtiv köpare. I avtalet angavs köpesumman, handpenningen samt den beräknade tillträdesdagen, dock ingen förverkandeklausul. Köpet gick aldrig igenom då köparen ansåg att lånekostnaden skulle bli alltför stor. Då köparen krävde säljaren på det erlagda beloppet, 4000 kr, vägrade denne betala tillbaka summan då denne betraktat köpet som klart och avvisat andra spekulanter. Köparen stämde således säljaren och yrkade att få tillbaka beloppet på den grund att det inte fanns någon laglig rätt för säljaren att behålla handpenningen. TR ogillade kändandens talan, med det skäl att båda parter genom handpenningavtalet åsyftade att säljaren skulle få behålla summan som ersättning för uppkommen skada vid ofullbordat köp. HovR ansåg däremot säljaren inte hade rätt att behålla handpenningen då någon förverkandeklausul inte fanns i avtalet samt att omständigheterna i övrigt inte talade för att någon sådan överenskommelse förelegat.

HD ansåg att utredningen visade att båda parter uppfattade handpenningavtalet på så sätt att det gav säljaren en viss säkerhet för att köpet skulle fullföljas och då ej annat visats fick det antas att parterna utgått från att handpenningen skulle vara förverkad om köparen inte skulle fullfölja köpet. Säljaren fick därför behålla 1500 kr av handpenningen, som motsvarade kostnader hon drog på sig på grund av handpenningavtalet. Utöver denna

¹¹⁴ J. Kleineman, JT 1993/94, s. 445f.

¹¹⁵ F. Grauers, Fastighetsköp, 2001, s. 64.

¹¹⁶ L. Olsen, Ersättningsklausuler, 1993, s. 80.

kostnad var det möjligt enligt HD att ersättning skulle kunna utgå för annan förlust som uppstått på grund av avtalet, exempelvis förlust som uppstått då säljaren avböjt att träffa avtal med annan. Då säljaren inte kunde visa att sådan skada uppkommit var hon ej berättigad till ersättning i denna del.

Även detta rättsfall har jämförts med NJA 1973 s 175, och Kleineman påpekar här att trots att inte någon utfästelse av köparen att betala skadestånd har gjorts utgick det skadestånd i NJA 1974 s 526 till skillnad från NJA 1973 s 175. Om handpenningavtalet ger rätt till ersättning intill det negativa kontraktsintresset, varför styrs detta av handpenningavtalet och inte av principen om culpa in contrahendo, frågar sig Kleineman, som menar att trots NJA 1974 s 525 rör handpenningavtal, så är rättsfallet en ”indikation på ett förkontraktuellt skadestånd enligt principerna för culpa in contrahendo”.¹¹⁷ Kleineman anser att det är svårt att se ett handpenningavtal utan förverkandeklausul som en utfästelse att betala skadestånd, utan anser att det avgörande bör vara den skada som köparen genom oaktsamt vilseledande orsakar säljaren och han fortsätter med att konstatera att det skulle strida mot alla avtalstolkningsprinciper om ett handpenningavtal utan förverkandeklausul skulle ge säljaren rätt till skadestånd även om köparen hade klargjort för denne att han tvekade att fullgöra köpet. Endast skador som uppkommit på grund av att säljaren hyst befogad tillit till en utfästelse som motparten lämnat om att köpa fastigheten bör vara ersättningsgilla enligt Kleinemans synsätt, som anser att ett skadestånd utöver detta skulle undergräva formkravet.¹¹⁸ Kleineman drar således slutsatsen från NJA 1974 s 526 att HD:s accepterande av ett skadestånd motsvarande det negativa kontraktsintresset vid handpenningsavtal innebär att man godkänt ett ansvar för culpa in contrahendo och hävdar att det bör vara skadevållarens vårdslösa beteende som ger rätt till skadestånd, inte förekomsten av ett handpenning- eller optionsavtal.¹¹⁹ Kleinemans tolkning stöds emellertid inte av Grauers som anser att det är svårt att se att HD:s ställningstagande i NJA 1974 s 526 var grundat på att köparen gjort sig skyldig till culpa in contrahendo, men Grauers anser emellertid, i likhet med Kleineman, att skadestånd bör kunna utgå grundat på culpa in contrahendo även vid fastighetsköp (se även ovan not nr 109).¹²⁰ Inte heller *Lena Olsen* tolkar rättsfallet på detta sätt utan omnämner rättsfallet i kontexten att HD intolkade en gemensam partsavsikt angående handpenningavtalets syfte.¹²¹

4.4 Köp av fast egendom som en del av ett större avtal

Löfte att sälja eller köpa fast egendom kan även ingå i överenskommelser där huvudförpliktelsen inte i första hand rör just fast egendom, exempelvis

¹¹⁷ J. Kleineman, JT 1993/94, s. 452f.

¹¹⁸ J. Kleineman, JT 1993/94, s. 453.

¹¹⁹ J. Kleineman, JT 1993/94, s. 454f.

¹²⁰ F. Grauers, Fastighetsköp, 2001, s. 67.

¹²¹ L. Olsen, Ersättningsklausuler, 1993; s.215.

som en del i ett exploateringsavtal eller joint venture. I sådana avtal är det oftast nödvändigt att båda parter gör stora gemensamma åtaganden och skriftliga förbindelser att sälja eller köpa viss fastighet kan utgöra en bärande del av avtalet. Skulle då projektets förväntade lönsamhet förändras eller om konjunkturen skulle bli sämre kan det inte uteslutas att någon av parterna skulle försöka utnyttja formkravet för att på så sätt kunna frångå det avtalade projektet.¹²² Olsen menar att om löftet ingår i en större uppgörelse bör det vara möjligt att acceptera det åtminstone ur skadeståndssynpunkt. Hon anser dock att ett krav på fullgörande sannolikt inte skulle bifallas i domstol.¹²³ Kleineman instämmer i dessa åsikter och hävdar att ett krav på fullgörelse skulle innebära att ett sådant i praktiken åsidosättande av formkravet skulle kräva en lagändring. Dock anser han att skadestånd bör kunna utgå, skulle så ej vara möjligt skulle formföreskrifterna kunna vara till nytta för kommersiella intressenter som slutit oförmånliga avtal.¹²⁴

4.5 Avtalad skriftform

En ytterligare möjlighet är att avtalsparterna kommer överens om att bundenhet inte ska uppkomma förrän det skriftliga avtalet är upprättat och undertecknat av båda parter, så kallad avtalad skriftform. Ett sådant tillvägagångssätt liknar förfarandet vid köp av fast egendom på så sätt att överenskommelsen om skriftform fungerar på samma sätt som det lagstadgade formkravet vid fastighetsköp.¹²⁵ Det kan dock vara svårt att skilja mellan avtalad skriftform och de fall där då ett skrivet kontrakt endast utgör bekräftelse av ingått avtal. Skillnaden ligger i att i det senare fallet kan part vars motpart vägrar att skriva på avtalet, häva avtalet och framställa skadeståndskrav eller kräva fullgörelse, medan i det senare fallet utgör en vägran att skriva på kontraktet att avtal inte har kommit till stånd.¹²⁶ Några av de problem som uppstår vid användning av avtalad skriftform kan exempelvis vara oklarhet mellan parterna i det ifrågasvarande avtalsförhållandet vilken juridisk betydelse avtalad skriftform har eller vad som gäller om parterna inte uttryckligen kommit överens om att bundenhet inträder först vid kontraktets upprättande.¹²⁷

Lagregler rörande avtalad skriftform saknas i svensk rätt, varför vägledning inte kan sökas där när parterna inte är överens om avtal har slutits eller inte och rättspraxis på området är förhållandevis tunn. När det föreligger olika uppfattningar hos avtalsparter om huruvida avtal slutits innan det skriftliga kontraktet upprättats kan det ofta enligt Adlercreutz tillämpas så kallade dissensregler. Dessa kan tillämpas i situationer där ena parten anser avtal slutet och motparten inser detta och låter denne leva i denna föreställning

¹²² J. Kleineman, JT 1993/94, s. 456.

¹²³ L. Olsen, Ersättningsklausuler, 1993, s. 77.

¹²⁴ J. Kleineman, JT 1993/94, s. 456f.

¹²⁵ J. Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 1993, s. 39.

¹²⁶ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 86.

¹²⁷ Ibid.

utan att upplysa denne om sin uppfattning och på det sättet begagnar motpartens villfarelse i spekulationssyfte. Adlercreutz framhåller att en sådan kännedom om motpartens villfarelse kan avgöra frågor som berör om avtal ska anses som slutet, avtalets innehåll, om avtalsverkan uppkommit etc.¹²⁸

I rättsfallet *NJA 1962 s 276* behandlades frågan om avtalad skriftform. I detta fall var det fråga om förfarande vid bokning av dansorkester till en nöjesplats. Enligt de brukliga tillvägagångssätten i branschen skulle parterna underteckna kontrakt och sedan skicka in detta till en förmedling. Kontraktet ansågs giltigt först när båda parter hade lämnat bekräftelser som inkommit till förmedlingen. Orkesterledaren J hade undertecknat och översänt kontraktsformuläret, men dennes motpart, nöjesplatsägaren S underlät att underteckna och återsända kontraktet. Trots att kontraktet ej undertecknats av S ansåg HD att denne blivit bunden i enlighet med kontraktet, då S hade framkallat anbudet av J och att S insett att J förutsatt att S stod fast vid den preliminära uppgörelsen. S blev således bunden på grund av sin passivitet (jfr passivitetsreglerna i 6 § 2 st och 9 § AvtL).

Även om detta rättsfall ledde till bundenhet och inte behandlar en situation där avtalsförhandlingar brutits så visar det en aspekt av hur HD ser på just avtalad skriftform menar Adlercreutz. Så länge inte det gäller lagstadgade formkrav kan parterna således åsidosätta avtalade formkrav och utgår ena parten från att avtal ändå har kommit till stånd trots att skriftligt kontrakt inte undertecknats blir motparten bunden om denne insett detta och underlåter att reagera, särskilt då denne framkallat anbudet, vilket orkesterledaren J gjort i det nyssnämnda fallet.¹²⁹ Hellner anser med bakgrund av detta rättsfall att HD följaktligen är obenägen att anse skriftform vara avtalad och istället tillämpar avtalslagens regler om anbud och accept.¹³⁰

¹²⁸ A. Adlercreutz, SvJT 1987, s. 504f.

¹²⁹ A. Adlercreutz, SvJT 1987, s. 505 och A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 76.

¹³⁰ J. Hellner, Kommersiell avtalsrätt, 1993, s. 39.

5 Prekontraktuellt ansvar vid offentlig upphandling

5.1 Allmänt om lagen om offentlig upphandling

Lagen om offentlig upphandling (LOU)¹³¹ har sitt ursprung i ett antal EU-direktiv på området och trädde i kraft den 1 januari 1994. Lagen ska tillämpas när stat, kommun och landsting och andra i lagen angivna upphandlande enheter genomför upphandling. LOU reglerar upphandlande enhets ansvar för dess handlande in contrahendo. Upphandling definieras som köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster (1:5 LOU). Upphandling ska ske affärsmässigt, i konkurrens och utan diskriminering (1:4 LOU). Lagen behandlar främst upphandling utöver vissa tröskelvärden, vilka anges i euro i lagens 2-5 kap. För upphandlingar under tröskelvärdena ska ett förenklat upphandlingsförfarande användas (6:2 LOU), dock gäller principerna om överprövning och rätten till skadestånd även för dessa förfaranden (1:2 2 st LOU). I 1:6 LOU stadgas det tre olika sätt för aktörer inom offentlig verksamhet att bedriva anbuds-förfarande då värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdena; *öppen upphandling*, där alla leverantörer får lämna anbud, *selektiv upphandling*, där vissa leverantörer inbjuds att lämna anbud och *förhandlad upphandling*, där den upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och sedan bedriver förhandlingar med en eller flera av dem. En upphandlande enhet ska annonsera sin upphandling i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) om inte lagen stadgar annat och leverantörer får sedan ansöka om att lämna in anbud. Annonsen får även publiceras i andra tidningar, dock inte före dagen den avsänts till EGT och får inte innehålla annan information än den som publiceras i EGT (1:10 LOU).

5.2 Prövning av anbud enligt LOU

Om hur prövningen av anbud ska gå till stadgas det om i 1:22 LOU. I detta lagrum föreskrivs att den upphandlande enheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiska ska hänsyn

¹³¹ Två nya EG-direktiv angående offentlig upphandling har tillkommit och är avsedda att ersätta den nuvarande lagstiftningen. Dessa direktiv överensstämmer i stort med de direktiv som de ersätter, ambitionen med de nya reglerna är att göra regelverket mer lättläst. En utredning har därför tillsatts av regeringen för att se över den svenska regleringen. Denna utredning har föreslagit att upphandlingsreglerna ska tas in i två olika lagar, någon proposition har dock ej lagts fram än. De föreslagna skadeståndsbestämmelserna motsvarar dock i sak de nuvarande reglerna, varför jag inte behandlar det nya lagstiftningsförslaget. (SOU 2005:22 s. 11).

tas till samtliga oständigheter, däribland pris, leveranstid, driftkostnader, service, miljöpåverkan med mera. De omständigheter som enheten anser viktiga ska anges i förfrågningsunderlaget som utgör underlag för inkommande anbud. Det får inte förekomma att enheten väljer ett anbud före ett annat på grund av omständighet som inte angivits i förväg.¹³² Enligt 1:23 LOU får en enhet förkasta ett anbud som den anser vara orimligt lågt, dock får detta ske först efter enheten har begärt en skriftlig förklaring till det låga priset och inte fått ett tillfredsställande svar från leverantören. Dessa kriterier gäller även upphandling under tröskelvärdena enligt 6:12 LOU.

5.3 Överprövning enligt LOU

Leverantör som anser sig lidit eller kommer att lida skada kan hos länsrätten ansöka om överprövning. Om den upphandlande enheten har brutit mot någon bestämmelse i lagen som har medfört att leverantör lidit eller kommer att lida skada ska länsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller avslutas först när rättelse gjorts, enligt 7:1 och 2 LOU. Denna prövning måste dock ske innan den upphandlande enheten har ingått avtal med någon av anbudsgivarna.¹³³ Denna möjlighet för leverantör kommer dock ej behandlas i denna uppsats.

5.4 Skadeståndsansvaret enligt LOU

Utöver möjligheten att ansöka om överprövning kan leverantör som lidit skada stämma den upphandlande enheten inför allmän domstol och där yrka på skadestånd. Den upphandlande enhet som bryter mot lagens bestämmelser blir skadeståndsskyldig enligt 7:6 LOU¹³⁴ som stadgar att enheten under sådana omständigheter ska ersätta en därigenom uppkommen skada för leverantör. Med uppkommen skada avses inte bara kostnader som blivit onödiga utan även ersättning enligt det positiva kontraktsintresset.¹³⁵ För att en leverantör ska anses ha lidit skada på grund av att bestämmelserna i lagen inte följts krävs det i princip att leverantören förlorat kontrakten till följd av den upphandlande enhetens lagöverträdelse.¹³⁶ Således kan enheten undgå skadeståndsskyldighet även om fel har begåtts om leverantören inte kan visa att bristen i upphandlingsförfarandet orsakat att denne inte erhållit kontraktet.¹³⁷

Utöver skadeståndsskyldigheten som stadgas i 7:6 LOU, kan skadestånd även utgå enligt stadgandet i 7:7 LOU. Detta lagrum anger att anbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i sådan upphandling som regleras i 4 kap. LOU, det vill säga upphandling inom vatten-, energi-, transport-, eller

¹³² Prop. 1992/93:88, s. 51f.

¹³³ SOU 1999:139, s. 88.

¹³⁴ Paragrafen motsvarar bestämmelserna i 89/665/EEG art 1 (c) och 92/93/EEG art 2 (d).

¹³⁵ Prop. 1992/93:88, s. 102.

¹³⁶ Prop. 1992/93:88, s. 103.

¹³⁷ N. Forsberg, Upphandling i praktiken, 2001, s. 157.

telekommunikationsområdena, har rätt till ersättning för kostnader att förbereda anbud och att delta i upphandlingen om fel i upphandlingsförfarandet ogynnsamt påverkat dennes möjligheter att tilldelas kontraktet. HD anser dock att i avsaknad av sakskalet som talar för annat får emellertid principerna i 7:7 LOU anses tillämpliga även vid annan upphandling som regleras i LOU.¹³⁸ Beviskraven i detta stadgande är således lindrigare än i 7:6 LOU men den upphandlande enheten kan undgå skadestånd om den kan visa att leverantören av andra skäl inte skulle ha haft möjlighet att få kontraktet, exempelvis på grund av att den saknar tekniska möjligheter att genomföra upphandlingen. Yrkande om förlorad vinst, det vill säga ersättning intill det positiva kontraktsintresset, ska emellertid göras enligt 7:6 LOU.¹³⁹ Lagrådet har kritiserat denna uppdelning och uttalade i förarbetena att denna uppdelning ger intrycket av att ersättning för det negativa kontraktsintresset inte skulle kunna komma ifråga vid tillämpning av 7:6 LOU.¹⁴⁰

Det har också föreslagits i doktrinen att ersättning för det negativa kontraktsintresset även bör kunna utgå vid annan upphandling än den som nämns i 7:7 LOU, exempelvis om ett företag lägger ned kostnader på ett anbud som företaget senare inte vill lägga fram med anledning av fel i upphandlingen, eller om företagets anbud inte antas med som en följd av det begångna felet.¹⁴¹ HovR har i ett avgörande, *RH 2002:15*, anslutit sig till denna slutsats, då en leverantör beviljades ersättning för det negativa kontraktsintresset enligt 7:6 LOU på grund av att denne orsakats onödiga kostnader för kompletteringar i sitt anbud som gjorts på uppmaning av den upphandlande enheten som dock inte antog anbudet. Ersättning utgick trots att anbudsgivaren inte förlorat kontraktet med anledning av den överträdelse av lagen som kompletteringen utgjorde, vilket orsakat kostnaden.

Enligt 7:8 LOU ska talan om skadestånd väckas inom ett år från den dag då avtal om upphandling slöts. Väcks inte talan i tid går således rätten till skadestånd förlorad.

5.4.1 Skadeståndets storlek enligt LOU

I NJA 1998 s 873 var det fråga om en kommun hade brutit mot reglerna i LOU genom att inte anta anbudet med lägsta anbudspris. I detta fall var det fråga om en arkitektfirma vid namn Arkitektjänst som förde talan mot Hedby kommun. Bakgrunden till tvisten rörde en upphandling avseende ombyggnad av ett servicehus. Arkitektjänst hade efter skriftlig anbudsinvitan från kommunen inkommit med anbud. Trots att detta anbud hade det lägsta anbudspriset underlät kommunen att sluta avtal med företaget, upphandlingskontraktet gick istället till en annan arkitektfirma. Arkitektjänst grundade sin talan främst på att kommunen brutit mot LOU genom att förbehålla sig fri prövningsrätt, något som inte är förenligt med lagens krav på objektivitet och att den inte antog det lägsta anbudet utan att ha kontrollerat det innan enligt lagens föreskrifter. Arkitektjänst yrkade på ersättning för

¹³⁸ NJA 2000 s. 712, s.724.

¹³⁹ Prop. 1992/93:88, s.103.

¹⁴⁰ Prop. 1992/93:88, s.140f.

¹⁴¹ J. Hellner & S. Johansson, *Skadeståndsrätt*, 2000, s.475.

förlorat vinst. TR biföll Arkitektjänsts talan, emedan HovR ansåg dock att kommunen antog det anbud som var det mest ekonomiska fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter och ogillade därmed Arkitektjänsts talan.

HD uttalade att kommunens förbehåll om fri prövningsrätt i förfrågningsunderlaget stred mot LOU och var därför utan verkan. Då kommunen heller inte hade angett vilka omständigheter som var av betydelse för valet av anbud i förfrågningsunderlaget hade de inte annan möjlighet än att anta något annat anbud än det med lägst pris. Även om kommunen ansåg detta anbud orimligt lågt var den skyldig att begära en skriftlig förklaring till varför anbudet var så lågt, något som inte gjorts. HD fann följaktligen att kommunen genom att inte ha antagit Arkitektjänst anbud brutit mot LOU och blev därför enligt 7:6 LOU skyldig att ersätta den skada som uppkommit för Arkitektjänst. I skadeståndsfrågan ansåg HD att på det sätt LOU är uppbyggd ligger det nära till hands att se det så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppstår mellan det upphandlande enheten och presumtiva anbudsgivare då upphandlingen inleds. Mot denna bakgrund och på grund av uttalandena i förarbetena beräknades ersättningen till det positiva kontraktssintresset, och HD uttalade att en anbudsgivare som har rätt till ersättning ska försättas i samma läge som om upphandlingen hade utförts på korrekt sätt.

Att leverantör ska ha möjlighet att erhålla ersättning intill det positiva kontraktssintresset har i förarbetena motiverats med att det ska medföra att upphandlande enheter får ett tryck på sig att förfara korrekt.¹⁴² HD:s ställningstagande för att ersättning intill det positiva kontraktssintresset ska utgå i och med överträdelser av LOU:s bestämmelser har dock väckt reaktioner i doktrinen. Hellner anser att HD:s dom kommer att få stora konsekvenser då när ett fel i upphandlingen ska bedömas enligt 7:6 LOU ska den vars anbud skulle ha antagit om förfarandet skett korrekt få full ersättning. Detta är mycket förmånligt, menar han, att den skadelidande får ersättning för full vinst trots att denne inte lagt ner kostnader för att genomföra kontraktet samt att kostnaden för den upphandlande enheten kan bli mycket hög, då både den som erhållit kontraktet och den som förlorat det ska ha lika stor ersättning.¹⁴³ Vidare tolkar Hellner det ifrågasvarande rättsfallet så att ansvaret för den upphandlande myndigheten är rent strikt, även om HD inte diskuterar ansvarsgrunden. Emellertid anser han att någon begränsning måste finnas, att en förutsättning för att skadeståndsansvar ska kunna aktualiseras är att det förekommer ett medvetet åsidosättande av lagrummets bestämmelser.¹⁴⁴ Förarbetena till 7:6 LOU nämner inte något om ansvarsgrunden, dock anser upphandlingskommittén i SOU 1999:139 att skadestånd bör utgå vid såväl medveten som oaktsam handling samt i den situation där regelöverträdelse beror på en missuppfattning om reglernas innehåll.¹⁴⁵

Även andra röster har höjts mot att ersättning motsvarande det positiva kontraktssintresset enligt 7:6 LOU ska utbetalas. *Ulf Palm & Curt Riberdahl* anser att det är tveksamt att använda det positiva kontraktssintresset då ersättning för utebliven vinst enligt svensk rätt endast utgår i

¹⁴² Prop. 1992/93:88, s. 103.

¹⁴³ J. Hellner, JT 1998/99, s. 953f.

¹⁴⁴ J. Hellner & S. Johansson, Skadeståndsrätt, 2000, s. 474 och J. Hellner, JT 1998/99, s. 953f.

¹⁴⁵ SOU 1999:139, s. 322.

kontraktsförhållanden, och att det är särskilt tveksamt vid upphandlingar under tröskelvärden, eftersom dessa inte omfattas av EG:s regelverk. De menar också att då ersättning intill det positiva kontraktsintresset ska utgå oavsett storlek på upphandlingen kan detta leda till att även upphandlingar till låga belopp kan bli föremål för långa och tidskrävande processer. Vidare anser de att skadestandsreglerna kan leda till att upphandlande enheter väljer att utvärderingsformen lägsta pris istället för det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet på grund av risken att bli ersättningskyldiga.¹⁴⁶

Nils Wahl anser dock att Sverige är skyldig att rätta sin lagstiftning efter EG-direktivens krav, även om dessa skulle strida mot vår rättsordning och att även om kravet på ersättning enligt det positiva kontraktsintresset när avtal inte kommer till stånd är främmande för svenska skadestandsrättsliga regler, är detta inget skäl för att vägra sådan ersättning vid offentlig upphandling. Han menar också att ersättning endast för det negativa kontraktsintresset vore olyckligt då det vid sidan av skadestandsreglerna saknas effektiva sanktionsmöjligheter för att komma till rätta med felaktiga upphandlingar.¹⁴⁷

En upphandlingskommitté tillsattes 1999 för att utreda LOU:s bestämmelser, bland annat just 7:6 LOU. Kommittén ansåg avseende skadeståndets storlek att den skadestandsberättigade ska erhålla samma vinst som denne skulle ha fått om avtal hade slutits med honom, utgångspunkten för beräkning av skadestånd skulle fortfarande vara det positiva kontraktsintresset.¹⁴⁸ Även om det är det positiva kontraktsintresset som ska ersättas ansåg kommittén i sitt betänkande att detta inte innebär att det är givet hur skadeståndet ska beräknas. Det ska, enligt kommittén, finnas en möjlighet att jämka skadeståndet om det är oskäligt med hänsyn till enhetens möjligheter att förutse och förhindra skadans uppkomst. Även det faktum att en rädsla att drabbas av höga skadestånd kan ha en dämpande effekt på upphandlingsverksamheten och därmed leda till en kontraproduktiv effekt talar enligt kommittén för att skadeståndet borde kunna jämkas inom det positiva kontraktsintresset.¹⁴⁹

Mot denna bakgrund föreslogs det att 7:6 LOU skulle utökas med ett andra stycke enligt följande lydelse: ”Skadeståndet ska omfatta, ett med hänsyn till kostnader och utebliven vinst, skäligt belopp till följd av att den skadelidande leverantören felaktigt gått miste om ett upphandlingskontrakt.”¹⁵⁰ Detta förslag har dock inte föranlett någon lagändring.

¹⁴⁶ U. Palm & C. Riberdahl, SvJT 1996, s.644ff.

¹⁴⁷ N. Wahl, JT 1997/98 s.623ff.

¹⁴⁸ SOU 1999:139, s. 322.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ SOU 1999:139, s. 37.

5.4.2 Beviskrav vid påstådd skada

Frågan vilka beviskrav som ska läggas på en leverantör som kräver skadestånd enligt 7:6 LOU togs upp till behandling i *NJA 2000 s 712*.

I detta fall hade en kommun gjort sig skyldig till olaglig direktupphandling då anbudet gick till leverantör som kommunen tecknat liknande avtal med innan. En annan leverantör gick till följd därav miste om tillfället att lämna anbud. Denna leverantör stämde därför kommunen och yrkade ersättning för uppkommen skada till följd av att den inte erhöll kontraktet. Enligt samtliga instanser hade kommunen brutit mot bestämmelserna när den inte lät ett anbudsförfarande föregå upphandlingen. Frågan var då huruvida leverantören kunde visa att denne lidit skada samt vilket krav som skulle ställas på bevisningen.

HD uttalade att då en leverantör kräver ersättning för utebliven vinst och inte bara för onödiga förhandlingskostnader är beviskravet högre än om denne endast yrkat ersättning för det negativa kontraktssintresset. Att kräva att en leverantör alltid ska kunna styrka att han förlorat kontraktet på grund av felaktig upphandling medför dock att rätten till ersättning skulle bli undergrävd och därmed också det preventiva syfte som lagen har. Det bör därför vara tillräckligt enligt HD att leverantören ska göra sannolikt att denne drabbats av skada för att få skadestånd som överstiger de onödiga kostnaderna. Företaget kunde dock inte göra sannolikt att det hade fått upphandlingskontraktet om anbudsförfarande hade ägt rum och dess talan bifölls därför inte.

Trots detta sänkta beviskrav när leverantör lidit skada i enlighet med 7:6 LOU kan det bli svårt att få framgång i en skadeståndsprocess då det är besvärligt att ens göra sannolikt att leverantören skulle ha fått kontraktet om upphandlingen följt LOU:s regelverk när det handlar om olaglig direktupphandling. Detta på grund av att ett hypotetiskt scenario måste användas för att avgöra frågan, då ingen upphandling överhuvudtaget har förekommit och det därmed inte finns några andra konkreta anbud att jämföra med.¹⁵¹

Detta rättsfall föranleder också frågan om att beviskravet ”göra sannolikt” innebär att fler än en leverantör kan anses ha lidit skada enligt 7:6 LOU och om så skulle vara fallet skulle en upphandlande enhet kunna tvingas betala skadestånd upp till det positiva kontraktssintresset till fler än en leverantör. Förarbetena nämner inte något om hur en situation där fler än en leverantör kräver skadestånd för en upphandlande enhets agerande i en upphandling ska behandlas och frågan har heller inte prövats av svensk domstol. I förarbetena nämns endast att leverantören ”i princip” ska ha förlorat kontraktet på grund av upphandlingsfelet.¹⁵² Hellner & Johansson anser emellertid trots den snäva formuleringen i förarbetena att det skulle vara möjligt för fler än en leverantör att erhålla skadestånd. De menar att det skulle vara märkligt om en domstol skulle bedöma vilken leverantör av flera konkurrenter som skulle ha erhållit upphandlingskontraktet och ge denne fullt skadestånd medan de övriga inte skulle få någon ersättning alls.¹⁵³ Att sedan det enligt HD:s dom i *NJA 2000 s 712* är tillräckligt för leverantören att göra sannolikt att kontraktet förlorats på grund av förseelsen kan

¹⁵¹ N. Forsberg, *Upphandling i praktiken*, 2001, s. 158.

¹⁵² Prop. 1992/93:88, s. 103.

¹⁵³ J. Hellner & S. Johansson, *Skadeståndsrätt*, 2000, s. 475.

innebära en ökad risk för den upphandlande enheten ska åläggas att betala skadestånd till flera leverantörer.¹⁵⁴

5.4.3 Avbruten upphandling

För att en leverantör ska ha rätt till ersättning krävs det enligt LOU att lagens bestämmelser har överträtts och att leverantören därmed har lidit skada. I LOU finns dock inget uttryckligt stadgande av vad som gäller vid avbruten upphandling, det vill säga när förfarandet avbryts utan att någon av anbudsgivarna har fått teckna avtal. Frågan är då om 7:6 LOU ger rätt till skadestånd i en sådan situation. NOU har uttalat att nämnden anser att en inte upphandling får avbrytas utan sakliga skäl, till exempel om en omständighet som enheten inte kan råda över skulle inträffa. Är så inte fallet kan sannolikt en avbruten upphandling prövas enligt LOU anser nämnden.¹⁵⁵

Frågan har sedan detta uttalande avgjorts av HD i fallet i *NJA 2001 s 3*. Här hade en upphandlande enhet avbrutit en upphandling angående budbilstransporter, då den istället beslutat att utföra verksamheten i egen regi. En anbudsgivare menade därför att enheten genom sitt handlande hade brutit mot kravet på affärsmässighet och icke-diskriminering i LOU, då det lägsta anbudet inte antagits samt att man inte meddelat anbudsgivarna på ett korrekt sätt att upphandlingen avbrutits.

HD ansåg att det inte är fråga om upphandling enligt LOU då upphandlande enhet väljer att utföra en tjänst själv men konstaterade samtidigt att rättsläget angående rätt till ersättning för leverantör som lämnat anbud vid avbruten upphandling är ovisst enligt förarbetena. Principen om affärsmässighet har emellertid enligt HD ingen relevans vid avbrytande av upphandling, eftersom syftet med denna princip är att säkerställa att samma regler tillämpas i förhållande till samtliga anbudsgivare. HD menade också att syftet med LOU inte var att vid sidan av de allmänna avtalsrättsliga reglerna om prekontraktuellt ansvar skapa en särskild reglering gällande prekontraktuella och kontraktuella relationer mellan privata och offentliga rättssubjekt utöver vad som är nödvändigt för att realisera upphandlingsdirektiven. HD ansåg därmed att det saknades anledning att tolka in regler i LOU som regleras i den allmänna avtalsrätten och någon skadeståndskyldighet enligt LOU kunde därför inte utdömas. HD fastställde därmed underrätternas domslut.

Avbruten upphandling kan således inte föranleda skadeståndsansvar enligt LOU, men enligt rättsfallet är det klargjort att grundläggande avtalsrättsliga principer om prekontraktuellt ansvar också är tillämpliga vid offentlig upphandling.¹⁵⁶

¹⁵⁴ N. Forsberg, *Upphandling i praktiken*, 2001, s. 159.

¹⁵⁵ SOU 1999:139, s. 310.

¹⁵⁶ J. Herre, *SvJT* 2005, s. 645.

6 Diskussion och slutsatser

6.1 Diskussion

I detta avsnitt ska resultaten från föregående kapitel diskuteras och analyseras med utgångspunkt från frågeställningarna som presenterades i inledningskapitlet. För enkelhet skull används därför dessa frågeställningar som rubriker i detta avsnitt.

- *Vilka krav ställs på ett vårdslöst beteende i en prekontraktuell situation för att detta ska leda till skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada?*

Utifrån den rättspraxis på området som presenterats i föregående avsnitt framgår det att kraven på att ett vilseledande beteende under avtalsförhandlingar är relativt höga, något som enligt min mening särskilt framgår av NJA 1978 s 147, där det i domskälen finns motsättningar mellan en plikt att agera lojalt gentemot sin motpart och att man utöver sina uttryckliga löften inte behöver ta hänsyn till den andres intressen. Denna del av problematiken runt det prekontraktuella ansvaret återkommer jag till senare i detta avsnitt, i det kommande ämnar jag koncentrera mig på de grundläggande rekvisiten för att ett vårdslöst beteende ska kunna leda till ersättningsansvar.

När det är fråga om person- eller sakskada talas det om att *adekvat kausalitet* ska föreligga mellan den skadegörande handlingen och den uppkomna skadan. Detta begrepp innebär att för att en skada ska ses som ersättningsgill ska skadan ha orsakats av den ifrågavarande handlingen på ett sådant sätt att slumpartade eller opåräknliga följder utesluts. Skadan ska därför enligt en vanlig formulering ligga ”i farans riktning”.¹⁵⁷ Gäller då denna princip för rena förmögenhetsskador orsakade i prekontraktuella situationer där inget avtal kommer till stånd? Enligt min mening måste denna fråga besvaras jakande, det torde inte räcka med ett vårdslöst vilseledande som inte orsakat skada på ett adekvat sätt för att ett ersättningsansvar ska kunna aktualiseras. Praxis och doktrin är emellertid otydliga gällande denna fråga. HD har dock i ett pleniavgörande i rättsfallen NJA 1993 s 41 I och II uttalat att en grundprincip i den svenska skadeståndsrätten är att det ska föreligga adekvat kausalitet mellan handling och skada för att ersättning ska kunna komma i fråga. Även lagstiftaren har i förarbetena till KöpL slagit fast att adekvansregeln gäller vid kontraktsbrott vid tillämpning av de köprättsliga reglerna.¹⁵⁸ Detta talar enligt min mening också för att denna regel även gäller i prekontraktuella situationer där inget slutligt avtal kommit till stånd.

¹⁵⁷ J. Hellner & S. Johansson, Skadeståndsrätt, 2000, s.203f.

¹⁵⁸ Prop. 1988/89:76 s. 193.

När det gäller fall med culpa in contrahendo-karaktär finns även tecken på att på att en adekvansbedömning har förelegat. I NJA 1963 s 105 där skadestånd utdömdes berör domstolen inte denna fråga explicit, HD uttalade endast att G:s vårdslöshet var av den beskaffenhet att ådra honom skadestånd. I NJA 1994 s 204 betonades det av HD att det klart framgick att stödbrevet var en förutsättning för att leveransen ägde rum. Som konstaterats ovan slog HD här fast att det har funnits ett uppenbart kausalsamband mellan dessa faktorer och leverantörens skada. Detta anser jag visa att det föreligger ett krav på adekvat kausalitet även när det är fråga om ersättningsansvar i prekontraktuella situationer.

När det sedan gäller bedömningen av vilken grad av vårdslöst beteende som kan aktualisera ett prekontraktuellt ansvar, har det i doktrinen, vilket framgått ovan, hävdats att en sådan bör ske genom en culpabedömning som har sin grund i en affärsetisk norm, som kompletteras genom en bedömning om den skadelidande hyst befogad tillit till den skadevällande motpartens förmedlade information eller beteende, samt om denne insett eller bort inse att detta beteende skulle kunna komma att orsaka den uppkomna skadan. Även den skadelidandes eget uppträdande kan ha betydelse.

En sådan bedömning har enligt min mening HD också utgått ifrån i de tre s.k. klassiska culpa in contrahendo-fallen; NJA 1963 s 105, NJA 1978 s 147 samt NJA 1990 s 745. Jag anser också att utgången var befogad i såväl 1963 års fall som i 1990 års fall. I det förra fallet fäste E enligt min mening en befogad tillit till G:s uppgifter, vars beteende måste ses som mycket vårdslöst då han, trots vetskapen om svårigheterna att få E anställd som VD, skickade efter denne och därmed befäste denne i tron att kravet på bolagstämman erkännande endast var att se som en formalitet, samt att G bort inse detta. I 1990 års fall anser jag att utgången möjligen hade blivit annorlunda om käranden, Bertil L, hade haft större framgång i sitt marknadsföringsarbete, han lyckades ju endast att sälja en pump, i så fall skulle företaget möjligtvis haft en mer framträdande skyldighet att underrätta Bertil L utan dröjsmål när man beslutat att inte anlita denne som försäljare. Ur HD:s domskäl går det, enligt min mening, att utläsa att om Bertil L hade kunnat visat att han haft kostnader av betydelse hade bolaget dröjsmål med underrättandet av Bertil L kunnat utlösa skadeståndskyldighet.

När det gäller bedömningen i 1978 års fall anser jag emellertid att situationen inte skiljer sig nämnvärt från den i 1963 års fall. Här hade fastighetsägaren ådragit sig stora kostnader för ombyggnation enligt livsmedelsföretagets önskemål, när denne plötsligt drog sig ur affären. Trots att projekteringsavtalet var lösligt och endast muntligt gjorde enligt min mening livsmedelsföretaget sig skyldig till ett vårdslöst beteende då man måste ha insett att motparten fäst tillit till de uppgifter man kommit överens om i avtalet och att livsmedelsföretaget dröjt från februari 1971, då det muntliga avtalet sluts, fram till november samma år, att underrätta sin motpart om att man beslutat sig för att dra sig ur affären. Det borde vara möjligt att på kortare tid genomföra marknads- och kostnadsundersökningar

gällande etableringen. Detta borde enligt min mening ha föranlett ersättningsansvar för livsmedelsföretaget för onödiga ombyggnadskostnader och förlorade hyresintäkter. Varför HD ansåg att något skadeståndsansvar inte förelåg i detta fall, menar jag främst ha sin grund i att det här var fråga om ett förhållande mellan två näringsidkare, till skillnad från 1963 års fall, där det var fråga om ett förhållande mellan en arbetstagare (även om denne dock skulle anställas som VD) och en företrädare för näringsidkare där företrädaren för företaget hade visst informationsövertag då han kände till svårigheterna att få E godkänd som VD. HD:s ståndpunkt kan nog sägas vara att när det gäller förhållanden mellan jämställda parter, måste vardera part själv kunna tillvarata sina kommersiella intressen i större uträkning och att man som näringsidkare måste räkna med ett visst risktagande när det gäller motpartens handlande i förhandlingssituationer. Min åsikt är dock att dessa påpekande visserligen är relevanta, men det dröjsmål som livsmedelsföretaget gjort sig skyldig till i 1978 års fall anser jag borde ha lett till skadeståndsansvar för de kostnader detta orsakade. Överhuvudtaget anser jag att dessa tre fall visar på att Kleinemans påstående att culpatriösklen är hög när det gäller fall där prekontraktuellt ansvar kan göras gällande och att endast kvalificerat oetiskt beteende kan leda till skadeståndsansvar utgör gällande svensk rättspraxis.

Som behandlats ovan har det av Adlercreutz framförts en åsikt att istället för att tillämpa culpabedömning i fall med prekontraktuellt ansvar, kan en riskfördelningsprincip aktualiseras, där den av två avtalsparter som är närmast att stå risken för onödiga förhandlingskostnader på grund av att ett avtal inte kommer till stånd också är den som får bära dessa kostnader, oavsett om dennes beteende varit försumligt eller inte. Själv anser jag att en sådan bedömning kan vara av gagn i de fall där det kan säkerställas att en part har haft ett överlägset förhandlingsläge gentemot en svagare part som har haft svårigheter att tillvarata sina egna intressen och därmed orsakats onödiga förhandlingskostnader. Kan det inte slås fast att den starkare parten har handlat på ett vårdslöst sätt enligt den ovan behandlande culpabedömningen, ligger det nära till hands att istället utröna vem som är närmast att stå risken för onödiga förhandlingskostnader, oftast borde ju detta bli den med förhandlingsövertaget. Enligt min mening bör man emellertid inte frångå en bedömning av om ett vilseledande i en prekontraktuell situation har varit vårdslöst eller ej, åtminstone inte när det gäller jämställda parter. En bedömning utifrån en riskfördelningsprincip kan kanske också medföra ett ökat ansvar i dessa situationer, vilket kanske inte skulle vara odelat positivt för affärslivets effektivitet.

- *När träder lojalitetsplikten ikraft vid avtalsförhandlingar och vad innefattar denna plikt?*

När det gäller om huruvida det anses finnas en lojalitetsplikt mellan parter i ett avtalsförhållande har det konstaterats att en sådan föreligger och att den bland annat innefattar ett hänsynstagande till sin motparts intressen och genom exempelvis upplysningsplikt, tystnadsplikt och informationsplikt. Frågan är dock om denna lojalitetsplikt även föreligger innan avtal kommit

till stånd, det vill säga under själva avtalsförhandlingarna. I denna uppsats har det konstaterats att en sådan föreligger. I NJA 1991 s 808 befanns svaranden upplysningskyldig då denne kände till att köpeobjektet var väsentligt sämre än vad köparen förutsatte, varför HD ansåg att det ålegat säljarna att upplysa köparna om det egentliga förhållandet. NJA 1998 s 633 visade på hur reglerna om tystnadsplikt angående företagshemlighet i FHL går före en sedvanlig culpa in contrahendo-bedömning, då detta andrahandsyrkande inte behandlades av HD, vilket enligt min mening tyder på att om inte FHL hade varit tillämplig i detta fall, hade ett ansvar om culpa in contrahendo kunnat diskuteras. Även AvtL:s passivitetsregler visar på en lojalitetsplikt under avtalsförhandlingar. Slutligen anser jag, i likhet med åsikter framförda i doktrinen, att även NJA 1963 s 105, NJA 1978 s 147 samt NJA 1990 s 745 även visar på en sådan plikt, och då i synnerhet de två senare fallen eftersom HD i domskälen till dessa uttryckligen använder begreppet lojalitet.

När inträder då denna lojalitetsplikt under avtalsförhandlingar? Enligt min åsikt är detta något osäkert, då rättspraxis är relativt tunn. Jag anser dock att när det som i NJA 1991 s 808 föreligger vetskap hos ena parten att den andre inte har korrekt information, uppkommer en upplysningsplikt i ett relativt tidigt skede under avtalsförhandlingarna. När det sedan gäller HD:s uttalande i 1978 och 1990 års fall, finns det vissa indikationer på när en allmän lojalitetsplikt kan inträda under avtalsförhandlingar.

I 1990 års fall menar HD att vid slutet av våren 1981 hade avtalsförhandlingarna nått så långt att båda parter var inriktade på att Bertil L skulle få återförsäljningsrätten till vakuumpumpen om bolaget erhöll slutlig licens för produkten. Enligt HD var det därför att anse ”att det vid denna tid hade uppkommit viss förpliktelse för bolaget att ta hänsyn till Bertil L:s intressen. Denna skyldighet har närmast haft avseende på Bertil L:s intresse av att begränsa sina kostnader för det fall att något återförsäljaravtal inte kom till stånd.” Hade bolaget uppträtt illojalt i detta avseende skulle skadeståndsskyldighet kunna komma i fråga enligt HD. Av detta uttalande anser jag att HD menar att lojalitetsplikten inträder på ett relativt tidigt stadium under avtalsförhandlingar; när man kommit överens om att sträva efter ett gemensamt mål uppkommer också en förpliktelse att ta hänsyn till den andres intressen. Men HD menade också i 1990 års fall att det måste ha stått klart för båda parter att ett slutligt avtal berodde på flera osäkra faktorer och att det innebar ett risktagande för Bertil L att fortsätta med marknadsföringsarbetet samt att denne måste ha insett att det dåliga försäljningsresultatet skulle ha betydelse för om avtal skulle komma till stånd. Detta anser jag innebära att frågan om lojalitetsplikt föreligger eller inte, och vilket ansvar den kan aktualisera beror på flera faktorer i det enskilda fallet; att en lojalitetsplikt föreligger ger inte automatiskt upphov till ansvar för den som åsidosätter den. Huruvida åsidosättandet leder till ersättning eller ej får bedömas enligt de diskuterade principerna o culpabedömning i föregående avsnitt.

I 1978 års fall menade HD att det genom projekteringsavtalet hade ”uppkommit förpliktelser för parterna att samarbeta med sikte på en framtida lokalöverlåtelse och därvid ta skälig hänsyn till medkontrahentens intressen”. Man ansåg vidare att livsmedelsföretaget varit skyldigt att lojalt verka för att etableringsfrågan skulle definitivt skulle avgöras och hålla fastighetsägaren underrättad om utvecklingen. Samtidigt konstaterade dock HD att livsmedelsföretaget i ett ”affärsförhållande av detta slag haft fog att förutsätta att motparten själv skulle kunna tillvarata sina intressen...”. Jag anser, i likhet med Votinius resonemang, som redogjorts för ovan, att det här föreligger en motsättning mellan lojalitetsplikten och den mer konventionella löftesprincipen; där ett uttryckligt löfte om att vissa förpliktelser är avgörande för att dessa ska kunna göras gällande. Enligt min mening kan uttalandena i domskälen dock tas som intäkt för att det föreligger en lojalitetsplikt i en prekontraktuell situation, låt vara att det ställs mycket höga krav på att ett förbiseende av denna förpliktelse ska kunna aktualisera något skadeståndsansvar, enligt diskussionen i föregående avsnitt.

- *Vilken roll spelar förekomsten av avsiktsförklaringar i prekontraktuella situationer?*

Enligt min mening är det, enligt resultaten i uppsatsens andra kapitel, tämligen klart att en ren avsiktsförklaring, som inte innehåller några bindande klausuler, inte ensamt kan aktualisera ett ersättningsansvar för onödiga förhandlingskostnader. I NJA 1990 s 745 var det också fråga om ett brev som skickats från bolaget till Bertil L. Detta brev var inte att se som ett letter of intent enligt HD, men brevets karaktär var inte av avgörande betydelse för bedömningen om bolaget gjort sig skyldig till culpa in contrahendo. I NJA 1977 s 92 gav ett brev, som in doktrinen setts som ett letter of intent, inte ensamt upphov till ersättningsansvar, utan detta i kombination med passivitet och konkludent handlande på skadevållarens sida gav upphov till ansvar. Jag ansluter mig således till Adlercreutz uppfattning att culpa är ett nödvändigt rekvisit för att rena avsiktsförklaringar ska kunna leda till ansvar. Enligt min mening är således inte förekomsten av letter of intent inte det avgörande utan detta i kombination med den skadevållande partens beteende i övrigt är det avgörande för att ett ersättningsansvar ska kunna uppkomma. Emellertid anser jag att förekomsten av en avsiktsförklaring bör kunna medföra att culpabedömningen mjukas upp något, särskilt i fall där ena parten påbörjat uppfyllelse av avtalet i tron att förekomsten av en avsiktsförklaring ska leda till avtal och där motparten inser detta utan att underrätta den andre om att slutligt avtal kanske inte kommer till stånd. Eftersom praxis är relativt tunn på området kan man dock bara spekulera i avsiktsförklaringens betydelse för bedömningen om part förfarit culpöst.

När det sedan gäller den besläktade rättshandlingen som brukar benämnas stödbrev eller letter of comfort har utvecklingen i praxis varit likartad. I både NJA 1992 s 375 och NJA 1994 s 204, menade HD att rättshandlingen i sig inte var avgörande, utan omständigheterna i övrigt var av betydelse för

att ansvar utifrån ett culpa in contrahendo-resonemang skulle kunna uppkomma. I NJA 1995 s 586 var det dock formuleringen i brevet som var av avgörande betydelse, vilket har lett till att rättsläget anses osäkert i doktrinen. När det gäller letters of comfort skiljer de sig avsevärt från letters of intent, vilket torde innebära att praxis på ena området inte påverkar det andra. Därför har jag svårt att se att HD skulle kunna komma applicera resonemanget i 1995 års fall på ett fall med förekomst av ett letter of intent, det vill säga att jag tror inte detta fall indikerar att det i ett framtida avgörande i frågan kan komma att resultera i att HD kommer att anse att förekomsten av ett letter of intent i sig kommer att kunna leda till ett prekontraktuellt ansvar vid avbrutna avtalsförhandlingar.

Den betydelse och funktion som ett letter of intent främst har är att det kan ge upphov till moralisk bundenhet enligt min mening. Jag anser att den största risk ett företag tar när det frångår ett letter of intent är att riskera att få ett dåligt rykte i branschen om att vara en opålitlig avtalspartner, vilket i sin tur kan påverka dess lönsamhet på lång sikt.

- *Har förekomsten av formkrav någon inverkan på det prekontraktuella ansvaret?*

Rättsfallet NJA 1973 s 175 har tagits som intäkt i doktrinen för att ett skadeståndsansvar enligt principen om culpa in contrahendo inte kan aktualiseras när det gäller köp av fast egendom. Jag ansluter mig dock till den åsikt att HD i detta fall inte bedömde huruvida köparen uppträtt på ett sådant sätt att ett ansvar grundat på culpa in contrahendo skulle kunna inträda. Överhuvudtaget fanns inget i fallet som tydde på ett sådant beteende, utan köpet kom inte till stånd på grund av att parterna inte kunde komma överens om priset på fastigheten. Sålunda anser jag att rättsfallet inte lägger hinder i vägen för att ett vårdslöst beteende skulle kunna leda till skadeståndsansvar även när det gäller köp av fast egendom, också RH 1996:156 talar för att ett sådant ansvar skulle kunna vara möjligt. Att ansvar skulle kunna undergräva formkravets syfte och på indirekt väg ge upphov till avtalsbundenhet gör dock att det är påkallat att ställa mycket höga krav på att ett vårdslöst beteende ska kunna aktualisera ett skadeståndsansvar i dessa fall.

När det sedan gäller frågan om skriftliga optionsavtal har ju HD slagit fast att dessa gäller vid köp av bostadsrätt, trots förekomst av formkrav även på detta område och att om part inte infriar detta avtal uppkommer skadeståndsskyldighet intill det positiva kontraktsintresset i enlighet med domskälen i NJA 1992 s 66. Ett skriftligt optionsavtal anses dock inte gällande vid köp av fast egendom, på grund av att sådana avtal kan skapa osäkerhet i äganderätten. Jag instämmer dock i de i kapitel fyra refererade åsikterna om att det vid köp av bostadsrätt kan handla om lika mycket pengar som vid köp av fast egendom och att det därför skulle kunna uppfattas som underligt att ersättning kan utgå till det positiva kontraktsintresset vid frångått optionsavtal gällande bostadsrätt, medan HD anser att sådana avtal inte är bindande vid köp av fast egendom, varför inget

skadestånd överhuvudtaget skulle kunna komma i fråga. Jag anser dock att det råder oklarhet i denna fråga och att det är vanskligt i att spekulera i hur rättsläget ser ut på detta område. Dock anser jag att ett icke-bindande optionsavtal vid köp av fast egendom borde kunna aktualisera skadeståndsansvar intill det negativa kontraktsintresset. Detta är särskilt angeläget om köpet ingår i ett större avtal. Omfattande överenskommelser kräver normalt långa förhandlingar och höga kostnader är ofta förknippade med dessa. Att ersättningsmöjligheten för onödiga förhandlingskostnader skulle gå i stöpet på grund av förekomsten av ett formalavtal avseende köp av en fastighet som ingår i överenskommelsen skulle enligt min mening vara olyckligt. Då rättsläget emellertid är osäkert vid köp av fast egendom avseende det prekontraktuella ansvaret anser jag att säljaren bör försäkra sig genom att ingå handpenningavtal med förverkandeklausul (även om NJA 1974 s 526 har klarlagt att handpenningsavtal utan sådan klausul även ger säljaren rätt till ersättning) med köparen. Säljarens ansvar gentemot köparen kan också regleras i ett sådant avtal, även om det inte är vanligt förekommande¹⁵⁹.

När det sedan gäller förekomsten av avtalad skiftform är min mening att kraven för att detta ska anses föreligga mellan parterna är relativt höga. Är inte båda parterna införstådda med vad förfarandet innebär, så visar NJA 1962 s 276 att det åligger part som måste ha insett att motparten tror att avtal kommit till stånd att ta denne ur villfarelsen för att inte riskera bundenhet genom passivitet. Detta menar jag vara en rimlig ståndpunkt och uttryck för en viss lojalitetsförpliktelse; den som besitter ett informationsövertag har en skyldighet att agera för att inte riskera bundenhet eller ersättningsskyldighet.

- *Hur ser det prekontraktuella ansvaret ut för det allmänna vid tillämpning av LOU, och skiljer det sig från det ansvar privaträttsliga subjekt har gentemot varandra?*

Här kan det först konstateras att denna lag är den enda i svensk rätt som uttryckligt stadgar ersättningsansvar vid prekontraktuella situationer. Tillämpningsområdet är dock begränsat eftersom det endast berör det allmännas ansvar vid upphandlingsförfaranden. Den stora skillnaden är att det enligt denna lag ska utgå skadestånd intill det positiva kontraktsintresset, när den upphandlande enheten har brutit mot bestämmelserna i lagen och orsakat leverantör skada. I relationer mellan privaträttsliga subjekt anses ju den gängse storleksnormen i dessa situationer vara skadestånd motsvarande det negativa intresset. Denna skillnad har ju också kritiserats i doktrinen, eftersom ett sådant omfattande skadestånd kan leda till mycket stora kostnader för en upphandlande enhet. Det faktum att en leverantör efter NJA 2000 s 712 endast behöver göra sannolikt att han skulle ha erhållit kontraktet gör också att flera leverantörer skulle kunna komma i fråga för skadeståndsersättning. Denna risk för höga kostnader kan medföra enligt min mening att en upphandlande enhet alltid väljer anbud enligt principen

¹⁵⁹ F. Grauers, Fastighetsköp, 2001, s. 64f.

om lägsta anbudspris, trots att andra kriterier kan användas (förutsatt att de anges i anbudsunderlaget), för att inte riskera att ställas inför ansvar. I förlängningen kan detta leda till försämrad kvalitet inom den offentliga verksamheten; företag som uppfyller andra kriterier än just det med lägsta anbudspris kanske skulle vara de som skulle vara bäst skickade att utföra upphandlingen, men på grund av rädsla hos den upphandlande enheten att dra på sig stort skadestånd om man inte väljer den leverantör med lägsta anbudspris, riskeras de mest kvalificerade leverantörerna att konsekvent ställas åt sidan. Emellertid är ett skadestånd intill det positiva kontraktsintresset en sporre för den upphandlande enheten att sköta upphandlingen på ett korrekt sätt. Att EU-lagstiftningen också förespråkar ett skadestånd i denna storlek är ju ett avgörande skäl för att utdöma skadestånd i denna storleksordning.

När det sedan gäller om huruvida den upphandlande enhetens ansvar ska ses som rent strikt eller inte, vilket Hellner uppfattar NJA 1998 s 873 som tecken på, påverkar detta också risken för det allmänna att ådra sig skadestånd. Ett sådant ansvar skulle ju kunna öka denna risk. Emellertid anser jag, i likhet med Hellner, att det måste föreligga någon form av begränsning här, att det krävs någon form av uppsåtligt eller vårdslöst åsidosättande av lagens bestämmelser. En sådan culpabedömning är ju väsentlig i en prekontraktuell situation mellan två privaträttsliga subjekt, det vore underligt om detsamma inte skulle gälla i en situation reglerad i LOU. Emellertid anser jag att kraven på vårdslöshet möjligen bör vara lägre när det gäller tillämpning av LOU, för att lagens preventiva syfte ska kunna efterlevas.

Frågan om vilka beviskrav som ska ställas när det gäller frågan om leverantör lidit skada har det som nämnts ovan räckt med att leverantör gör sannolikt att han lidit skada. I prekontraktuella situationer måste skadelidande styrka att denne lidit skada (se bland annat NJA 1978 s 147). Detta är ju en ytterligare skillnad mellan LOU och vanliga avtalsrättsliga principer och kan, som konstaterats ovan, leda till ett ökat ansvar för en upphandlande enhet, jämfört med motsvarande situation i ett privaträttsligt förhållande.

6.2 Slutsatser

Den främsta slutsatsen som kan dras från denna uppsats är egentligen att det inte finns något generellt svar på om och när ansvar inträder för den som avbryter avtalsförhandlingar, utan det krävs att man utifrån omständigheterna i varje enskilt fall gör en ingående culpabedömning för att kunna fastslå om ansvar uppkommit. Det ställs också höga krav på denna bedömning, endast kvalificerat oetiskt beteende kan utlösa skadeståndskyldighet hos den som avbryter avtalsförhandling. Men rättsläget måste också anses som tämligen oklart eftersom praxis på området är tunn.

- *Finns det då utrymme för ett utvidgat i ansvar för ren förmögenhetsskada vid vårdslöst vilseledande i prekontraktuella situationer?*

Frågan är om det är möjligt eller ens önskvärt att införa lagstiftning på området i likhet med de bestämmelser i LOU som reglerar det allmännas ansvar i prekontraktuella situationer. Enligt mening skulle detta vara svårt att genomföra. Då LOU reglerar ett specifikt fall av prekontraktuellt ansvar skulle en generell regel på området omfatta ett antal olika situationer, varför det skulle kunna bli svårt att utforma en sådan på ett tillfredställande sätt. Vidare skulle möjligen en lagstadgad regel om att ansvar skulle inträda för den part som avbryter avtalsförhandlingar utan sakliga skäl kunna leda till minskad effektivitet i affärslivet; att kommersiella aktörer skulle vara mindre benägna att ingå förhandlingar på grund av rädsla att ådra sig skadeståndsskyldighet, vilket i sin tur skulle kunna ha som följd att färre avtal ingås. Å andra sidan skulle den kunna medföra ökad trygghet för den part som vet att förhandlingar kommer att medföra stora kostnader och därför tvekar om att ingå i dessa förhandlingar. Det är således en fråga om avvägning mellan olika intressen, men jag anser dock att principen om avtalsfrihet är så pass grundläggande att det inte vore lämpligt att undergräva denna genom ett lagstadgat ansvar för onödiga förhandlingskostnader.

Även om jag sålunda inte förespråkar ett lagstadgat ersättningsansvar avseende culpa in contrahendo, anser jag att lojalitetsplikten bör få ett större utrymme i praxis och att den bör inverka i större utsträckning på culpabedömningen än vad den gör idag. I HD:s bedömning i exempelvis NJA 1978 s 147 har denna lojalitetsplikt visserligen påverkat culpabedömningen men inte haft en avgörande effekt på utgången, vilket jag menar att den borde ha fått. Det är emellertid vanskligt att uttala sig om att en ökad tillämpning av lojalitetsplikten alltid skulle vara av godo, men min åsikt är dock att den bör få mer utrymme i svensk praxis, just för att få ett mer klargörande rättsläge gällande frågan vilken betydelse lojalitetsplikten har i svensk rätt. Jag instämmer med Adlercreutz i hans uttalande att: ”Återhållsamhet med att tillmäta ofullständiga avtal rättsverkan är naturlig, men vår rättskultur torde vara mogen för ett ytterligare steg i sådan riktning.”¹⁶⁰

¹⁶⁰ A. Adlercreutz, SvJT 1987, s. 514.

Litteraturförteckning

Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I, 12 uppl., Studentlitteratur, Lund 2002.

Adlercreutz, Axel, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om letters of intent, principöverenskommelser m.m) SvJT 1987 s. 493-514.

Bogdan, Michael, Rekviem över letters of comfort, Festskrift till Jan Ramberg, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996, s. 71-79.

Forsberg, Niclas, Offentlig upphandling i praktiken, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2001.

Gorton, Lars, Stödbrev redivia, Avtalslagen 90 år, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005.

Grauers, Folke, Fastighetsköp, 15 uppl., Juristförlaget i Lund, Lund 2001.

Grönfors, Kurt, Avtal och omförhandling, Nerenius & Santéus Förlag AB, Stockholm 1995.

Grönfors, Kurt, Avtalslagen, 2 uppl., Norstedts Förlag, Lund 1989.

Hellner, Jan Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1993.

Hellner, Jan Speciell avtalsrätt 2, Kontraktsrätt 2 häftet Allmänna ämnen, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.

Hellner, Jan, Upphandling och skadestånd, JT 1998/99, s. 950-955.

Hellner, Jan & Johansson, Svante Skadeståndsrätt, 6 uppl., Norstedts Juridik AB, Göteborg 2000.

Herre, Johnny, Svensk rättspraxis: Förmögenhetsrätt 1978-2004, SvJT 2005, s. 549-800.

Holmgren, Sven & Lundqvist, Dick, Letter of intent –värt mer än pappret?, Studentlitteratur, Lund 1988.

Hultmark, Christina, Lojalitetsplikten i avtalsförhållanden - närmare bestämt upplysningsplikten rörande rådighetsinskränkningar vid köp av kioskrörelse, JT 1991/92, s.701-704.

Hultmark, Christina, Upplyningsplikt vid ingående av avtal, Juristförlaget JF AB, Stockholm 1993.

Kleineman, Jan, Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993/94, s.433-460.

Kleineman, Jan, Optionsavtal vid köp av bostadsrätt, JT 1991/92, s. 660-667.

Kleineman, Jan, Ren förmögenhetsskada, Juristförlaget, Stockholm 1987.

Kleineman, Jan, Skadeståndgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, JT 1992/93, s.125-140.

Nicander, Hans, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, JT 1995/96, s.31-49.

Olsen, Lena, Ersättningsklausuler, Nerenius & Santéus Förlag AB, Stockholm 1993.

Palm, Ulf & Riberdahl, Curt, Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över, SvJT 1996, s. 644-649.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, 6 uppl, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003.

Ramberg, Jan, Stödbrev och den svårfångade partsavsikten, JT 1995/96, s. 827-832.

Ramberg, Jan, Tolkning av s k stödförklaringar ("comfort letters") JT 1994/95, s.131-137.

Rodhe, Knut, Obligationsrätt, Norstedt & Söners förlag, 1956, nytryck Studentlitteratur, Lund 1984.

Sandgren, Claes, Skyddet för företagshemligheter, JT 1998/99 s. 666-676.

Taxell, Lars Erik, Avtal och rättsskydd, Åbo Akademi, Åbo 1972.

Tiberg, Hugo & Dotewall, Rolf, Mellanmansrätt 9 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000.

Wahl, Nils, Offentlig upphandling och skadestånd – reparation, prevention eller ingendera, JT 1997/98 s. 619-625.

Votinius, Sacharias, Varandra som vänner och fiender, Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm 2004.

Offentligt tryck

Prop. 1972:5 Skadeståndslag
Prop. 1988/89:76 Ny Köplag
Prop. 1992/93:88 Offentlig upphandling
SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling
SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler

Rättsfallsförteckning

NJA 1963 s 105
NJÄ 1973 s 175
NJÄ 1974 s 526
NJÄ 1977 s 92
NJÄ 1978 s 147
NJÄ 1985 s 178
NJÄ 1987 s 692
NJÄ 1990 s 745
NJÄ 1991 s 808
NJÄ 1992 s 66
NJÄ 1992 s 375
NJÄ 1993 s 41 I och II
NJÄ 1994 s 204
NJÄ 1995 s 586
NJÄ 1998 s 633
NJÄ 1998 s 873
NJÄ 2000 s 712
NJÄ 2001 s 3

RH 1996:154
RH 2002:15
T358-99