

OM DET DUNKELT SAGDA

Av Jon Kihlman

1. Inledning

Att vara doktorand under Gunnar Karnells handledning innebär inte minst att man tvingas uppmärksamma och beakta språket och dess nyanser. Jag tror att det är få doktorander som får en så grundlig språklig genomgång av sitt manuskript som har förunnats mig. Språkliga fel, inkonsekvenser och oklarheter undgår honom endast i enstaka fall.¹ Även i sin vetenskapliga produktion har Gunnar hävdat det lämpliga i att man i vart fall i det juridiska språkbruket strävar efter klarhet och tydlighet.² Som professor och prefekt vid Rättsvetenskapliga institutionen vid Handelshögskolan i Stockholm är han mån om att den forskning som bedrivs vid institutionen skall vara till nytta för näringslivet. Det synes mig därför vara lämpligt att hylla Gunnar med ett bidrag om en del av det juridiska språkbruket i näringslivet – kommersiella parter strävan att uttrycka sig så otydligt och oklart som möjligt.

Under den senaste femtonårsperioden har *Letters of Intent* och *Letters of Comfort*³ varit ett återkommande ämne i den juridiska diskussionen.⁴ Diskussionen har i första hand rört frågorna hur dessa handlingar skall klassificeras och vad de har för rättsverkningar. Inledningsvis synes

¹ Av naturliga skäl har Gunnar inte kunnat bistå mig den här gången. Jag har därför ingen möjlighet att ens inför mig själv skylla eventuella misstag på någon annan.

² Se inte minst Karnell, "Avtalsparter mellan rätt och skönstillämpning" i antologin *Om våra rättigheter II*, Stockholm 1983, s. 63 ff., särskilt s. 67 f.

³ Det förekommer även andra uttryck som t. ex. *Letters of Awareness* och *Letters of Support*. På svenska används ibland termen *stödbrev*. Ett *Letter of Intent* benämnes emellanåt *avsiktsförklaring*. Som Bogdan antog i TfR 1988 s. 653 ff. (s. 654) torde emellertid de engelskspråkiga benämningarna – till språkvårdarens förmodade förfaran – ha kommit att dominera.

⁴ Bland litteraturen kan nämnas Holmgren/Lundqvist, *Letter of intent: värt mer än pappret?*, 1988; Gäverth, *Stödbrev*, 1994 (anmäld av Edvardsson i *Skattenytt* 1995 s. 135 ff.); Røseg, *Garantier eller fattigmanns tröst?*, 1992 (anmäld av Ramberg i *JT* 1992–93 s. 718 ff.); Iversen, *Støtteerklæringer*, 1994 (anmäld av Gäverth i *SvJT* 1994 s. 706 ff.); *Forhandlingene ved Det 30 nordiske juristmøtet 1984 del I* s. 245 ff. (Gomard) och *del II* s. 441 ff. (diskussion); Gorton, *Shipping and Contracting*, 1983 s. 43 ff. och i *SvJT* 1989 s. 725 ff.;

tyngdpunkten ha legat på *Letters of Intent*, för att under senare år ha förskjutits så att fokus nu snarare är på *Letters of Comfort*. Under de senaste åren har HD avgjort tre mål i vilka *Letters of Comfort* har förekommit. I NJA 1994 s. 204 (*Ljusne Kätting*) och NJA 1995 s. 586 (*Nordbanken./Consilium Trading & Information AB*) var de aktuella handlingarnas rättsverkningar den avgörande frågan,⁵ medan tvisten i NJA 1992 s. 375 (*Varbergs kommun*) avgjordes på mellanmans- och förvaltningsrättsliga grunder.

Den diskussion som kommer att föras här är av teoretisk och principiell natur. Det är ett praktiskt problemet att ett *Letter of Intent* ibland visar sig vara ett avtal,⁶ medan andra *Letters of Intent* visar sig vara något annat.⁷ På motsvarande sätt kan ett *Letter of Comfort* ibland visa sig vara ett borgensåtagande eller på något annat sätt medföra liknande rättsverkningar,⁸ medan andra *Letters of Comfort* visar sig vara något annat. Dessa praktiska problem kommer inte att behandlas såvitt avser hur gränsdragningen görs i enskilda fall. Inte heller kommer att beröras vilka uttryckssätt som kan hänföras till den ena eller andra kategorin.⁹ Diskussionen kommer huvudsakligen att röra fenomenet som sådant och parter strävan efter oklarhet.

Bogdan i Tfr 1988 s. 653 ff. och 1989 s. 242 f. samt i Festskrift till Jan Ramberg s. 71 ff.; Adlercreutz i Festskrift till Bertil Bengtsson s. 1 ff. och i SvJT 1987 s. 493 ff.; Rodhe i Festskrift till Jan Hellner, s. 481 ff.; Lindqvist m. fl., *Letters of Comfort*, 1989; Ramberg i JT 1992–93 s. 358 ff., 1994–95 s. 131 ff. och 1995–96 s. 827 ff.; Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, 4 uppl. 1994 s. 35 ff. och s. 79 ff.; Simonsen, *Prekontraktuellt ansvar*, 1997 s. 42 ff.; Grönfors/Dotevall, *Avtalslagen*, 3 uppl. 1995 s. 62 f. och s. 94 f. samt Andersen/Nørgaard, *Aftaleloven*, 2 uppl. 1993 s. 29 f. Se även Lando i Festskrift till Birger Stuevold Lassen s. 623 ff. och Farnsworth i Festskrift till Jan Hellner s. 269 ff.

⁵ Se även Ufr 1994 s. 470 H (*Jyske Bank A/S ./ Thyholms Tømmerhandel A/S*).

⁶ Det kan naturligtvis förekomma att förklaringen i stället visar sig vara en annan rättshandling, i första hand ett anbud. Andra rättshandlingar än avtal kommer inte att beröras särskilt i anslutning till diskussionen om *Letters of Intent*. Det som sägs om avtal i detta sammanhang torde emellertid gälla även för andra rättshandlingar.

⁷ Se NJA 1990 s. 745 (*Vacuumpumpen*).

⁸ Se särskilt NJA 1994 s. 204 där HD skadeståndsvägen dömde ut en summa motsvarande den som hade utgått om ett borgensåtagande hade intolkats i handlingen. I fallet hade svarandeparten vitsordat det yrkade beloppet som skäligt i och för sig, varför frågan inte prövades huruvida beloppet mot förmodan skulle ha påverkats av om ersättningen grundades på skadestånd eller på borgen. Se även *Kleinwort Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corp.* [1988] 1 All E. R. 714 (Q. B.). Domen överklagades till *Court of Appeal*, som ändrade den ([1989] 1 W. L. R. 379).

⁹ För en genomgång av hur olika uttryckssätt kan klassificeras se Rodhe a.a. s. 496 f. och Iversen a.a. s. 173 ff. Jfr även Bogdan i Tfr 1988 s. 653 ff. (s. 657 f.), Gorton, *Shipping and Contracting*, 1983 s. 43 ff. och Røsæg a.a. s. 168 ff.

Om det dunkelt sagda

Innan jag närmare diskuterar vad *Letters of Intent* och *Letters of Comfort* kan tänkas vara finns det anledning att något gå in på vad de inte är. Om termerna skall ha någon funktion, så måste de beskriva något som inte redan har en adekvat beteckning. Det finns därför anledning att något gå in på vad en rättshandling är.

Det estetiska värde som åstadkommes genom att använda synonymer saknar juridisk motsvarighet. Tvärtom skapar bruket av synonymer problem genom att antyda en skillnad i betydelse. Om nya beteckning beskriver något som redan har en adekvat beteckning komplicerar de verkligheten i onödan genom att ge sken av att representera något annat.

2. Rättshandlingar

Alla som har elementära kunskaper i juridik vet att avtal skall hållas. Detta är emellertid ett tämligen innehållslöst påstående så länge avtalet inte definieras och skiljs från icke-avtalet. Först när man har slagit fast vad som skiljer avtalet från icke-avtalet är det meningsfullt att säga att avtal skall hållas.

Av avtalslagens rubrik följer att avtalet är en rättshandling. Enligt avtalslagens motiv är en rättshandling en viljeförklaring som har till syfte att "grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande".¹⁰ Förutom avtalet är de rättshandlingar som avses i första hand anbudet och accepten. Definitionen av rättshandlingar innefattar emellertid även åtskilligt annat som uppfyller de angivna rekvisiten.¹¹ Även ett borgensåtagande är en viljeförklaring som grundlägger ett rättsförhållande. Det uppfyller därmed kraven på en rättshandling. Ett *Letter of Comfort* förhåller sig därför till ett borgensåtagande på samma sätt som ett *Letter of Intent* förhåller sig till ett avtal.

Kravet att en rättshandling skall *syfta* till att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande innebär att den som avger rättshandlingen skall ha för *avsikt* att uppnå ett sådant resultat. I art. 14 CISG anges som kriterium för att ett anbud skall föreligga bl. a. att det "indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance." Trots att stadgandet inte är svensk lag¹² torde ingen kunna ifrågasätta dess riktig-

¹⁰ NJA II 1915 s. 232.

¹¹ Se Grönfors/Dotevall a.a. s. 179.

¹² Av 1 § lagen (1987:822) om internationella köp framgår att köplagskonventionens regler om avtals ingående inte är svensk lag.

het även för avgörande om en utsaga är ett anbud enligt svensk rätt.¹³ Om rekvisitet överförs till frågan om *avtal* föreligger eller inte skall det avgöras om handlingen *indicates the intention of the parties to be bound* eller inte. Parternas avsikt härvidlag – och i praktiken naturligtvis det sätt på vilket de uttrycker denna – är helt avgörande för den här diskuterade frågan.

Vikten av att skilja avtal från icke-avtal gör sig gällande med samma styrka när fråga är om andra rättshandlingar. För att begreppet rättshandling skall ha något innehåll krävs därför inte bara att tillämpningsområdet för satsen *pacta sunt servanda* omfattar alla rättshandlingar, utan även att gränsen mot icke-rättshandlingarna dras så att satsen inte tillämpas på de senare – *quod non est pactum, non est servandum*. För att det skall vara sakligt motiverat att använda termen *Letter of Intent* istället för termen *avtal* krävs därför att den förra inte medför bundenhet och således inte är någon rättshandling.¹⁴

3. Letters of Intent och Letters of Comfort

Man kan fråga sig varför en handling utfärdas som inte har några rättsverkningar. Det synes vara ett rimligt antagande att parter i en kommersiell relation inte utfärdar dokument utan att dessa avses ha någon juridisk relevans.¹⁵ I konsekvens med ett sådant resonemang – som bygger på det rimliga antagandet att kommersiella parter vet vad de gör och agerar rationellt – måste man emellertid också kunna utgå ifrån att parter utformar och rubricerar ett dokument som ett avtal om avsikten är att uppnå ett avtals rättsverkningar.

Åtskilliga författare har gjort gällande att ett *Letter of Intent* kan ha begränsade rättsverkningar.¹⁶ De vanligast förekommande exemplen på sådana torde vara att förhandlingarna har nått ett sådant stadium att parterna måste få tillgång till varandras hemligheter och att dessa inte får yppas för utomstående eller på annat sätt användas mot uppgiftslämnaren; att parterna inte får förhandla med någon annan än motparten; att part inte får avbryta förhandlingarna utan att ha goda skäl härför samt att part i vissa fall har rätt till ersättning för utfört arbete. Sådana begrän-

¹³ Mera tveksamt är däremot om den svenska översättningen speglar gällande rätt. Enligt översättningen krävs att ett förslag skall *ange* en avsikt att bli bunden.

¹⁴ Se dock vid n. 16, nedan.

¹⁵ Se t. ex. Bogdan i TfR 1988 s. 653 ff. (s. 659).

¹⁶ Se Gomard a.a. och Hellner a.a. s. 36 ff. Jfr Bogdan i TfR 1988 s. 653 ff.

sade rättsverkningar är emellertid inte rättsföljder av ett *Letter of Intent*. De är i stället konsekvensen av att parterna i en handling som rubricerats *Letter of Intent* har avgivit löften genom vilka de förbundit sig att inte yppa information, att inte förhandla med någon annan, att även i övrigt uppträda lojalt eller att betala för utfört arbete. På liknande sätt anses ibland ett *Letter of Comfort* innebära att utställaren inte får ändra eller ta tillbaka sitt åtagande utan goda skäl.¹⁷ Även här innebär emellertid tillämpningen endast att ett åtagande tolkas in i handlingen som genom tolkningen blir en rättshandling med ett för mottagaren mindre betryggande innehåll än ett borgensåtagande.

Många gånger är den lojalitet som anses åligga en part inte ens en konsekvens av ett intokat löfte att uppträda lojalt. Den följer i stället redan av allmänna regler om avtals ingående.¹⁸ Ett *Letter of Intent* är därför inte i sig grund för utdömmande av skadestånd, men är däremot en *indikation* på att parternas relation är av det slaget att de har en skyldighet att agera lojalt mot varandra.¹⁹ Ett brott mot lojalitetsplikten kan medföra skyldighet att ersätta motpartens negativa kontraktsintresse.²⁰

Det har också gjorts gällande att juridiken endast spelar en begränsad roll i relationen mellan näringsidkare och att ett *Letter of Intent* eller ett *Letter of Comfort* ger uttryck för en moralisk förpliktelse som i de flesta fall är tillfyllest.²¹ Det är ovedersägligen så att åtskilliga tvister slits med beaktande av andra faktorer än sådana som är juridiskt relevanta. När en handling utformas är emellertid inte syftet att slita en tvist, utan i allmänhet att förebygga den. Eftersom lagen i de flesta fall inte kräver iakttagande av viss form syftar en överväldigande del av alla dokument i här diskuterade situationer till att säkra bevisning om vad som har förevarit. Bevissäkringen har två syften. Dels skall bevisningen kunna förebringas i domstol eller skiljenämnd, dels – och framför allt – skall en tvist inte behöva uppkomma alls, eller om den uppkommer kunna lösas långt innan en domstolsprocess eller ett skiljeförfarande skulle ha startats. Även när parter eftersträvar en endast moralisk förpliktelse, saknas det därför anledning att inte kläda denna i juridiskt oklanderlig dräkt:

¹⁷ Se särskilt Bogdan i TfR 1989 s. 242 f.

¹⁸ Se om *Culpa in contrahendo* Simonsen a. a. s. 149 ff., Adlercreutz, Avtalsrätt I, 10 uppl. 1995, s. 103 ff., Karlgren, Avtalsrättsliga spørsmål, 2 uppl., 1953 s. 77 ff., art. 1.7 och 2.15 UNIDROIT Principles samt art. 1:201 och 2:301 Principles of European Contract Law (De senare artiklarnas numrering är hämtad från den senaste (1998) reviderade versionen av Principles of European Contract Law). Jfr även Farnsworth a. a. s. 269 ff.

¹⁹ Jfr Adlercreutz i SvJT 1987 s. 493 (s. 502).

²⁰ Se NJA 1963 s. 105 (*Eriksson ./. Graffman*) och NJA 1990 s. 745.

²¹ Se Bogdan i Festskrift till Jan Ramberg s. 71 (s. 79).

Vi är överens om att vi är moraliskt förpliktade att förhandla med varandra och att ingå avtal om X. Vi har däremot inga juridiska skyldigheter gentemot varandra. Om en av oss uppträder illojalt – genom att avbryta förhandlingarna eller eljest – har motparten därför ingen rätt till ersättning eller annat remedium. Han är däremot i sin fulla rätt att betrakta den andre som en dålig och opålitlig människa som saknar moral.

4. Den eftersträvade oklarheten

Om man bortser från de begränsade rättshandlingar som ofta synes tolkas in i såväl *Letters of Intent* som i *Letters of Comfort*, så återstår handlingarnas kärna – den eftersträvade oklarheten. Eftersom även ett sekretessåtagande, ett åtagande att inte förhandla med andra, ett åtagande att sluta avtal om man inte har goda skäl att inte göra det liksom ett åtagande att ersätta motparten för nedlagt arbete, kan formuleras på ett enkelt och klart sätt i ett avtal som syftar till att reglera just sådana frågor, måste man fråga sig varför näringslivets aktörer väljer att uttrycka den intolkade viljan på ett så komplicerat och inadekvat sätt.

Den *gråzon* parter synes sträva efter måste antagas ligga mellan bundenhet och icke-bundenhet. Strävan synes vara att båda parter skall vara *litet bundna*. Uttryckt i matematiska termer skulle parterna vara bundna till 50 % eller till någon annan procentsats, så länge den varken är 0 % eller 100 %. I en tvist där den ena parten yrkar på utfående av ett belopp på grund av att det finns en rättshandling, medan motparten bestrider yrkandet under åberopande av att så inte är fallet, kan en domstol emellertid svårligen döma ut halva beloppet med motiveringen att rättshandlingen finns "litet grand".²² Den *gråzon* som parterna synes försöka skapa finns inte och kan inte skapas av dem.

Inom andra områden av den dispositiva civilrätten skulle det knappast falla någon rättänkande in att uttrycka sig på ett liknande sätt i syfte att uppnå oklarhet och osäkerhet om utgången av en eventuell framtida tvist. Från köprätten kan som exempel nämnas de förhållandevis osannolika avtalsklausulerna att avtalsföremålet anges vara *en sak*, att leverans anges skola ske *senare* eller att risken anges skola gå över till köparen *någonstans på vägen*. De angivna klausulerna har det gemensamt att de

²² Jfr dock NJA 1977 s. 717 (*Porschemålet*) i vilket en gåvoutfästelse jämkades med det praktiska resultatet att den kan sägas ha funnits "litet grand". Fallet torde vara ett av de mer diskuterade i modern svensk civilrätt, se bl. a. Karnell a. a. s. 72, 74 och 80 och Nordenson i Rättsfall att minnas, 1997 s. 239 ff.

gör det närmast omöjligt att förutse hur en domstol kommer att tolka dem. Varför strävar parter inte efter osäkerhet i dessa situationer? Varför är osäkerhet eftersträvansvärd i den viktigaste frågan – huruvida ett avtal föreligger – när klarhet och säkerhet eftersträvas inom själva avtalet?

Ett förmögenhetsrättsligt avtal är i allmänhet en funktion av ekonomiska överväganden. Parterna har kommit fram till att de båda tillförs ett mervärde genom transaktionen, eljest skulle de inte genomföra den. Det ligger i bådats intresse att avtalet blir så ekonomiskt funktionellt som möjligt. Reglerna om riskövergång kan tjäna som exempel. Om risken enligt avtalet går över till köparen *någonstans på vägen*, så innebär redan osäkerheten om utfallet av tolkningen av klausulen en kostnad, eftersom varor ibland skadas under transport och den skada som *kan* uppkomma måste återspeglas i prissättningen. Osäkerheten innebär att varan blir dyrare än vad den hade behövt vara, utan att säljaren tillförs något extra värde.

På liknande sätt förhåller det sig med *Letters of Intent* och *Letters of Comfort*. Genom att inte uttrycka sig på ett adekvat sätt skapar parterna antingen en situation i vilken en av dem kan komma att vidta åtgärder i den felaktiga tron att motparten är bunden, eller en i vilken en av dem kan komma att underlåta att vidta åtgärder i den felaktiga tron att han inte är bunden. Eftersom ingen av parterna kan vara säker på att han har gjort den riktiga tolkningen, så måste de båda på något sätt försäkra sig mot risken att den egna tolkningen är felaktig. "Försäkringspremien" innebär att transaktionskostnaderna blir högre än vad de hade behövt vara och att parternas förhållande – oavsett om det är ett avtalsförhållande eller ett icke-avtalsförhållande – därför inte är ekonomiskt optimalt.

Antag t. ex. att ett företag (A) vill försäkra sig om att en underleverantör (B) har tillgänglig kapacitet för den händelse ett stort kontrakt som A håller på att förhandla fram med C blir av. Tillgången till kapaciteten hos B – eller hos någon annan underleverantör – är en förutsättning för att A skall kunna uppfylla ett eventuellt avtal med C. Så snart det finns en chans att B kunde utnyttja kapaciteten på annat sätt innebär det en kostnad om den låses för A:s räkning så att den inte utnyttjas. Om B låter kapaciteten stå outnyttjad utan vederlag måste han kompensera sig härför i sin övriga prissättning, med minskad konkurrenskraft som följd. Om A sluter avtal med C och det visar sig att B utnyttjar kapaciteten på annat sätt och att han har rätt därtill, så riskerar A att hamna i dröjsmål gentemot C utan något remedium gentemot B. Det ligger därför i båda parter intresse att göra klart för sig och för varandra vad de kan förvänta sig av den andra. Ett *Letter of Intent* tillfredsställer inte dessa krav eftersom det innebär att A *kanske* har försäkrat sig om tillgång till kapaciteten hos B, medan B *kanske* kan

utnyttja kapaciteten på annat sätt utan att A kan ha några juridiskt grundande synpunkter därpå.

Medan ett *Letter of Intent* i allmänhet endast berör de parter som har upprättat dokumentet, finns det även andra inblandade när fråga är om ett *Letter of Comfort*. Ett sådant syftar ofta till att den utställande parten inte skall behöva redovisa sitt eventuella åtagande som ett borgensåtagande i sin redovisning.²³ Anledningen härtill är att det skulle påverka utställarens möjlighet att själv få kredit vid en senare tidpunkt på ett negativt sätt.²⁴ Syftet är således att ge utställarens redovisning ett bättre utseende än vad i vart fall mottagaren av ett *Letter of Comfort* hoppas att den egentligen borde ha. I ett fall där detta är den enda bevekelsegrunden för att ställa ut ett *Letter of Comfort* i stället för ett regelrätt borgensåtagande – och där utställaren således har för avsikt att uppfylla sitt åtagande om det behövs – skulle syftet därför vara att vilseleda utställarens eventuella framtida kreditgivare. I en sålunda renodlad situation torde såväl utställande som betingande av ett *Letter of Comfort* kunna vara brottsligt. I vart fall torde risken för ett personligt skadeståndsansvar vara överhängande.²⁵ I relationen mellan parterna kan bruket av *Letters of Intent* och *Letters of Comfort* däremot knappast medföra något straffrättsligt ansvar, i vart fall inte så länge oklarheten har varit parternas gemensamma syfte, eftersom alla inblandade då är lika goda kålsupare.

5. Avslutning

Parter i såväl en avtalsrelation som en icke-avtalsrelation har mycket att vinna på att klargöra vilket slags relation de har eller står i begrepp att ha. Förvisso kommer en av dem att ”vinna” och en att ”förlora” om förhållandets art måste avgöras av en domstol eller en skiljenämnd. Eftersom det stora flertalet fall där de här diskuterade dokumenten används inte avslutas på det sättet är emellertid parternas perspektiv när handlingen upprättas av större intresse. Genom att använda *Letters of Intent* eller *Letters of Comfort* skapar parterna en situation där det är omöjligt att på förhand avgöra vem som kan komma att bli sittande med Svarte

²³ Se NJA 1995 s. 586 (s. 590) och UfR 1994 s. 470 H (s. 477).

²⁴ Se Gäverth i SvJT 1994 s. 706 ff. (s. 707), Bogdan i Festskrift till Jan Ramberg s. 71 (s. 78) och Blix i Lindqvist m. fl. s. 34 ff.

²⁵ Jfr NJA 1987 s. 692 (*Kone Invest AB*), liksom Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987 s. 417 ff.

Om det dunkelt sagda

Petter. Bruket av *Letters of Intent* och *Letters of Comfort* torde därmed regelmässigt motverka parternas intressen genom att omöjliggöra den förutsebarhet som i alla andra fall anses vara ett eftersträvansvärt idealtillstånd.

Månne är det allt som oftast även dunkelt tänkt?

