

Obehörig vinst rediviva

MÅRTEN SCHULTZ

”A person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another’s disadvantage is obliged to that other to reverse the enrichment.”

VII. – 1:101, Draft Common Frame of Reference (DCFR)

”Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.”

812 § (st. 1), BGB

”[A] person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other.”

Restatement of Restitution (1937), § 1

Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten

Under vinjetten ”Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten” skall jag i detta och två kommande nummer av Svensk Juristtidning presentera några ämnen i den kommersiella civilrättens framkant. Bakgrunden till artikelserien är att det på senare år har dykt upp ett antal nya, eller ”nygamla”, linjer i den förmögenhetsrättsliga argumentationsfloran som kommit att få allt större betydelse. Det är framför allt Högsta domstolen som i sin prejudikatsbildande verksamhet kommit att utmejsla dessa argument som kan utgöra ett kompletterande rättsligt instrument i vissa situationer. Dessa argument framstår också som något av en outnyttjad resurs: Den kreativa juristen kan hämta näring ur dessa argument och det oftare än vad man kanske kan tro.

De argumentationslinjer som skall presenteras i tre artiklar är: 1) Obehörig vinst-argument, 2) Rättighetsargument, 3) Komparativrättsliga argument. Samtliga dessa argumentationslinjer har givit avtryck i HD:s senare

praxis men har inte fått det genomslag de förtjänar. Dessa artiklar syftar till att, ehuru skissartat, beskriva och analysera vad dessa argumentationslinjer kan innebära och vilka möjligheter de erbjuder. Förhoppningsvis kan även dessa impressionistiskt tecknade introduktioner uppmuntra fler jurister inom olika yrkeskategorier att understundom ”tänka utanför lådan” och att inte stanna vid de etablerade argumentationsspåren. I dessa nya inslag i den civilrättsliga argumentationsarsenalen finns det goda verktyg som den kreativa juristen kan använda i förvånansvärt många typer av situationer. Det gäller särskilt den argumentationslinje som behandlas i denna första del av artikelserien, nämligen obehörig vinst-argument.

Obehörig vinst-argument

Inledning

Denna artikel argumenterar för att svensk rätt innehåller en allmän rättsprincip om obehörig vinst som det finns behov av att utveckla till en full juridisk disciplin.¹ Men uttrycket obehörig vinst kan i sig förmodligen framstå som obskyrt för många jurister. Till att börja med kan obehörig vinst-argument framföras med olika anspråk och funktioner. Argumenten kan således inordnas i en större lära om obehörig vinst eller subsumeras under en allmän oskriven rättsprincip om obehörig vinst men behöver inte göra det – vinstargumenten kan också spela en roll som ett rättspolitiskt argument inom andra discipliner, t.ex. som en särskild beräkningsregel av en ersättning.²

Anledningen till att obehörig vinst-argument inte hör till de självklara inslagen i den civilrättsliga diskussionen är att de under lång tid betraktats med skepsis i svensk rätt. Det finns olika förklaringar till det. En viktig förklaring torde vara den hårda kritik mot alla slags obehörig vinst-argument som framfördes av företrädare för den skandinaviska realismen i svensk rättsvetenskap under den första hälften av 1900-talet.³ ”Obehörig vinst” var enligt denna

¹ Nedan kommer jag understundom att förkorta obehörig vinst-uttrycket och istället tala om ”vinstresonemang”, ”vinstargument” och liknande. När jag talar om ”vinstläran” så skall det alltså förstås som en förkortad version av ”läran om obehörig vinst”.

² På det senare sättet används vinstargument idag inom flera olika discipliner, t.ex. i immaterialrätten. Se för några betraktelser om vinstbaserade ersättningsberäkningar vid skadestånd för kränkning Mårten Schultz, *Kränkning*, Stockholm 2008, kap. 4.

³ Se allmänt Jan Hellner, *Obehörig vinst*, Stockholm 1950, som är en gedigen kritik mot olika slags obehörig vinst-resonemang. Hellner hade i detta avseende en föregångare i Vilhelm Lundstedt, vars karakteristik har blivit famös: ”Vad angår begreppet ”obehörig vinst”

uppfattning ett nonsensuttryck som inte hörde hemma i en rationell argumentation. I ett sådant paradigm är det inte förvånande att jurister drog sig för att använda vinstresonemang. Sverige har således i komparativrättsliga sammanställningar klassificerats som ett av de länder i Europa där obehörig vinst-resonemangen stått allra lägst i kurs.⁴

Under senare tid har den negativa inställningen till vinstresonemang kommit att träda tillbaka, både i normbildningssammanhang och i rättstillämpning. Europeiseringen bidrar till detta: I många andra rättsordningar uppfattas obehörig vinst som ett självklart inslag i den civilrättsliga begreppsfloran.⁵ De europeiska principförslag som tagits fram utgår från denna inställning och vinstjuridiken intar där en viktig position, som ett komplement till de obligationsrättsliga och skadeståndsrättsliga ansvarssystemen. Tanken är också tydlig i de europeiskt påverkade ansvarsregler som sjösatts, t.ex. i immaterialrätten genom det från den allmänna debatten välkända sanktionsdirektivet (IPRED).

Den rättsvetenskapliga inställningen har inte hängt med i denna utveckling och det samma gäller även för andra delar av den juridiska litteraturen (med vilket jag främst här avser lärobokslitteraturen). Det har medfört en märklig diskrepans mellan ”law in fact” och ”law in books”:⁶ Samtidigt som lagstiftare och rättstillämpare i allt högre grad börjar rita om sina civilrättsliga kartor till att (åter) inkludera obehörig vinst, så kan en svensk student gå igenom en hel juristutbildning utan att komma i kontakt med obehörig vinst-

visar detsamma blott, att jurisprudence då och då har garderobsorg”, Vilhelm Lundstedt, *Obligationsbegreppet I*, Uppsala 1929, s. 168 ff., n. 2.

⁴ Det har således hävdats att svensk rätt är än mer avogt inställd till vinstläran än common law-länderna där skepsisen brukar betraktas – eller kanske snarare brukade betraktas – som stor, se Peter Schlechtriem, Christoph Coen och Rainer Hornung, *Restitution and Unjust Enrichment in Europe*, *European Review of Private Law* 2001, s. 377 ff., på s. 378. Schlechtriem har även givit ut en större komparativrättslig undersökning av obehörig vinst, se Peter Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, vol I, Tübingen 2000; vol. 2, Tübingen 2001.

⁵ En särskilt aspekt av detta är att i och med att Sverige kommit att delta i den moderna europeiska privaträttsdiskursen så blir inflytandet från den tyska rätten mindre dominerande. Kritiken mot obehörig vinst i svensk rättsvetenskap har ofta haft sin särskilda udd mot den tyska varianten av vinstläran. Karlgren framhåller således i sin förhållandevis sentida undersökning att den tyska utformningen av obehörig vinst-institutet ”ligger till grund för våra föreställningar om detsamma”, Hjalmar Karlgren, *Obehörig vinst och värdeersättning*, Stockholm 1982, s. 56.

⁶ Jmf. Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 *American Law Review*, s. 12 ff. (1910).

tematiken eller med intrycket att det är ett kuriosum från svunna tider eller en onödigt beståndsdel i kontinentaleuropeiska system.⁷ Den senare inställningen överensstämmer även med hur framträdande svenska rättsvetenskapsmän betraktat ämnet.⁸ Och i den allmänna obligationsrättsliga litteratur som de flesta juridikstudenter skolas in i systemet med så finns det inte så mycket som tyder på en allmän obehörig vinst-princip.⁹

Det är nu hög tid för den juridiska litteraturen att spela vidare den passning som domstolarna och lagstiftningen levererat. Det är tid för en den obehöriga vinstens återkomst. Grogrunden för en sådan utveckling är god: Det finns ett förnyat förtroende för vinstresonemang i den praktiska juridiken. Den teoretiska kritiken mot obehörig vinst-läran har för länge sedan passerat sitt bäst-före-datum.¹⁰ Det europeiska inflytandet utmanar den obehörig vinst-negativa inställningen och ställer dessutom krav på svensk rätt att återinföra vinstersättningsmöjligheter i vissa situationer där de tidigare mönstrats ut.

Vad är ett vinstargument?

Ett vinstargument är typiskt sett ett argument som hävdar att en ersättning skall eller kan utgå från en person (B) till en annan (A) eftersom det skett en otillbörlig förmögenhetsförskjutning som skall gå åter, eftersom B annars

⁷ Det skall dock framhållas att det finns undantag. I allmänna framställningar i fordringsrätt nämns obehörig vinst ibland, närmast som ett rättsfaktum som kan ge upphov till en fordringsrätt.

⁸ Jan Hellner höll fast vid sin negativa inställning fram till sitt frånfälle mot en obehörig vinst-princip som han ansåg vara en olämplig sammanfattning av ett antal heterogena företeelser, se härom Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, Stockholm 2001, s. 70 och 134 f. Torgny Håstad instämde i Hellners skepsis mot obehörig vinst som en allmän rättsprincip i sin avhandling, se Torgny Håstad, *Tjänster utan uppdrag*, Stockholm 1973, särskilt konklusionen av diskussionen om HB 18:3 på s. 36. Härvid kan dock jämföras synsättet i NJA 2007 s. 519 där Håstad var referent.

⁹ Ett tydligt exempel är den klassiska översiktsframställningen i civilrätt, som numer bär Anders Agells och Åke Malmströms namn, där obehörig vinst nämns enbart i ett undanskymt sammanhang i samband med en utvikning rörande HB 18:3. Se Anders Agell och Åke Malmström, *Civilrätt*, 20 uppl., Stockholm 2007, s. 104.

¹⁰ Den skandinaviska realismens faiblesse för att avfärda traditionella juridiska konstruktioner, t.ex. obehörig vinst-principen, som cirkelresonemang har sedan länge avslöjats som metodimperialistiska skenargument: Det är naturligtvis inte cirkulärt att påstå att rättsordningen tillhandahåller en rätt till ersättning för vinst under förutsättningen att en förmögenhetstransaktion eller en vinst uppstått med grund i den potentiella gäldenärens rättighet obehörigen. Se dock Jan Hellner, *Jan Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen*, Stockholm 2001, s. 51.

skulle göra en obehörig vinst. Beräkningen av ersättningen brukar därvid anses böra ske just utifrån vinstsynsättet: En vinstersättning syftar definitionsmässigt till att undanröja det obehöriga *berikandet*. Redan här rymmer sig åtskilliga komplikationer, varav vissa skall tangeras i slutet av denna artikel.

Det kan omedelbart konstateras att uttrycket ”vinstargument” i sig är mångtydigt. Uttrycket behöver kvalificeras på olika sätt.¹¹ För förevarande syfte räcker det med att identifiera två typer av vinstargument.

Den första typen av vinstargumentet är argument som påstår att gällande rätt innehåller en särskild allmän rättsprincip om obehörig vinst. En sådan princip är en norm som säger att under vissa omständigheter – där någon gjort en vinst som i någon bemärkelse betraktas ha skett på en annans bekostnad i vid bemärkelse – så skall den berikade ersätta den förfördelade, företrädesvis med ett belopp motsvarande vinsten. Den andra typen av vinstargument är argument om att tanken, eller idén, om obehörig vinst tillhandahåller en rättspolitiskt rimlig motivering som kan användas i rättsliga sammanhang. En vinstmotivering innebär att vinstargument framförs som stöd för en rättslig lösning, eller en rättslig norm, t.ex. på så sätt att en viss rättsregel motiveras med att om en sådan regel inte tillhandahölls skulle rättsordningen tillåta att någon kunde göra en obehörig vinst på en annans bekostnad.

Båda dessa argument kan framföras med preskriptiva eller deskriptiva anspråk, d.v.s. de kan framföras antingen som ett påstående om att rättsordningen redan idag uppställer en obehörig vinst-princip eller att rättsliga institutioner använder sig av vinstmotiveringar, eller som ett påstående om att rättsordningen borde uppställa en sådan princip eller använda sig av vinstmotiveringar.

Vinstargument i Högsta domstolen

Allmänt

Någon allmän lagregel om obehörig vinst, motsvarande de inledningsvis citerade reglerna i DCFR och BGB, finns inte i svensk rätt. Det finns förvisso en regel i 18 kap. 3 § handelsbalken som utgör ett visst författningsstöd för

¹¹ I Jan Hellners epokgörande framställning av obehörig vinst så särskiljes i den andra avdelningen – som behandlar ”Den allmänna grundsatsen om obehörig vinst” – mellan grundsatsens användning som *motivering* (idag skulle vi kanske säga rättspolitiskt argument), vinstgrundsatsens användning som *positiv rättsregel* och ”vinst som *grund och som omfattning för ersättningskyldighet*”, Jan Hellner, Om obehörig vinst, Stockholm 1950, s. 137 ff.

vinstbedömningar, men regelns praktiska implikationer framstår väl idag som begränsade (jmf. dock härvid 27 § i den betydligt modernare avtalslagen).¹² Kapitlet är enligt sin rubrik i vart fall begränsat till sysslomannaombudsmannaförhållanden vilket gör att regeln enbart omfattar en del av de situationer där vinstresonemang kan aktualiseras. Det gör att stödet för allmänna vinstresonemang får sökas annorstädes, närmare bestämt i praxis.

Det står klart att Högsta domstolen utgår från att vinstargument har en roll att spela i båda de avseenden som ovan togs upp. HD använder sig således av vinstargument både som en motivering för normer och för att uttrycka att obehörig vinst är en självständig, allmän rättsprincip i svensk rätt.

Vinstmotiveringar i Högsta domstolen: Exemplet *condictio indebiti*

Misstagsbetalningar brukar betraktas som paradigmexemplet på när obehörig vinst-principer gör sig gällande: Om en mottagare av en misstagsbetalning skulle få behålla pengarna skulle hon göra en obehörig vinst.¹³ Rätten till återbetalning i dessa situationer brukar i svensk rätt ofta betecknas som *condictio indebiti*.¹⁴

Svensk rättsvetenskap har intagit en besynnerlig inställning till förhållandet mellan *condictio indebiti* och obehörig vinst. I den ledande framställningen om obehörig vinst i svensk rättsvetenskaplig historia, Jan Hellners avhandling, så är misstagsbetalningar helt undantagna.¹⁵ Nu kan man i och för sig förstå att en författare i ett så mångfacetterat och svårångat ämne som obehörig vinst måste avgränsa sitt undersökningsområde med en särskilt

¹² Regeln behandlas i Hjalmar Karlgren, Utan det vises, det honom till nytta använt är” i: Minnesskrift tillägnad 1734 års lag II, Stockholm 1934.

¹³ Jmf. t.ex. Jack Beatson och Eltjo Schrage (red.), *Unjustified Enrichment*, Oxford 2003 (“The transfer of property by mistake is regarded as the most elementary instance of unjust enrichment.”) Det är även grundtemat hos ex. Peter Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford 2003 (passim).

¹⁴ Redan beteckningen indikerar principens romerskrättsliga bakgrund. Zimmerman beskriver såväl principens tyngd och dess förhållande till obehörig vinst i följande passage: ”Though probably not the oldest of the Roman unjustified enrichment claims, the *condictio indebiti* became undoubtedly their most important species”. Se Reinhard Zimmerman, *The Law of Obligations*, Kapstaden 2001, s. 848 (med utveckling på följande sidor och senare utveckling på s. 866 ff.) *Condictio indebiti* är ett klassiskt förmögenhetsrättsligt ämne, men det finns inte så många moderna framställningar som speciellt behandlar rättsprincipen (om än principen tas upp i allmänna framställningar i fordringsrätt). I äldre rättsvetenskap finns det dock flera exempel härom t.ex. Phillips Hult, *Condictio indebiti*, i *Juridisk debatt*, Uppsala 1952, s. 42 ff.

¹⁵ Se Jan Hellner, *Om obehörig vinst*, Stockholm 1950, s. 2.

snäv passare. Ur ett samtida perspektiv framstår i alla fall en obehörig vinstundersökning som undviker *condictio indebiti* som en skadeståndsundersökning som undviker *culpae*-regeln: Det är essentiella element som är oundgängliga för en förståelse av de övergripande frågeställningarna.

I Högsta domstolens praxis¹⁶ så har också *condictio indebiti* uppfattats som sammanhängandes med obehörig vinst-tematiken. I NJA 1999 s. 575 var frågan om en överföring som en bank gjort till följd av ett bedrägeri och som banken försökte kräva tillbaka.¹⁷ HD uttalar sig därvid generellt om *condictio indebiti*-regelns (HD betecknar det som principerna om *condictio indebiti*, i plural) position i svensk rätt.

”Ett av de huvudargument som har brukat åberopas för den principiella återkravsrätten vid traditionella *condictio indebiti*-situationer är att det, om betalningsmottagaren får behålla vad han har uppburit, uppkommer en förmögensförskjutning till hans förmån utan rättsgrund: han gör en obehörig vinst.”¹⁸

Uttalandet utsattes för en svidande kritik av Jan Hellner, som menade att regeln stod på egna ben i svensk rätt och således inte behövde stöd ”av vare sig läran om obehörig vinst eller förutsättningsläran, causaläran, ”kvasikontrakt”, implicerat villkor vid betalningen eller någon annan av de konstruktioner som förekommer.”¹⁹ Ur ett komparativrättsligt perspektiv framstår denna breddsida som märklig. Högsta domstolens argumentation ligger helt i linje med hur rätten till återbetalning vid misstagsbetalningar brukar betraktas i västerländska rättsordningar.²⁰

¹⁶ En redogörelse för denna praxis finns hos Lars Gorton, *Condictio indebiti* i nyare svensk rättspraxis, *Handelsrättsliga variationer*, Lund 2009, s. 151 ff. (Ursprungligen publicerad i JFT 4–5/2005, s. 452 ff.)

¹⁷ Omständigheterna i fallet var egentligen tämligen komplicerade, men i detta sammanhang behöver vi inte gå in på detaljerna.

¹⁸ Denna formulering ligger i sin tur nära den ovan citerade obehörig vinst-regeln i tysk rätt (BGB, § 812). Se vidare härom Jan Hellner, *Betalning av misstag*, JT 1999–2000, s. 409 ff.

¹⁹ Jan Hellner, *Betalning av misstag*, *Juridisk tidskrift* 1999–2000, s. 413. Hellners auktoritet kan måhända ha haft betydelse när HD några år senare, i NJA 2001 s. 353 återigen hade en *condictio indebiti*-situation uppe för prövning. I det senare fallet lyste nämligen det öppna vinst-resonemanget från 1999 års fall med sin frånvaro.

²⁰ Sålunda karakteriserar Zimmerman principen i en uppsats om romersk rätt och europeisk harmonisering som central för obehörig vinst-läran ur det romerska perspektivet: ”that most central of these enrichment actions, the *condictio indebiti*”, Reinhard Zimmerman, *Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe*, i *Towards a European Civil Code*, 3 uppl., Nijmegen 2004, s. 26.

Högsta domstolens resonemang är tvärtom övertygande. Obehörig vinsttankegången uppfattas överlag som ett viktigt motiv för *condictio indebiti*. Det finns djupa argument som talar för en sådan ordning.²¹ Det finns dessutom metodologiskt-instrumentella skäl som backar upp HD:s approach: Vinstargumentet som motivering för en princip som *condictio indebiti* kan hjälpa till att föra tankarna åt rätt håll i avvägningssituationer genom att tillhandahålla en rättspolitisk grundprincip. I förevarande sammanhang är det viktigaste med 1999 års dom att den ger ett gott exempel ur modern praxis på hur vinstmotiveringar kan användas av Högsta domstolen i paradigmatiske sammanhang. Det finns flera andra exempel som också skulle kunna anföras.²²

Det betyder inte att obehörig vinst-motiveringen kräver att alla misstagsbetalningar skall gå åter. Den flexibla inställning som praxis intagit till *condictio indebiti*, som innebär att misstagsbetalningar under vissa omständigheter inte medför rätt till återkravs rätt (t.ex. om mottagaren i god tro inrättat sig efter betalningen), motsägs inte av att återkravs rätten motiveras med obehörig vinst-argument. Vinst-argumentet skall inte betraktas som en rigid regel som kräver en viss rättsföljd i dessa fall, utan som en lösare princip som tillhandahåller ett slags normativt riktmärke.

Vinstprincipen i Högsta domstolen

Den största frågan för svensk rätt är om det kan sägas att det finns en allmän obehörig vinst-norm i svensk rätt, en allmän rättsprincip om obehörig vinst. Många svenska jurister skulle nog anta att det inte finns någon sådan allmän rättsprincip. Av senare HD-praxis får emellertid anses stå fullständigt klart att en sådan rättsprincip hör till gällande rätt.

²¹ Se t.ex. Dennis Klimchuk, *The Normative Foundations of Unjust Enrichment*, i Robert Chambers m.fl., *The Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford 2009, s. 81 ff. och Prince Saprai, *Unconscionable Enrichment?*, i samma volym, s. 416 ff.

²² Vinstmotiveringar aktualiserades även t.ex. i NJA 2004 s. 52, om än utan det fick betydelse i det enskilda avgörandet. Fallet är emellertid ett exempel på vinstmotiveringarnas breda applikation, i det att fallet rörde en sakrättslig fråga, nämligen ersättnings beräkning vid vindikation av surrogat för leasingegendom.

Två fall om ersättning för nyttjande av fast egendom

I NJA 1993 s. 13 hade en fastighetsägare begärt skadestånd från en underhyresgäst som kvarstannat i en lokal, efter att avtalet mellan fastighetsägaren och avtalsparten sagts upp. Något avtal mellan fastighetsägaren och underhyresgästen fanns således inte. Fastighetsägaren hävdade att kvarstannandet var brottsligt och att skadestånd skulle utgå enligt regeln i skadeståndslagen 2 kap. 4 § (numer 2 kap. 2 §) om ersättning för ren förmögenhetsskada vid brottslig gärning. Högsta domstolen fann att inget brott kunde läggas svaranden till last. Emellertid prövade domstolen anspråket under en annan ”rättsregel”. (HD:s formulering av hur principen om *jura novit curia* skall tolkas innebär att domstolen kan subsumera yrkandet under rätt norm.) Genom att svaranden hade nyttjat fastighetens lokaler utan stöd i avtal uppstod, konstaterade HD, en skyldighet att ersätta fastighetsägaren motsvarande skäligen hyra. Fallet har tolkats som liggandes nära ersättning för obehörig vinst.²³

Här kan det noteras att HD alltså dömde ut ersättningen som *skadestånd*, och inte som någon annan typ av ersättning. Att det i praktiken var fråga om ett skadestånd med sitt idémässiga hemvist i ett vinstsynsätt står klart genom senare praxis.

I NJA 2007 s. 519 hade ett konkursbo använt en hyreslokal efter det att konkursgäldenärens avtal slutat att gälla. Frågan var om massaansvar motsvarande kostnaden för hyra förelåg (vilket det gjorde). Detta senare fall är intressant för förevarande avseende eftersom HD i domen fick anledning att uttala sig om vad som egentligen var den rättsliga grunden i 1993 års fall. I 2007 års dom uttalades: ”Situationen [i konkursfallet] ter sig därmed likartad den som förelåg i rättsfallet NJA 1993 s. 13. I det rättsfallet slog HD fast att den som använde en lokal utan avtalsstöd skulle utge ersättning motsvarande skäligen hyra för nyttjandet. Utgången får antas närmast ha *grundats på allmänna förmögenhetsrättsliga principer om obehörig vinst.*”²⁴

2007 års dom var, till skillnad från 1993 års dom, enhällig. Det fanns således att robust stöd i HD i den senare sammanfattningen för tolkningen att ett skadestånd kan utgå för att ersätta en obehörig vinst.²⁵ Intressantare i detta sammanhang är emellertid att HD tydligt framhåller att obehörig vinst är en autonom rättsprincip i svensk rätt – kanske till och med *flera* rättsprin-

²³ Jmf. Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 7 uppl., Stockholm 2006, s. 421.

²⁴ Min kursivering. Referens utelämnad ur citatet.

²⁵ Se härvid även justitierådet Lindskogs kommenterar kring 2007 års fall i sin skiljaktiga motivering i NJA 2009 s. 41.

ciper – vilket går bortom vinstargumentens implikationer för den skadeståndsrättsliga analysen. Domarna ger med andra ord tillsammans ett explicit stöd för obehörig vinst som självständig, allmän rättsprincip.

Ett fordringsrättsligt fall

Det kan framstå som vådligt att slå fast att obehörig vinst är en allmän rättsprincip med stöd enbart i de två fallen rörande anspråk på hyresersättning. Men det finns mer underlaget för karakteristiken än dessa avgöranden. Vinstresonemang förekommer i ett flertal avgöranden från senare tid, även om de understundom förs utan att uttrycket ”obehörig vinst” förekommer.²⁶

Ett i sammanhanget intressant avgörande från Högsta domstolen är domen från 24 juni 2009 (T1717-08), vilket inte tycks avsett att inkluderas i Nytt Juridiskt Arkiv (och inte heller finns tillgängligt på HD:s hemsida). Fallet är tydligt i sin inställning till obehörig vinst-principen som en allmän rättsprincip men omständigheterna var delvis oklara. En placeringsrådgivare hade kontorsgemenskap med en advokatbyrå. Placeringsrådgivaren hade i enlighet med ett uppdrag från en av advokatbyråns klienter VB föranstaltat om att pengar som var insatta på ett klientmedelskonto hos Nordea skulle föras över till ett företag i Monte Carlo, ”varefter beloppet synes ha försvunnit”. Placeringsrådgivaren, som alltså inte var anställd vid advokatbyrån, hade inte behörighet att disponera pengarna på klientmedelskontot. VB tog efter förlikning med advokatbyrån över det anspråk på mot Nordea som advokatbyrån hävdade i egenskap av innehavare av klientmedelskontot. Domstolen konstaterade att byrån inte ratifierat eller på annat sätt godtagit betalningen och att den därför inte kunde anses ha skett med befriande verkan för Nordea. Därefter skriver HD:

”En annan sak är att en skyldighet för Nordea att på nytt betala ut beloppet skulle kunna tänkas bilda underlag för ett återgångskrav från Nordea gentemot Veronica Björling eller advokatbyrån grundat på principen om obehörig vinst, en ståndpunkt mot vilken även invändningar skulle vara tänkbara.”

I sak bifölls VB:s talan, vilket inte tycks så förvånande eftersom hon nu övertagit advokatbyråns anspråk på banken.²⁷ Det intressanta för föreva-

²⁶ Jori Munukka diskuterar dessa fall i Är obehörig vinst en svensk rättsprincip?, Ny Juridik 2009, p. 2.

²⁷ Om man lyfter blicken från de rent rättsliga frågorna så kan utgången, om det skulle stanna vid det här, emellertid framstå som orimlig. V.B. har i fallet, såvitt jag kan förstå av

rande vidkommande är emellertid att Högsta domstolen till synes utan tvekan anförde ”principen om obehörig vinst” – den här gången uttryckt i singularis-formen – som ett möjligt stöd för en återkravs rätt. Nu skall man i och för sig vara försiktig med att mjölka ett obiter dictum av detta slag, men den otvetydiga referensen till vinstprincipen får betraktas som ett tydligt tecken på att Högsta domstolens ledamöter inte delar den skepsis mot principen som tidigare präglat svensk rätt.

Framåtblickar

I Högsta domstolens praxis finns det således stöd för att obehörig vinst-resonemangen har gjort ett återtag i den juridiska argumentationsfloran. Det kan därvid noteras att vinstresonemang med styrka återvänt även på andra områden, som vid ansvarsbedömningar inom områden som täckas av speciallagstiftning, t.ex. under lagen om företagshemligheter och i upphovsrätten (genom det s.k. sanktionsdirektivet, IPRED), i EG-rätten, samt i viss mån i den allmänna skadeståndsrätten.²⁸

Sammantaget talar utvecklingen för att det är tid att återigen acceptera obehörig vinst som en självständig civilrättslig princip i svensk rätt. I förlängningen finns det anledning för rättsvetenskapen att även ur ett svenskt perspektiv utveckla vinsträtten till en självständig civilrättslig disciplin.²⁹

domskälen, de facto disponerat sina pengar genom att få dem utbetalade till den fond i Monte Carlo som hon önskade. Men hon har därutöver erhållit samma belopp (och ränta) från banken och ovanpå det så har hon erhållit ett okänt belopp i förlikning med advokatbyrån. En följdfråga som fortfarande framstår som öppen är därvid om Nordea med stöd av principen om obehörig vinst kan hävda att banken har en fordran på V.B (som person – och inte som företrädare för byrån). Res judicata-frågan blir härvid intressant. (Denna infallsvinkel uppmärksammades jag på av Lars Heuman.)

²⁸ I EG-rätten har obehörig vinst-frågan givits en sammanhållen behandling i Allison Jones, *Restitution and European Community Law* från 2001, som givit upphov till diskussion. Några skadeståndsrättsliga aspekter tas upp i Mårten Schultz, *Kränkning*, Stockholm 2008, kap. 4. Sanktionsdirektivet diskuteras i propositionen 2008/09:67. Det finns därtill rättskällestöd för obehörig vinst-resonemang av mer specifikt slag på många ställen i svensk rätt, se för en uppställning av vissa rättskällor med denna innebörd Jori Munukka, *EG-domstolen om omleverans: Konsument skall inte betala nyttoersättning för utbytt vara*, JT 2008–09, s. 320, n. 24.

²⁹ I norsk rätt har en sådan disciplin börjat framträda genom Erik Monsens författarskap. Se främst Monsens avhandling *Berikelseskrav. Vederlagskrav og vinningsavståelseskrav ved urettmessig utnyttelse av ting og rettighet*, 2007. Se även Monsens inlägg vid Nordiska Juristmötet 2008, *Uberettiget berikelse (obehörig vinst) som grunnlag for betalingskrav*, NJM 2008.

Följdfrågan vad en sådan disciplin skall anses täcka. Den frågan kompliceras av att principen om obehörig vinst är lös i sina konturer och det även i de rättsordningar där den är etablerad.³⁰ Några anteckningar om vad en obehörig vinst-princip kan innebära i en svensk kontext kan avsluta detta försök att skaka liv i vinstläran.

Avgränsningar

En första avgränsning av området som kan noteras är vinsträttens subsidiära karaktär.³¹ Ersättningskrav baserade på obehörig vinst-resonemang betraktas således som sekundära i förhållande till andra möjligheter – kan samma ersättningskrav subsumeras under andra normer än obehörig vinst-principen, t.ex. skadeståndsrättsliga normer, så får vinstprincipen vika.³²

En annan begränsande iakttagelse är att vinsträttens funktioner i kontraktsrättens närhet i en svensk kontext inte torde framstå som lika framträdande som i andra rättsordningar.³³ Vissa rättsordningar använder sig således av vinstjuridiken som ett verktyg för att åstadkomma rimliga lösningar vid avvecklandet av avtal.³⁴ Ur ett svenskt perspektiv så framstår en sådan omväg som onödig: Att avtalet avvecklas gör inte att det aldrig har funnits – och de rättsliga konsekvenserna härav kan hanteras inom respektive avtalsrättsligt regelkomplex.³⁵

En tredje iakttagelse som indikerar vinstjuridikens begränsningar rör principens renodlat ekonomiska karaktär. Obehörig vinst är en princip som enbart har relevans för just vinst, och vinster är per definition någon form av

³⁰ Detta gäller i och för sig för andra begrepp också och är inget särskilt för just obehörig vinst. Se härom Peter Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford 2005, s. 62.

³¹ Jmf. Jan Hellner, *Om obehörig vinst*, Stockholm 1950, s. 172 ff.

³² Jmf. t.ex. DCFR VII. 7:101–102.

³³ I sin framställning av obehörig vinst-rättens romerskrättsliga bakgrund låter Zimmerman de kontraktsnära fallen inleda – det första exemplet rör således effekterna av ett ogiltigt avtal, se Reinhard Zimmerman, *The Law of Obligations*, Kapstaden 2001, s. 834.

³⁴ Frågeställningar av detta slag behandlas i Sven Bramsjö, *Om avtals återgång*, Lund 1950.

³⁵ I obehörig vinst-litteraturen förekommer det ofta att principen relateras till andra rättsområden och jämförelserna antas då överlag ha ett förklaringsvärde när det gäller principens innebörd. I en sådan jämförelse framstår det som tydligt att obehörig vinst-principen i ett svenskt sammanhang har mer samröre med den skadeståndsrättsliga diskursen än den avtalsrättsliga. Se för ett liknande ställningstagande Stephen A. Smith, *Unjust Enrichment: Nearer to Tort than Contract*, i Robert Chambers m.fl., *The Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford 2009, s. 181 ff.

ekonomiska fördelar.³⁶ En person kan erhålla många slags fördelar på någon annans bekostnad, men det är enbart de ekonomiska fördelarna som kan ge upphov till ett remedium under en obehörig vinst-princip.³⁷ Att det ekonomiska perspektivet är s.a.s. inbyggt i principen är också en styrka: Det innebär att principen kan undvika många av de svårigheter som skadeståndsrätten ställs inför när det gäller att översätta skadan till skadeståndet, när händelsen skall placeras på en skala av kronor och ören.³⁸

Konturer

Dessa avgränsningar till trots kan det noteras att det för svensk rätt finns ett betydande utrymme för kreativa jurister att göra bruk av de principiella möjligheter som HD och lagstiftningen öppnat upp på obehörig vinst-området. I inledningsfasen av en process mot vad som kan antas bli en dynamisk resa mot en ny juridisk disciplin finns det vissa hållpunkter som kan rama in en rättsutveckling.

Obehörig vinst-principen innehåller således vissa komponenter som tycks självklara. Till att börja med måste någon ha gjort en *vinst*. Den skall vidare ha varit *obehörig*. En tredje komponent, som präglas av mer osäkerhet, är att vinsten skall ha skett på någon annans *bekostnad*. Och som en fjärde komponent för att ett ersättningskrav skall ha framgång torde krävas att den berikade parten inte faller under några *ansvarsfrihetsgrunder*. Dessa komponenter erbjuder alla svåra utmaningar.

Vad som är en vinst är en betydligt svårare fråga än vad man kanske i första hand kan tro.³⁹ Härvid är en särskild komplikation bestämmandet av tid-

³⁶ Bedömningen kan naturligtvis i praktiken icke desto mindre ofta bli svår – och det är inte sällan svårt att säga vad en ”vinst” mer specifikt är. Se t.ex. Peter Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford 2005, s. 43 ff.

³⁷ Denna karakteristik översimplifierar frågeställningen något, se t.ex. Robert Chambers, *Two Kinds of Enrichment*, Robert Chambers m.fl., *The Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford 2009, s. 242 ff.

³⁸ Detta blir naturligtvis svårast vid ideella skador, särskilt kränkningar. Se för reflektioner kring dessa svårigheter Mårten Schultz, *Kränkning*, Stockholm 2008, kap. 3. Å andra sidan så är det i och för sig så, som Hanoch Dagan tydligt visat i samband med en obehörig vinst-analys, att det finns en relevant koppling mellan våra ideella intressen och de ekonomiska intressen som aktualiseras under obehörig vinst-principen: Vår möjlighet att äga och disponera egendom kan ha betydelse för våra upplevelser av oss själva som autonoma varelser med kontroll, se vidare Hanoch Dagan, *Unjust enrichment*, Cambridge 1997, s. 40 ff.

³⁹ Jmf. Jan Hellner, *Om obehörig vinst*, Stockholm 1950, s. 150 ff.

punkten för bedömningen av berikandet: Skall bedömningen ta sikte på när förmögenhetsöverföringen skedde eller ett senare tillfälle? Och hur förhåller sig vinstbedömningen till kringliggande förändringar av en förmögenhetsmassa?

Det kriterium som för traditionalister inom svensk rättsvetenskap torde uppfattas som mest svårsmält är ”obehörig”, eller – uttryckt i den germanska inkarnationens termer – att förskjutningen skall ”sakna rättsgrund”.⁴⁰ Kriminaliserade och på andra sätt sanktionerade beteenden är i allmänhet obehöriga. Men i övrigt?

Ur ett komparativt perspektiv kan härvid noteras att det finns två fundamentalt skilda approacher till obehörighetskriteriet. Den första approachen, som vi kan kalla för den tyska approachen (jmf. det inledande citatet ur BGB), är att kriteriet ”obehörig” är uppfyllt om en förmögenhetsöverföring sker ”utan rättsgrund”. Den andra approachen, som präglar den anglosaxiska diskussionen, är att obehörighetskriteriet är uppfyllt om någon av vissa särskilda obehörighetsfaktorer är för handen.⁴¹ Den första approachen är med andra ord generellt hållen och utgår från att förmögenhetsöverföringen behöver ett stöd för sin giltighet, snarare än tvärtom, medan den andra approachen utgår från att en förmögenhetsöverföring måste kunna placeras i något av vissa i förväg identifierade obehörighetsfack för att obehörig vinst-principen skall aktualiseras. Ur ett svenskt perspektiv framstår den generella approachen som den rimligaste vägen att gå. *Vad* som är obehörigt får sedan mejslas ut genom en gradvis utveckling i praxis.

Det tredje kriteriet, att en vinst skall ha skett på den förfördelades bekostnad, kan inte tolkas som innebärandes att vinsten måste direkt matcha en förlust.⁴² Det skulle begränsa principens innebörd alltför mycket och skulle innebära att en av de situationer där den kan göras mest nytta i svensk rätt undandras från tillämpningsområdet, nämligen de fall där någon åker snål-skjuts på en annan persons rättigheter utan att det finns en skada i egentlig bemärkelse.⁴³ Däremot måste vinsten ha uppstått med basen i ett rättsligt

⁴⁰ Jmf. Jan Hellner, *Om obehörig vinst*, Stockholm 1950, s. 174 ff.

⁴¹ Det har dock förts en livlig diskussion i den anglosaxiska litteraturen om den tyska modellen inte passar bättre in även på common law-sammanhangen. Se t.ex. Kit Barker, *Responsibility for Gain: Unjust Factors or Absence of Legal Ground? Starting Points in Unjust Enrichment Law*, i R. Grantham m.fl. (red.), *Structure and Justification in Private Law*, Oxford 2008, s. 44 ff.

⁴² Jmf. Jan Hellner, *Om obehörig vinst*, Stockholm 1950, s. 170 ff.

⁴³ Ämnet tas upp av Agell i Anders Agell, *Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom, ”de lege”*, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, 3, Uppsala 1993, s. 197 ff.

skyddat intresse som kan tillskrivas den förfördelade.

Det fjärde kriteriet ligger inte lika självklart i obehörig vinst-principens kärna men förtjänar ändå att tydligt framhållas. Det kan i vissa fall vara så att en vinst som i och för sig faller inom fältet för vad som konstaterats som ”obehörigen” icke desto mindre inte bör föras över till den som blivit förfördelad eftersom att den berikade personen har ett relevant ”försvarsargument”. Ett uppenbart exempel är att det kan vara så att den som framställer vinstkravet har chikanösa syften.⁴⁴ Från skadestånds- och straffrätten kan jämföras med ansvarsfrihetsargument av det slag som har tagits upp i brottsbalkens 24 kap, men även medvållandeargument.

Slutsatser

Lösa konturer av en obehörig vinst-princip kan förmodligen tecknas grovt i enlighet med ovanstående linjer. Denna bild överensstämmer även med komparativrättsliga iakttagelser kring gemensamma nämnare i obehörig vinst-juridiken i olika rättsordningar. Det finns, trots vad en äldre generation rättsvetenskapare framhållit, en kärna i obehörig vinst-rätten som är gemensam för många rättsordningar och som har rötter långt tillbaka.⁴⁵

Lösa konturer ger naturligtvis inte så mycket till handfast vägledning i svåra fall. Bakom varje i obehörig vinst-principen ingående begrepp döljer sig håll av okunskap som bara kan botas genom kontinuerliga avvägningar och distinktioner. Även disciplinen som sådan fordrar djupare överväganden för att över huvud taget kunna betecknas som en autonom civilrättslig disciplin.

⁴⁴ En variation på en nyligen inträffad händelse kan illustrera detta. Under den intensivt bevakade rättegången rörande fildelningshemsidan The Pirate Bay startades en kampanj mot ett av ombuden till en av målsägandena. Kampanjen gick ut på att många människor betalade in ett litet belopp pengar till advokatens konto. Det maliciösa syftet var att avgifterna och administrationskostnaderna för att bokföra beloppen skulle göra livet surt för advokaten i hans verksamhet, eftersom kostnaderna skulle vida överskrida intäkterna. Antag att kampanjens förespråkare även skulle ha uppmärksammat principen om *condictio indebiti* och dess principiella överbyggnad i obehörig vinst-tematiken och att de argumenterat för att advokatbyrån skulle kunna krävas på de insatta beloppen (för att på så vis ytterligare kostnader för administration skulle uppstå). I ett sådant sammanhang är det inte rimligt att en rätt till återkrav skulle kunna hävdas med stöd i något obehörig vinst-resonemang: Den mottagande personen har rätt att värja sig med argumentationsstöd i det chikanösa syftet.

⁴⁵ Hellner brukade framför allt skjuta in sig på den spretighet som han menade uppstod under regeln i den tyska civilkoden, se förutom de i ovanstående noter refererade framställningarna även Jan Heller, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten, Stockholm 1990, s. 36 f. och passim.

Förutom förhållandet till de ”stora” disciplinen i civilrätten⁴⁶ – avtalsrätten, sakrätten, skadeståndsrätten – finns det härvid även svårigheter med obehörig vinst-principens relationer till mer närliggande temata som negotiorum gestio.⁴⁷

Dessa svårigheter bör dock inte överskugga det positiva i utvecklingen. Att det finns ett behov av såväl en obehörig vinst-princip som en obehörig vinst-diskurs, inklusive en obehörig vinst-disciplin, är enligt min mening som helt klart. Principen har stöd i djupa rättspolitiska värderingar.⁴⁸ Det framstår vidare som helt klart att Högsta domstolen nu i ett antal sammanhang indikerat ett sådant synsätt. Principen kommer att få större stadga genom den framtida rättsutvecklingen. Förhoppningsvis kan kreativa processförare bidra till denna utveckling. Obehörig vinst-resonemang kan härvid också vara ett potentiellt kraftfullt instrument för att åstadkomma rättspolitiskt rimliga resultat, även inom ramen för en god juridisk aktivism.⁴⁹

Analysen av den närmare innebörden av principen och utvecklandet av den juridiska disciplinen är däremot uppgifter som faller på rättsvetenskapen. Det börjar nu bli dags för rättsvetenskapen att ta sig an denna uppgift på allvar.

⁴⁶ Hjalmar Karlgren tar upp en del av dessa frågor i Hjalmar Karlgren, *Obehörig vinst och värdeersättning*, Stockholm 1982, särskilt på s. 47 ff.

⁴⁷ Den ledande framställning i nordisk rätt om negotiorum gestio är Torgny Håstad, *Tjänster utan uppdrag*, Uppsala 1973. Tendensen går mot att tydligt särskilja negotiorum gestio från obehörig vinst. I DCFR behandlas negotiorum gestio i den femte boken och obehörig vinst i den sjunde boken, med deliktueellt ansvar i den mellanliggande sjätte boken.

⁴⁸ Se för en tämligen färsk analys av detta Jennifer M. Nadler, *What Right Does Unjust Enrichment Law Protect*, 28 *Oxford Journal of Legal Studies*, s. 245 ff. (2008).

⁴⁹ Jag tänker här i första hand på vinsträttens möjligheter att fungera som ett instrument mot vissa brottskategoriers ekonomiska incitamentsstruktur: Genom obehörig vinst-argument kan man hävda att inkomster från brottslighet skall kunna föras över på det brottsoffer som använts för att generera vinsten. Se för argument för en sådan approach inom ramen för kränkningsskadeståndsdiskursen Mårten Schultz, *Kränkning*, Stockholm 2008, kap. 4 (med fokus på människohandelsbrott och ärekränkningar), med referenser. Se även Gareth Jones, *Stripping a Criminal of the Profits of Crime*, *Theoretical Inquiries in Law*: Vol. 1: No. 1, Artikel 3. (2000).