

Obehörig vinst och frågan om vårt behov av rättsliga tvångströjor

JAN KLEINEMAN

1. Inledning

Vid en första anblick framstår väl svaret som givet på frågan om en obehörig vinst skall ersättas. Självklart måste väl den som uppburit en *obehörig vinst* lämna densamma till den som är att anse som den som rätteligen borde ha uppburit densamma? Den som inte erkänner att rättsordningen måste – om inte annat – så i vart fall av rättviseskäl, jämna ut den *orätt* som uppstår om man har uppburit en vinst som rätteligen borde ha tillfallit någon annan, saknar väl grundläggande känsla för rättvisa? Rättvisa av just det slaget är väl den rationalitet som måste uppbära rättsreglerna invänder väl rättspolitikern?

Som alltid är svaret på de uppställda frågorna givet om man väljer att formulera frågorna på det angivna sättet, men blir genast mer komplexa om man frågar sig när en vinst blir obehörig och vilka relevansfaktorer som skall styra den bedömningen. Frågorna är emellertid lättare att besvara om man utgår från en skandinavisk de lege lata analys av begreppet obehörig vinst och dess betydelse i den nordiska förmögensrätten.

1950 disputerade Jan Hellner på en avhandling om *Obehörig vinst*. Den blev mycket väl mottagen och var början på en lysande karriär. Hellner konstaterade att det visst fanns stöd för att man i svensk rätt sedan gammalt ”i viss utsträckning tillämpas regler, som överensstämmer med dem som i utländsk rätt brukar betecknas som vinstregler” men att endast ett fåtal av dessa ”enligt svensk rättsuppfattning” var att betrakta som vinstregler. Redan då var det regler på immaterialrättens område som krävde tillgång till någon slags princip, samt även några mera speciella fall som t.ex. ”principen, att den som obehörigen brukar annans fysiska föremål blir skyldig att utgiva skälig ersättning för brukandet, även om ägaren icke undandragits några möjligheter att själv nyttja egendomen”.

Det noterades däremot att man i svensk rätt, innefattande svensk doktrin och rättspraxis inte brukade använda *vinstterminologin*. Att den svenska för-mögenhetsrätten i hög grad varit frigjord från konstruktioner över huvud taget och inställd på att finna praktiska lösningar visade den pragmatiska inställning som kännetecknade vårt rättssystem. Slutsatsen för Hellner var klar: nämligen att ”svenska domstolar icke i större utsträckning begagnat terminologin obehörig vinst måste ofta anses vara en ren fördel.”

Härvidlag skilde sig svensk rätt – anförde Hellner vidare – från ”utländska rättssystem”¹ där man ofta hade tagit vinstkonstruktionen till hjälp ”för att komma över de svårigheter, som den hävdvunna juridiska begreppsbyggnaden skapat”. Där har ofta vinstkonstruktionen varit ”en terminologisk olycklig lösning, vars godtagande leder till att mera väsentliga omständigheter vid ersättningskyldighetens uppkomst lämnas i dunkel och till att regelverket får ett abstrakt och verklighetsfrämmande drag.” Det hade däremot den svenska rätten ”lyckligen undgått”. Vidare konstaterar Hellner att man inte heller hade ”drivits till att sammanföra till funktion och karaktär vitt skilda regler, vilka blott haft det gemensamt att de till nöds kunnat konstrueras som vinstkrav.”

En av de viktigaste satserna som jag återfunnit i Hellners arbete är emellertid följande mening:

”Genom att man icke räknat med någon allmän rättsgrundsats om obehörig vinst gällande i svensk rätt har man också undgått att pålägga ersättningskyldighet i nya situationer utan tillräcklig grund, endast på grund av en allmän uppfattning, att en vinst som uppstått på annans bekostnad bör utgå, såsom förekommit i utländska rättssystem.”

Slutsatsen för Hellner var klar även vad gällde framtiden. Han konstaterade att ”domstolarna ha otvivelaktigt möjlighet att i därför lämpade fall använda principen om obehörig vinst som stöd för avgöranden, men de äro då hän-

¹ De nordiska länderna – med undantag från finsk rätt – tycks inte erkänna någon sådan allmän rättsgrundsats. Se t.ex. Hagstrom, *Obligationsrätt* 2, utgave 2011 s. 684 som uttalar att det finns ingen ”hojesterettsdom som klart anerkjenner at krav kan bygges på ugrunnet berikelse.” Jfr även Monsen, *Berikelsekrave*, Oslo 2007. Även i dansk rätt har traditionellt en kritisk hållning dominerat. Ander Vinding Kruse framhävde på sin tid risken för rena cirkelresonemang. Se *Restitutioner*, 170 ff. Jfr även Bryde Andersen och Lookofsky, *Laerebog i obligationsret* I, 2 udgave 2005 s. 227 ff. I Finland synes rättsläget således vara annorlunda där Hakulinens tyskinspirerade obligationsrätt inneburit en dragning åt den tyska synen på obehörig vinst, d.v.s. just den syn som Hellner så starkt ifrågasatte i sin avhandling.

visade att på vanligt sätt, med användande av samma juridiska metod som eljest väga skäl för och emot olika lösningar.” Han avslutar sin avhandling därefter med följande ord:

”Grundsatsen om obehörig vinst giver icke, lika litet som andra allmänt formulerade principer, med en enkel formel en generell lösning av ett stort antal invecklade juridiska problem.”

Det har ofta sagts att Hellners avhandling genom den akademiska framgång den hade och den betydelse Hellner haft i svensk rättsvetenskap² skulle ha lagt en slags förlamande mental spärr på svensk rätt vad gäller den fortsatta rättsutvecklingen vad avser obehörig vinst. Det är svårt att se skälet till detta, eftersom Hellners kritik inte är inriktad på att neka ersättning för sådana fall då det föreligger rättspolitiskt övertygande skäl för att utge ersättning utifrån ett förkastande av en rättsregel. Kritiken är terminologisk, systematisk och metodinriktad. Om den hellnerska auktoriteten var så stor, att man däri trodde sig kunna intolka att sådana situationer som i andra rättsordningar löses med stöd av konstruktionen *obehörig vinst* i avsaknad av denna konstruktion skulle förbli opåtalade synes detta vara en felaktig slutsats. Det handlade om att påpeka att konstruktionen obehörig vinst inte var nödvändig för att komma till rätta med ersättningsfrågor som i andra rättsordningar löstes med denna konstruktion. Man behöver inte nödvändigtvis en teoretisk överbyggnad betecknad obehörig vinst för att lösa nya och viktiga frågor när ersättning skall utgå utan att det uppstått skada.

I *Festskrift till Jan Hellner* finns ett förord författat av Jans kanske närmaste vetenskaplige kollega – Kurt Grönfors – med rubriken ”*Skiss av en forskarprofil*” där Grönfors dels påpekar avhandlingens ”stora betydelse för svensk juridik” samtidigt som Grönfors anser sig övertygad om att författaren ”själv idag skulle vilja se åtskilligt utfört annorlunda”.³ Vad detta skulle avse går emellertid Grönfors inte närmare in på.

Frågan är då hur Hellners ståndpunkt skall sammanfattas. Det tycks mig som om Hellners kritik har att göra med de erfarenheter Hellner tycks ha fått av att studera tysk rätt och den komplexitet som själva regelverket kring obehörig vinst där utgör. Han ställer nämligen sådana problem i de utländska rättsordningarna som han studerat mot den praktiskt inriktade pragmatism

² Jfr t.ex. Bernitz, *Om rätt till ersättning för obehörig vinst – särskilt i europarättsligt och immaterialrättsligt perspektiv*, i *Festskrift till Gertrud Lennander*, 2010, s. 15 ff.

³ Se a.a. s. 2.

som han tycker sig skönja i svensk rätt även om han inte är okritisk mot den stellet som utmärker svensk rätt understundom.

Det är snarast de nackdelar som uppkommer när man skall ställa ett krav om ersättning för obehörig vinst mot *en abstrakt och svårtillgänglig rättsregel* med flera uttryck och olika systematiska undantag som framträder i Hellners kritik än att han finner att svensk rätt skulle se mera lättsamt på rätten att göra vad man även skulle kunna beteckna som en obehörig vinst.⁴ Hellner återkom ofta till de metodologiska problem som man hade t.ex. i tysk rätt kring frågan när ersättning för obehörig vinst skulle utgå vid förlust av t.ex. en nyttjandemöjlighet.

I den femte upplagan av läroboken Skadeståndsrätt anger t.ex. Hellner det problematiska fall som föreligger när ägaren inte gjort något försök att utnyttja egendomen eller ens haft praktiska möjligheter därtill.⁵ Var går gränsen mellan ett obehörigt nyttjande som utlöser ersättningskyldighet i sådana fall t.ex. när nyttjandet skett i god tro och det fall då det saknades vinstavsikt men nyttjandet troligen skulle ha undvikits om bara insikt om bristande rätt till nyttjande förelåg?

En annan sak är att Hellner på skadeståndsrättens område ofta förespråkade en enkel och tydlig rättsregel framför en mer komplex och svårtillgänglig. Att Hellner knappast skulle ha sett på rättsutvecklingen kring tredjemansskador på ett positivt sätt framgår om man jämför hans klassiska artikel i frågan⁶ med t.ex. rättsfallet NJA 2009 s. 16. Mina egna studier visar att den säregna fixeringen vid begreppet ren förmögenhetsskada och den till denna begreppsbestämning knutna ansvarsregeln i 2 kap. 2 § SkL understryker problemen med begreppsstyrda ersättningskonstruktioner.⁷

Härtill återkommer framställningen nedan. Vad man däremot skulle kunna kritisera är att Hellner, liksom även andra i den generationen av rättsvetare ofta framhävde enkelhet och klarhet i rättssystemet på bekostnad av individuell rättvisa. Det är dock en kritik som i så fall i hög grad skall riktas mot den dominerande rättsteoretiska skolbildningen under stora delar av 1900-talet; den teleologiska metoden.

⁴ Att det var den metodologiska kritiken som utmärkte Hellner framhävde Karlgen i sitt sista ofullbordade – arbete, *Obehörig vinst och värdeersättning*, publicerad 1982 s. 11.

⁵ Se a.a. s. 425.

⁶ Hellner, ”Ersättning till tredje man vid sak- och personskada”, *SvJT* 1969 s. 347 ff.

⁷ Se Kleineman, *Ren förmögenhetsskada*, 1987.

2. Närmare om obehörig vinstresonemangen enligt svensk rätt

En viktig utgångspunkt för förståelsen av diskussionen av frågan om obehörig vinst finner vi genom att klargöra skillnaden mellan utebliven vinst och obehörig vinst. Eftersom frågan om skadestånd för utebliven vinst är en *skadeståndsberäkningsregel* som knappast kan reta någon eller medföra teoretiska djupdykningar, så söker vi kanske där först grundläggande ansvarsbetingelser.

Det finns oftast en oaktamhetsbetingelse och en negativ effekt för den skadelidande som bildar utgångspunkt för att avgränsa de ersättningsberättigande fallen från de där ersättning inte kan och inte bör utgå. Såväl i kontraktsförhållanden som i utomobligatoriska förhållanden kan frågan om ersättning för *utebliven* vinst aktualiseras.

Det utgör ett normalt beräkningsförfarande att t.ex. kräva ersättning vid olika slags kontraktsbrott för den vinst som skadelidande gått miste om genom kontraktsbrottet och skadestånd vid brott kan också tänkas ge upphov till sådana ersättningskrav. Till skillnad från begreppet *obehörig* vinst ställer utebliven vinst inte något krav på övergripande moraliska värderingar än de som ligger immanent i oaktamhetsbedömningen. Vad som konstituerar en obehörig vinst är däremot svårare att uttala sig om i generella termer. Att berika sig är ju en grundbult i en marknadsekonomi och frågan är när detta skett på ett obehörigt sätt innefattar en väsentligen mer komplicerad bedömning.

Obehörig vinstproblematiken aktualiseras således när någon *inte* lidit en skada utan blott vill ha ersättning för att någon annan gjort en vinst. Ersättningsfrågan ligger därmed utanför skadeståndsrättens domän eftersom den inte bygger på att det inträffat någon skada utan blott timat en vinst.

Den fördel som erhållandet av en vinst medför, men som hos andra kan utlösa mindre trevliga effekter, kan säkerligen vara en faktor som måste beaktas när man erkänner svårigheterna att fastställa när en vinst skall medföra ersättningskyldighet till någon annan. Frågan kan då kanske formuleras så, varför börja med att försöka fastställa om vinsten är obehörig och istället undersöka det beteende som leder till slutsatsen att vinsten inte skall förbli hos den där den uppstått utan återföras till någon annan, nämligen den som rätteligen borde ha fått densamma från början?

Med den givna utgångspunkten som här väljs finns det inte och bör inte heller finnas behov av någon allmängiltig regel om obehörig vinst eftersom

det begreppet snarare utgör en rättslig slutsats baserad på mer individualiserade bedömningar hämtade från sakomständigheter och därtill knutna rättspolitiska värderingar än på ett begrepps rättsliga innebörd. Man bör undvika cirkelresonemang och svårtolkade rättsregler som skapar nya tolkningsproblem.

Ett rättsfall som illustrerar de metodologiska svårigheterna att hantera obehörig vinst tanken är NJA 1993 s. 13 som kom att ge oss ett intressant prejudikat hur HD såg på den s.k. jura novit curia-frågan i svensk rätt, men som också ger vägledning för att den som obehörigen utnyttjar annans fasta egendom får betala ersättning för just obehörig vinst. I referatets rubrik kan man läsa följande:

”Efter det att ett lokalhyresavtal hade upphört kvarstannade en underhyresgäst i lokalerna utan stöd i något avtal med fastighetsägaren. Underhyresgästens faktiska nyttjande har ansetts grunda skyldighet att utge ersättning till fastighetsägaren motsvarande skälig hyra för lokalerna. Eftersom fastighetsägarens talan om ersättning grundat sig på det obehöriga nyttjandet har talan bifallits på denna grund utan hinder av att fastighetsägaren påstått att nyttjandet innefattat brott och yrkat skadestånd endast enligt 2 kap 4 § skadeståndslagen.”

Högsta domstolen löser båda de två principerna men – nota bene – utan att nyttja lokutionen obehörig vinst. Följande anför:

”Inom processrätten gäller som en princip att en domstol har att tillämpa den adekvata rättsregeln på de av parten som grund för talan återopade omständigheterna, även om parten inte hänfört sig till rättsregeln i fråga (se t ex NJA 1989 s 614). Sedan parterna genom särskilt beslut beretts tillfälle att yttra sig i frågan om skadeståndsskyldighet kan åläggas Auto-West, även om något brottsligt handlande inte förekommit, har därför HD nu att pröva, om talan kan bifallas på grund av de av B.R. återopade objektiva omständigheterna oberoende av om Auto-Wests företrädare gjort sig skyldig till brott.

Auto-West har utan stöd i något avtal med B.R. nyttjat dennes lokaler. Auto-West har därmed ådragit sig skyldighet att ersätta B.R. motsvarande skälig hyra för lokalerna (jfr Hellner, Skadeståndsrätt, 4 uppl s 316 med hänvisningar till bl a NJA 1946 s 143 samt Agell i Festskrift till Jan Hellner s 23 ff). Om beloppets skälighet i och för sig råder inte någon tvist mellan parterna. I enlighet härmed skall B.R:s talan bifallas.”

Sättet att resonera är verkligen helt i linje med vad Jan Hellner hade anfört i sin avhandling och ger ingen indikation på någon rättsregel om obehörig

vinst som den auktoritet som ger domstolen svaret på frågan. Det är det obehöriga nyttjandet som utgör grunden för ansvaret inte tankar kring om vinsten varit obehörig.

I rättsfallet NJA 2007 s. 519 uttalade HD följande:

”I förevarande mål är emellertid situationen en annan, eftersom hyresavtalet med Oceanterminalen upphörde att gälla strax efter konkursutbrottet. Skyldighet att omedelbart avflytta inträdde då för konkursboet, men konkursboet fortsatte att faktiskt nyttja lokalen i ytterligare två månader. Situationen 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 skälig hyra för nyttjandet. Utgången får antas närmast ha grundats på allmänna förmögenhetsrättsliga principer om obehörig vinst (jfr Hellner-Radetzki, Skadeståndsrätt, 7 uppl. s. 421).

Genom att nyttja lokalen efter det att hyresrätten upphört har konkursboet undandragit Oceanterminalen möjligheten att själv använda lokalen. Ersättningskyldighet i ett sådant fall uppkommer oberoende av avtalsförpliktelse och förutsätter inte heller att skadan har vållats genom brott. Eftersom grunden för hyresvärdens fordran på ersättning för användningen av lokalen har uppkommit efter konkursutbrottet utgör Oceanterminalens fordran en massafordran.”

I rättsfallet NJA 2009 s. 41 nämner referenten i sin skiljaktiga motivering frågan om obehörig vinst medan majoriteten inte gör det.

”Bestämmelsen i 12 kap. 31 § femte stycket JB tillkom genom en lagändring som trädde i kraft den 1 januari 2004, då också förmånsrätten för hyra avskaffades (SFS 2003:530 och 2003:535). I förarbetena anförts att det är till nackdel för hyresvärderna och konkurrerande företag att ett konkursbo i viss utsträckning kan driva gäldenärens verksamhet utan att behöva svara för hyreskostnaden (prop. 2002/03:49 s. 103). Ett viktigt syfte med bestämmelsens införande var alltså att inskränka ett konkursbos möjlighet att använda gäldenärens lokal utan att betala för det. Så kan nu ske endast under en begränsad tid (från konkursbeslutet till hyresvärdens uppmaning plus en månad, förutsatt att boet lämnar lokalen dessförinnan).

Bestämmelsen utgår från att ett hyresavtal mellan konkursgäldenären och hyresvärderna har förelegat vid konkursbeslutet och bygger på principen att gäldenärens avtal består trots konkursen. Betalningsansvar enligt bestämmelsen är ett medansvar för konkursgäldenärens skyldighet att betala hyra enligt det bestående avtalet. Skulle hyresavtalet upphöra under tid när boet använder lokalen, faller alltså från den tidpunkten boets ansvar enligt den aktuella bestämmelsen. I stället har boet att utge ersättning för obehörig vinst.”

Det faktum att HD anser att utgången har grundats på allmänna förmögenhetsrättsliga principer om obehörig vinst innebär ju inte att det finns en rättsregel med innebörd att obehörig vinst skall ersättas. Principen finns ju i så väl lagstiftning som i andra mera specifika rättsregler som t.ex. *condictio indebiti* och ibland omnämns obehörig vinst principer och ibland avstår HD från sådana resonemang. I rättsfallet NJA 2011 s. 739 uttalade HD därvid bl.a. följande:

”Huvudregeln vid *condictio indebiti* har sedan gammalt ansetts vara att den betalande har rätt att kräva tillbaka det felaktigt eller för mycket erlagda. Avvägningen av de motstående intressen som gör sig gällande har dock lett till åtskilliga modifikationer. Detta gäller särskilt i fall då den som har tagit emot betalningen har varit i god tro och förbrukat det uppburna beloppet eller annars har inrättat sig efter betalningen. Ju längre tid betalaren dröjer med återkrav, desto större skäl har mottagaren att tro att betalningen är definitiv. Vilket intresse som förtjänar företräde beror på många olika faktorer som kan skifta från fall till fall. Till sådana faktorer brukar räknas vilken av parterna som hade den största möjligheten att bedöma de förhållanden som har inverkat på betalningen samt om någon av parterna har förfarit oaktsamt i samband med betalningen (se NJA 2005 s. 142 med hänvisningar, NJA 1994 s. 177, NJA 1999 s. 575 och NJA 2001 s. 353 samt Gertrud Lennander, *Misstagsbetalning och kvittning i konkurs*, Festskrift till Torgny Håstad, 2010, s. 436).”

Som framgår motiveras inte utgången med stöd av obehörig vinst resonemang utan av ett pragmatiskt erkännande av en princip som innefattar avvägning mellan motstående intressen. Det kan i och för sig anföras att de försök som gjorts att formulera en rättsregel om obehörig vinst ofta innefattar just ett försök att beskriva relevanta motstående intressen och sedan sammanfatta dessa i en regel som antas utgöra en sammanvägning mellan dessa intressen. Problemet är att frågan om sådan återgång som här aktualiseras kan framträda på så många olikartade områden och motiveras av så olika och olikartade skäl att ”regeln” i de rättsordningar som har en sådan regel tenderar att bli abstrakt, vidlyftig, svårtolkad och ett betydande tolkningsproblem i sig.

3. Det orefererade avgörandet NJA 2009 N 40

Ett av de rättsfall som gjort mig mest kritisk till ett vidlyftigt återopande av en obehörig vinst princip är ett icke-referat rättsfall från HD som kommit att

röna stor uppmärksamhet.⁸ Fallet illustrerar även en intressant processuell fråga nämligen att HD genom referattekniken i NJA tydligt disponerar över möjligheten att avfärda avgöranden där prövningstillstånd beviljats på prejudikatgrund om man av någon anledning finner avgörandet mindre materiellt tillfredsställande än när man beviljade prövningstillstånd. Det är ingen möjlighet som framgår av rättegångsbalken. Omständigheterna i målet var följande:

En privatperson hade anlitat en advokatbyrå för kapitalförvaltning. Byrån hade kontorsgemenskap med en kapitalförvaltare som man anmodade klienten att nyttja som *rådgivare*. HD uttalade att det var i målet ostridigt att advokatbyrån hade omhänderhaft medel som tillhörde klienten och ”med anledning härav öppnat ett klientmedelkonto hos Nordea.” I domen sägs vidare att det fick anses utrett att klienten hade uppdragit åt denne rådgivare att överföra det omstämda beloppet till en kapitalförsäkring och att denna rådgivare ”beordrades den 5 december 1997 av” klienten att genomföra transaktionen som också genomfördes samma dag av Nordea ”varefter beloppet syns ha försvunnit”.

HD konstaterade att rådgivaren inte hade varit behörig att beordra överföringen ”utan att sådan behörighet har tillkommit endast vissa företrädare för advokatbyrån”. Klienten hade emellertid genom förlikningsavtal övertagit det anspråk gentemot Nordea som hade hävdats av advokatbyrån i dess egenskap av innehavare av klientmedelskontot hos Nordea.

Någon överföring befanns inte ha skett med befriande verkan för Nordea – men anför HD – det vore ”en annan sak” att en skyldighet för Nordea ”att på nytt betala ut beloppet skulle kunna tänkas bilda underlag för ett återgångskrav från Nordea gentemot” klienten eller advokatbyrån grundat på principen om obehörig vinst, men HD tillägger därvid försiktigtvis att även mot en sådan ”ståndpunkt” fanns tänkbara invändningar. Av regler om otillåten taleändring och därmed i förlängningen även rättskraftsskäl finner inte heller HD att en sådan ”ny” grund kunde prövas i HD.

Högsta domstolen gör emellertid ett anmärkningsvärt uttalande i denna del. Det påpekas nämligen att Nordea anfört att konsekvensen av den dom varigenom klientens talan bifölls, skulle bli ”orimlig” då klienten ”tillgodogörs medlen två gånger” något som emellertid inte räckte för att HD skulle

⁸ Se t.ex. Mårten Schultz, *SvJT* 2009 s. 946 ff., Jori Munukka, ”Är obehörig vinst en svensk rättsprincip?” *Ny Juridik* 2009:3 s. 27 ff., Torgny Håstad, ”Svaret finns i lagboken”, *JT* 2012–13 s. 972 ff. samt Teodor Leffler, ”Ett obiter dictum rörande obehörig vinst”, *JT* 2012–13 s. 976 ff.

anse att frågan om en rättslig grund utifrån obehörig vinst argumentation skulle anses återopad.

Dessa – tämligen spretiga – domskäl har i svensk rätt bildat utgångspunkt för en livlig diskussion som bl.a. uppfattas så, att HD här skulle ha verkligen introducerat en princip om ersättning för obehörig vinst i svensk rätt som tidigare saknats. Andra har hittat stöd för kommissionsrättsliga synsätt och några av oss ser med oro på den rättsliga kreativitet kring några förströdda rader om obehörig vinst och påstådd dubbelkompensation som här kommit till uttryck.

Professor Jori Munukka ser detta avgörande som ett ”nytt och intressant bidrag till diskussionen om obehörig vinst”.⁹ Munukka finner det intressant att ”HD kände sig nödgad att omnämna principen”.¹⁰ Han gör också klart att bl.a. detta fall ”lär få återverkningar på återopandefrekvensen av obehörig vinst”. Munukka är dock något försiktig och klagör att man därmed inte ”alltid eller ens särskilt ofta kan räkna med framgång.” Sammanfattningsvis uttalar Munukka som sin förhoppning för framtiden, att då principen om obehörig vinst ”faktiskt har ett berättigande”, kritiken mot densamma måste bli svagare ”för varje domstolsavgörande som tyst eller öppet bygger på en sådan princip.” Visserligen tillstår författaren att kritiken kan bestå i förekomsten av ”en obestämd allmän princip” dock utan att försöka analysera några relevanskriterier för denna kritik.

Även professor Märten Schultz har ställt sig mer än positiv till förevaron av en allmän princip om obehörig vinst och har återkommit till densamma i flera sammanhang.¹¹ Denne inleder sin studie i SvJT genom att slå fast att principen ”har gjort sitt återinträde i svensk rätt”.¹² Han slår också fast att ”svensk förmögenhetsrätts allmänna principer inkluderar en obehörig vinst-princip (eller möjligen flera) och finner det vara något som inte kan ifrågasättas”. Nu uppehåller sig Schultz särskilt vid det rättsinstitut som ofta relateras till obehörig vinst-argumentation vilket ju är en fråga i sig som inte skall sammanblandas med frågan om förevaro av ett obehörig vinst-institut med visst specifikt innehåll.

I den första av Schultz artiklar synes denne vara mest entusiastisk för den senare frågan och gör gällande att den ”teoretiska kritiken mot obehörig vinstläran har för länge sedan passerat sitt bäst-före-datum”. Schultz gav sig

⁹ Se *Ny Juridik* 3:09 s. 27.

¹⁰ Se *Ny Juridik* 3:09 s. 33.

¹¹ Se *Obehörig vinst-motiveringar*, *SvJT* 2012 s. 372 ff. samt *SvJT* 2009 s. 946 ff.

¹² När gjorde den sorti?

i sin artikel från år 2009 i kast med advokatbyråfallet. Schultz finner utgången i målet orimlig helt oberoende av de rättsliga frågorna eftersom klienten enligt Schultz analys först fått ersättning från banken samt därtill ett okänt belopp vid en förlikning trots att klienten ”de facto disponerat sina pengar genom att få dem utbetalda till den fond i Monte Carlo som hon önskade”.

Fallet har fortsatt att fascinera och ombudet i målet gick in i diskussionen och försökte utreda en del saker som denne ansåg ha blivit missförstådda.¹³ Det följdes av ett inlägg från Torgny Håstad med den provokativa titeln *Svaret finns i lagboken*.¹⁴ Något överraskande anlägger Håstad rent kommissionsrättsliga aspekter på fallet. Visserligen har man tidigare noterat att Håstad som ledande kommissionsrättsexpert oftast ser möjligheter att anlägga sådana synsätt även när andra funnit detta mer överraskande. För att få ett grepp om denna Håstads analys, vars rättsliga utformning aldrig kom till uttryck i avgörandet eller i parternas argumentation, torde man därvid få välja bedömningen att vad som utgör utgångspunkten för *vad som är kommission enligt kommissionslagen*. Hur detta skall appliceras på det föreliggande fallet framstår emellertid som något dunkelt. Jag har emellertid uppfattat Håstad så, att deposition av klientmedel skall anses innefatta en försäljning av ”objektet” pengar.¹⁵ För mig framstår inte deposition av klientmedel som försäljning av värdepapper och jag menar således att begreppet inte kan ges den vida innebörd Håstad tillerkänner densamma.

Lika oklart framstår svaret på frågan vem som enligt Håstad i så fall skulle ha varit kommissionär. Att notera är att det således var den gamla kommissionslagen som var tillämplig vid tidpunkten för det uppgivna uppdraget, vilket dock inte synes ha någon självständig betydelse. Av Håstads beskrivning drar jag slutsatsen att advokatbyrån hos vilken klienten *deponerade* sina pengar enligt Håstad skall anses som en kommissionär enligt 4 § i 1914 års kommissionslag som fått i uppdrag att försälja hennes pengar till banken

¹³ Se Leffler, ”Ett obiter dictum rörande obehörig vinst”, *JT* 2012–13 s. 976 ff.

¹⁴ Se *JT* 2012–13 s. 972 ff.

¹⁵ Den i tvisten gällande kommissionslagen hade i § 4 st. 1 följande lydelse. ”Med kommissionär förstås i denna lag den, som åtagit sig uppdrag att för annans räkning men i eget namn försälja eller inköpa varor, värdepapper eller annan lös egendom. Den, för vars räkning försäljningen eller inköpet skall ske, kallas kommittent.” Den nuvarande kommissionslagen från år 2009 har inte i sak ändrat definitionen utan anger i § 1 följande ”Denna lag gäller uppdrag att för en annan persons räkning men i eget namn sälja eller köpa lös egendom”.

genom att mottaga det deponerade beloppet. Klienten är i så fall den för vars räkning pengarna skall ”försäljas”.

Det känns emellertid något sökt att hänföra penningdeposition till kommissionärsförhållanden eftersom depositionens syfte inte är att *sälja* objektet. Utgår man emellertid från den valda beskrivningen samt från den säregna kvalifikationen av ett depositionsavtal, så fastnar man vid Håstads påpekade om att tredje man d.v.s. i detta fall banken, skulle med befriande verkan kunna redovisa till uppdragsgivaren d.v.s. advokatbyråns klient dock ej om sysslomannen lider skada av detta.

Det senare hänför Håstad emellertid blott till risken för arvodesförlust, men advokatbyrån har ju haft skyldighet att tillse att beloppet verkligen placerades på ett hennes konto och där gjordes oåtkomligt för andra som ville åtkomma detsamma. Tanken att någon – ur bankens synvinkel – närmast då vem som helst, genom att muntligen uppge sig ha ställning som kommissionär (och i detta fall enligt Håstads terminologi en ny sådan vid sidan av advokatbyrån), skulle kunna, baserad på en muntlig utsaga till banken, utan närmare upplysningar från den uppgivna kommittenten att det skett ett byte av kommissionär, utan att närmare kontrollera uppdragets utformning skulle kunna presterar till den som påstår sig ha sådant uppdrag framstår som sär eget.

Håstad ser själv här ”en hake”,¹⁶ nämligen att klienten blev vilseledd av den uppgivna placeringsrådgivaren och det framstår som tämligen självklart som Håstad också anger att klienten skulle ha medverkat till att vilseleda banken när det var placeringsrådgivaren som vilseledde klienten. Det framstår ju som troligt att den som anförtrott sina pengar till en advokatbyrå förväntar sig att även om byrån hyser främmande konsulter i sina lokaler, dessa inte kan – med förbigående av advokatbyrån och dess ansvar och ansvarsförsäkring – förskingra till advokatbyrån anförtrodda medel. Att klienten således genom att ställa sig positiv till det framlagda förslaget borde ha insett att hon utsåg en ”ny kommissionär” som omedelbart kunde disponera hennes medel så att dessa utan bankens närmare kontroll om behörigheten kunde förskingra dem framstår som en överraskande uppfattning.

Även Håstads svar på ombudets ”många frågor om vari den obehöriga vinsten skulle bestå”¹⁷ framstår som överraskande. Utgår man på sätt Håstad – och tingsrätten – gör, nämligen från det faktum att klienten blev vilseledd

¹⁶ Se *JT* 2012–13 s. 974.

¹⁷ Se Håstad, a.a. s. 975 not 6.

av den fristående konsulten och att därmed banken inte kunnat med befriande verkan prestera till den ”nye” kommissionären, så har ju banken blivit vilseledd. Att denna ”rådgivare” dessutom samverkat med en anställd i banken utan att närmare kontrollera ”kommissionärens” ställning genom att avkräva ”kommittenten” vad Håstad beskriver som ett ”självständigt meddelande” är ju något som inte klienten kan lastas för.¹⁸

Vi kan således konstatera att banken därmed blivit utsatt för ett bedrägeri. Klienten, liksom även banken har därmed blivit vilseledda av konsulten och möjligen dennes bekantskap i banken som lät genomföra transaktionen utan kontroll. Hur kan då – som Håstad hävdar – ”domen på den andra betalningen” innefatta att en obehörig vinst timar? Det fanns således först en tvist mellan advokatbyrån och dennes klient. Där valde advokatbyrån utan att medge något ansvar för vad den brottslige rådgivaren hade lagts till last, att förlika och utge ett betydande belopp till klienten samtidigt som klienten som ett led i förlikningen övertog advokatbyråns inlåningsfordran i banken. Med hänsyn till att den betalning som skedde till rådgivaren inte var ”befriande för banken utom om [klienten] genom självständigt meddelande till banken gett denne fog för att tro att placeringsrådgivaren hade ett giltigt uppdrag”¹⁹ – vilket inte var fallet – så hade således advokatbyrån rätt att utfå vad som deponerats, ett belopp som direkt lyftes av klienten.

Inte ens ur bankens synvinkel kan då någon ”dubbel” utbetalning ha ägt rum till klienten. Den första utbetalningen är ju en förlikningslikvid måhända finansierad av advokatbyrån eller möjligen dess ansvarsförsäkring men ”kostar” inget för banken och påverkar därför inte dess förmögenhetsställning. Den andra utbetalningen som sker efter det att HD beslutade sin dom i NJA 2009 N 40 är medel som banken haft att reservera på advokatbyråns klientmedelskonto. Bankens har liksom klienten blivit utsatt för ett brott av rådgivaren och möjligen sin egen tjänsteman.

Den senare har genom att inte kontrollera behörigheten hos sin vän rådgivaren i vart fall av oaktamhet förorsakat banken en skada. Bankens har därför ett skadeståndsanspråk mot rådgivaren och sin egen tjänsteman. Även om denna motfordran saknar värde eller har ett lägre värde än inlåningsbeloppet har klienten som erhållit advokatbyråns förlikningslikvid och dessutom fått ut advokatbyråns inlåningsfordran inte gjort någon vinst på bankens bekostnad. Bankens har lidit en ersättningsgill skada orsakad av tredje man.

¹⁸ Se Håstad, a.a. s. 974.

¹⁹ Se Håstad, a.a. s. 974.

Antag nu att vi istället hade i svensk rätt haft en regel om obehörig vinst motsvarande den som t.ex. finns i tysk rätt eller som tagits fram av och infogats i det akademiska arbetet DCFR. Vi hade då haft att pröva dessa rättsfakta inte mot fristående rättspolitiska resonemang utan utifrån ett antal på förhand uppställda rekvisit i en eller flera lagbestämmelser som med stor sannolikhet inte utformats för att lösa denna tämligen speciella situation.

Det finns mot bakgrund av detta enligt mitt förmenande mindre behov av att upprätta någon sådan övergripande rättsregel. Det kan komma att finnas behov att statuera ersättning för vad som skulle kunna beskrivas som obehörig vinst i framtida nya situationer och det kommer då att bli nödvändigt att pröva den rättspolitiska relevansen i påståendet att det föreligger en vinst och att den varit obehörig. Det finns emellertid mindre behov att därvid först börja med abstrakta rekvisit i en svårångad lagregel eller på visst sätt utformad rättslig princip och mera söka svaret i rättsliga överväganden.

4. Det obehagliga framtidsscenarioet – DCFR Book VII Chapter 1–7

För att kunna ge en rättvisande beskrivning av hur gällande rätt bör vara inrättad avseende ersättning för obehörig vinst har författarna av DCFR haft behov av inte mindre än sju fristående kapitel. Det första kapitlet inleds med en ”grundregel” som är så allmän att den saknar egentligt innehåll. Man måste därför i ett andra kapitel närmare beskriva när en vinst får anses obehörig som innehåller ett stort antal abstrakta och svårtolkade underrekvisit varav inte så få framstår som rena cirkelresonemang. Ta t.ex. chapter 2, 2:101 (3) som i form av en explicit undantagsregel (”however”) konstaterar i tillägg till en rad föregående rekvisit som medfört att den aktuella situationen också skall anses vara en obehörig vinst situation, om det inte i det enskilda fallet var så, att *”the enriched person is to be regarded as entitled to an enrichment by virtue of a rule of law only if the policy of that rule is that the enriched person is to retain the value of the enrichment.”*

Vi har här således ett undantag till ett undantag som är så lösligt formulerade att själva regeln framstår mer som ett hinderlopp tillbaka till mer fristående rättspolitiska värderingar. I själva verket innehåller de sju kapitlen 23 underparagrafer som i sin tur innehåller ett stort antal specialbestämmelser som sammantaget ger ett svåröverskådligt intryck. Det finns i detta sammanhang ingen möjlighet att närmare behandla alla dessa bestämmelser men man kan på goda grunder utgå från att den stora akademiska arbetsgrupp

som lade fram förslaget hade anledning att överväga alla de svårigheter som är förenade med att i lagtextens form presentera alla de inte sällan motstridiga intressen som obehörig vinst resonemang måste ta hänsyn till. Att denna komplicerade massa dessutom måste medföra betydande tolkningssvårigheter vid den praktiska tillämpningen måste också det vara ställt utom allt tvivel.

Redan i detta förslag till en europeisk lagstiftning förstärks svårigheterna att formulera allmängiltiga regler för obehörig vinstersättning och därmed de betydande tolkningsproblem som är förenade med att utgå från en regel om sådan ersättning istället för en mer pragmatisk syn som möjliggör ersättning utan antagande om en övergripande regel med visst innehåll.

5. Jämförelsen med SkL 2:2 – d.v.s. den s.k. spärregeln vid ren förmögenhetsskada – vilket är en generell regel som är svår att tillämpa

Att jag valt att försvara Hellners linje från 1950 har sin grund i mer än trettio års studier kring den svenska ansvarsregeln vid ren förmögenhetsskada som tillkom – närmast av en slump som det förefaller – genom 1972 års skadeståndslag. Som betonats initialt är ersättning för utebliven vinst och ersättning för obehörig vinst två olika saker men båda rör rena ekonomiska värden. I båda fallen kan man inte falla tillbaka på vad som fallet oftast är vid person- och saksador utan ansvarsbedömningen kräver flera och subtilare relevanskriterier. En slutsats som jag ansett varit viktig såväl i min studie från 1987²⁰ som min senaste undersökning²¹ är att ansvaret för ren förmögenhetsskada inte är ”en” rättsfråga, utan en ansvarsproblematik som framträder på många olika områden av förmögenhetsrätten och i många fall inom andra delar av privaträtten. En ren ekonomisk vinst är lika lite som en ren ekonomisk skada en tillräcklig grund för att bygga en ansvarsregel på. Det är således inte det ekonomiska värdet som gått förlorat som kan utgöra fundamentet för ersättningsregeln utan den måste sökas på ett mer konkret plan närmare de rättspolitiska värderingar som kan identifieras efter en analys av tillgängliga rättsfakta.

²⁰ Kleineman, *Ren förmögenhetsskada*.

²¹ Kleineman, *Ren förmögenhetsskada – den fortsatta rättsutvecklingen*, i Festskrift till Gertrud Lennander, 2010.

6. Lagpositivism, rättslig pragmatism eller svårtillämpade regler på hög abstraktionsnivå

Den komparativa rätten och dess metod lär oss att olika rättssystem ofta nalkas ett konkret problem med helt olika utgångspunkter. Att vissa rättssystem beskrivs som abstrakta, begreppsfixerade och bundna av en sträng rättskällelära medan andra är mer pragmatiska, mer centrerade kring rättspolitiska bedömningar och rättslig argumentation gör att enskilda problem måste lösas på olika sätt för att inte komma i konflikt med traditioner inom juristkåren. Skandinavisk rätt intar ofta en mellanställning mellan det kontinentala rättssystemet byggt på en begreppsfixerad kodifikationstanke och common law systemets *judged made law* där rättspolitiskt praktiska lösningar ställs i förgrunden.

Danmark, Norge och Sverige tycks samtliga ha en pragmatisk tradition när det gäller inställningen till obehörig vinst. Avsaknaden av en övergripande regel i förening med specialbestämmelser på olika rättsområden gör att man kan lösa obehörig vinst problematik antingen med direkt tillämplighet av en lagregel, en analogi från lagregler eller utan att föra in frågan under en övergripande analys knuten till begreppet obehörig vinst. Finland tycks genom den finskspråkiga doktrinen större koppling till tysk rätt än till svensk rätt däremot ha utvecklat en som det sagts mig svårtillämplig allmän grundsats motsvarande vad som just finns i tysk rätt.

Det har i vart fall för svensk rätt mig veterligen aldrig framgått att avsaknaden av en rättsregel som säkerställer ersättning för obehörig vinst kommit att utgöra något påtagligt problem i det praktiska rättslivet. Inte heller synes det från rättssystematisk synvinkel vara något behov som måste fyllas.

Bestämmelsen i 2 kap. 2 § SkL som skapat en egendomlig rättsregel vid ren förmögenhetsskada har snarare varit en belastning än givit vägledning. En större flexibilitet redan från början hade förenklat den rättsutveckling som faktiskt ägt rum bort från den i svensk rätt tämligen unika och svårhanterade kopplingen mellan ansvaret för ren förmögenhetsskada och brottslig gärning. Det finns inget som tyder på att den säregna rättsregeln bidragit till att lösa svåra tolkningsproblem.

Här tror jag personligen att det kan finns stora likheter mellan obehörig vinst och ren förmögenhetsskada. Båda frågorna aktualiseras i ganska olikartade kontexter vilka kräver vitt skilda rättspolitiska överväganden. Att då försöka framställa en övergripande lagregel – eller som fallet är i DCFR – ett helt

lagkapitel är inte ägnat att slutligt lösa frågan hur enskilda ersättningsfrågor skall behandlas men kan i värsta fall bidra till ytterligare svårigheter.

7. Slutsatser

Det finns säkerligen ett visst behov av att möjliggöra vidgad ersättning för s.k. obehörig vinst enligt svensk och annan skandinavisk rätt. Något hinder för svenska domstolar att prejudikatvägen göra det föreligger inte. Det är däremot knappast nödvändigt och alls inte önskevårt att detta sker genom rättsteoretisk analys av innebörden av begreppet obehörig vinst eller genom antagande av en specifik regel med vissa abstrakta rekvisit. Det är kanske inte ens nödvändigt att en sådan rättsutveckling måste ske utifrån obehörig vinst-tanken. Det finns andra möjligheter. Här framträder t.ex. resonemang om återgång av felaktiga betalningar s.k. *condictio indebit* och avräkning av vinst mot skada (*compensatio lucri cum damno*).

Den nu föreslagna alternativa utvecklingen skulle således kunna ske på en mer konkret nivå knuten till rättspolitiska värderingar. Att lagstiftaren inte behöver känna sig hämmad av saknad av en allmän rättsregel med abstrakta rekvisit i skandinavisk rätt följer redan av EU-rättens ökade bruk av obehörig vinstlösningar, t.ex. på immaterialrättens område.²²

Att däremot avstå från en genom praxis eller lagstiftning utformad generell regel om obehörig vinst vore enligt mitt förmenande inte att hävda någon svensk partikularism. Tvärtom oroar det mig att den diskussion som startat i svensk doktrin skulle kunna uppfattas så, att domstolarna vore förpliktade att utforma en regel om ersättning om obehörig vinst eller att man skulle vara tvungen att ersätta vad som beskrivs som obehörig vinst. Sedan diskussionen kommit igång har jag sett många olika sätt att argumentera i ”oprövade fall” med innebörd att svensk rätt kräver kompensation i fall som skulle kunna argumenteras enligt dessa tankegångar.

Den egendomliga diskussionen kring NJA 2009 N 40 är bara ett exempel bland tämligen många sådana fall. Mitt avståndstagande till sådana utvecklingstendenser skall dock mer uppfattas som ett avståndstagande mot förslag till hela lagkapitel som det som framlagts i den europeiska akademikergruppens förslag till DCFR än som ett bejakande av ersättningsrättslig rigiditet. Detsamma är präglad av en olycklig begreppsjurisprudens som visserligen ger framtida akademikergrupper mycket sysselsättning och dessutom skulle

²² Se Bernitz, a.a. s. 20 ff.

Jan Kleineman

kunna utgöra ett slagfält för vidlyftiga praktikergräl i stora tvister, men det ökar varken förutsebarhet eller rättssäkerheten på det förmögensrättsliga området.