

Skadeståndströskeln och bundenhetströskeln vid orsakande av befogad fullmaktstillit*

ALEXANDER UNNERSJÖ**

Den som har föranlett en befogad tillit hos någon annan till att vederbörande företräds av en fullmäktig, kan bli avtalsrättsligt bunden av den förmodade fullmäktigens handlande. Enligt Divisionschefen NJA 2014 s. 684 och Låneavtalet med Svea Ekonomi NJA 2021 s. 1017 är en förutsättning för sådan bundenhet att den förmodade huvudmannen måste ha insett risken av att ha kunnat orsaka en fullmaktstillit. I Divisionschefen uttalade HD att det ligger närmare till hands att huvudmannen i stället åläggs skadeståndsskyldighet när sådan insikt har saknats. Bundenhetströskeln skulle alltså vara högre än skadeståndströskeln. I artikeln diskuteras om så verkligen är fallet. Slutsatsen är att det inte är säkert, vilket förmodligen beror på att det helt enkelt är svårt att sammanjämka två olika system under en och samma systemsyn.

1. Koordinerade trösklar?

En person som orsakar en felaktig men likväl befogad tillit hos tredje man till att personen företräds av en fullmäktig, kan bli bunden gentemot tredje man till ett avtal som den förmodade fullmäktigen ingår i personens namn. Tredje mans befogade fullmaktstillit kan grunda en så kallad *tillitsfullmakt*. Tillitsfullmakten ligger delvis i linje med den tillits- eller förklaringsteori som är grundläggande för nordisk avtalsrätt.¹ Enligt denna kan en viljeförklaring

* Har tidigare publicerats i Ny Juridik nr 2, 2023, Norstedts Juridik, Stockholm.

** Jur.dr och tf lektor i civilrätt vid Stockholms universitet, verksam som forskare vid Stockholm Centre for Commercial Law. Tack till Sara Göthlin för värdefulla synpunkter på ett sent manusutkast.

¹ Se bland annat Björne, L., Den konstruktiva riktningen. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III, 1871–1910, Lund 2002, s. 336 ff., Samuelsson, J., Svensk avtalsrätt. Fullmaktsläran, Uppsala 2023, s. 55 ff., Svensson, O., Viljeförklaringen och dess inne-

avtalsbinda avgivaren enligt förklaringens objektiva innehåll, även om detta innehåll är oförenligt med avgivarens faktiska vilja. Det är vidare inte nödvändigt att avgivaren har insett att det funnits anledning till missförstånd, så länge missförståndet är befogat, jämför 32 § första stycket avtalslagen e contrario. Det senare gäller dock *inte* i fråga om tillitsfullmakt. Genom rättsfallet *Divisionschefen* NJA 2014 s. 684 har HD nämligen fastslagit att det för att en tillitsfullmakt ska föreligga inte är tillräckligt att huvudmannen har gett tredje man befogad anledning att tro att huvudmannen företräds av en behörig fullmäktig.² Huvudmannen måste också ha *insett* att det funnits en risk för sådant missförstånd.

håll, Stockholm 1996, s. 40 f. och densamme, Viljeförklaring och tillitsfullmakt – några kritiska reflexioner kring ett rättsfall, JT 2015–16 s. 334 ff. Framför allt kommer denna tillits- eller förklarings teori till uttryck genom 32 § första stycket lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) e contrario. Se NJA II 1915 s. 248 ff.

² *Divisionschefen* och det efterföljande avgörandet *Låneavtalet med Svea Ekonomi* NJA 2021 s. 1017 har varit föremål för stor uppmärksamhet i litteraturen, se bland annat Aagaard, M. Rødvei, *Låneavtalet med Svea Ekonomi*, SvJT 2023 s. 541 ff., Adlercreutz, A., Gorton, L., & Lindell-Frantz, E., *Avtalsrätt I*, 14 uppl., Lund 2016, s. 231 ff., Berg, J., *Fullmakten och dess uppkomst. Särskilt om huvudmannens viljeförklaring och tredje mans befogade tillit*, Örebro 2023, Flodgren, B., [anmälan av] Joel Samuelsson, *Svensk avtalsrätt: Fullmaktsläran*, Iustus förlag, 222 s., JT 2022–23 s. 966 ff., Grönfors, K., & Dotevall, R., *Avtalslagen* (11 sept. 2018, JUNO), 10 § andra stycket, avsnitt 11, Herre, J. & Johansson, S. O., *Svensk rättspraxis: Avtals- och obligationsrätt 2005–2019. Om förmögenhetsrättsliga förpliktelsers uppkomst, innehåll och avveckling*, SvJT 2020 s. 833 ff., Håstad, T., *Avtalslagens modell för avtals ingående, dissens, fullmakt, misstag med mera*, i Andersen, M., Bryde., Bärlund, J., Flodgren, B. & Giertsen, J., (red.), *Aftaleloven 100 år. Bakgrund, status, utfordringar, framtid*, Köpenhamn 2015, s. 184 ff., densamme, *Befogad och obefogad tillit i fullmaktsläran*, SvJT 2020 s. 323 ff., Johansson R, [anmälan av] Jon Kihlman, *Avtalslagen – En kommentar*, JP Infonet, 2021, 258 s., SvJT 2021 s. 835 f., Kihlman, J., *Avtalslagen. En kommentar*, Stockholm 2021, s. 97 ff., Lindskog, *Tillitsfullmakten – en replik*, SvJT 2020 s. 785 ff., Lundberg, K., *Ytterligare om tillitsfullmakter*, JT 2015–16 s. 735 ff., Ramberg, J. & Ramberg, C., *Allmän avtalsrätt*, 12 uppl., Stockholm 2022, s. 67 ff. och 71 ff., Samuelsson, *Fullmaktsläran* (2023), Stridsberg, C., *Tillitsfullmakter – nytt klargörande om befogad tillit som behörighetsgrund*, JT 2014–15 s. 619 ff., Svensson, JT 2015–16 s. 330 ff., Unnersjö, A., *Kriterierna för tillitsfullmakt. Låneavtalet med Svea Ekonomi* NJA 2021 s. 1017, JT 2022–23 s. 647 ff. och Wännström, O. *En fullmaktslära i förändring – reflektioner kring* NJA 2014 s. 684, SvJT 2019 s. 8 ff. De båda avgörandena följde i kölvattnet av *Reseföretagsrepresentanten* NJA 2013 s. 659, i vilket HD uttalade att en fullmakt kan grundas på tredje mans befogade fullmaktsillit. *Reseföretagsrepresentanten*, som inte har varit föremål för lika mycket diskussion som de efterföljande avgörandena, omnämns också i nu nämnda verk samt kommenteras särskilt i Ramberg, C., HD:s moderna fullmaktslära, JT 2013–14 s. 406 ff.

Befogad tillit kan ligga till grund inte bara för avtalsbundenhet utan också för *utomobligatorisk skadeståndsskyldighet*. Insiktskravets införande i fråga om tillitsfullmakt synes ha motiverats bland annat med att tredje man inte står helt skyddslös när huvudmannen saknat erforderlig insikt, just eftersom tredje man kan få en rätt till skadestånd mot huvudmannen på utomobligatorisk grund. I *Divisionschefen* uttalade HD sålunda:

Att huvudmannen kan beskyllas för oaktsamhet i förhållande till en tredje man i en tveksam behörighetssituation är i regel inte tillräckligt för att huvudmannen ska bli bunden. Det typiska fallet är att huvudmannen oaktsamt har orsakat att en tredje man felaktigt har utgått från att en uppgiven fullmäktig är behörig, men han har inte måst inse att det förelåg risk för missförstånd; här ligger det i allmänhet närmare till hands att huvudmannen blir skadeståndsskyldig på grund av den tredje mannens befogade tillit än att huvudmannen blir avtalsbunden.³

På pappret skulle det alltså vara lättare för tredje man att få en tillitsbaserad skadeståndsrätt mot huvudmannen än att utverka en tillitsbaserad avtalsbundenhet. Frågan är emellertid om det stämmer. De skador som tredje man lider, genom att det avtal som slutits med mellanmannen är överksamt, utgör typiskt sett rena förmögenhetsskador. För att skadeståndsskyldighet för en ren förmögenhetsskada ska föreligga krävs i regel mer än endast culpa.⁴ En analys av hur HD i det senaste tillitsfullmaktsfallet, *Låneavtalet med Svea Ekonomi* NJA 2021 s. 1017, har tillämpat de kriterier för tillitsfullmakt som utvecklades i *Divisionschefen* kan dessutom tala för att det i praktiken nära nog räcker med culpa – och kanske till och med presumerad culpa – för att en tillitsfullmakt ska föreligga.⁵

I denna artikel diskuteras förutsättningarna för huvudmannens tillitsbaserade avtalsbundenhet och tillitsbaserade skadeståndsskyldighet vid orsakande av tredje mans befogade fullmaktstillit. Artikelns innehåll är disponerat enligt följande. Under 2 angrips, ur ett generellt perspektiv, den strategi som går ut på att bestämma bundenhetströskeln efter skadeståndströskeln placering och vice versa. Under 3 diskuteras om det är självklart vilken av dessa två tillitsskyddande åtgärder som typiskt sett är minst betungande för huvudmannen. Under 4 behandlas förutsättningarna för huvudmannens bundenhet när huvudmannen har föranlett tredje man att ha en befogad fullmaktstillit och under 5 förutsättningarna för huvudmannens skadeståndsskyldighet vid

³ *Divisionschefen* p. 20.

⁴ Jämför p. 7 i justitierådet Lindskogs tillägg för egen del i *Divisionschefen*.

⁵ Jämför Unnersjö, JT 2022–23 s. 658 ff.

samma förhållanden. En jämförelse av de båda trösklarna sker under 6, vilken leder till slutsatsen att det är långt ifrån säkert att skadeståndströskeln verkligen kan uppfattas vara lägre än bundenhetströskeln. Avslutningsvis diskuteras kortfattat under 7 varför det kan vara så vara svårt att koordinera trösklarna.

2. Strategin att bestämma bundenhetströskeln utifrån skadeståndströskeln och vice versa

Som justitierådet Lindskog angav i sitt tillägg för egen del i *Divisionschefen* tillgodoser avtalsbundenheten tredje mans positiva kontraktsintresse medan det tillitsbaserade skadeståndet skyddar det negativa intresset eller tillitsintresset – vilket går ut på att tredje man försätts i samma ekonomiska läge som om den i sak felaktiga fullmaktstilliten inte förelegat.⁶ Och *Divisionschefen* får alltså läsas som att HD ansett att en huvudman som saknat insikt om risken för tredje mans befogade fullmaktstillit inte behöver drabbas av avtalsbundenhet gentemot tredje man, *eftersom* tredje man ändå kan ha ett skadeståndsrättsligt skydd redan vid huvudmannens culpa. Det handlar således om ett slags *balansering* mellan tredje mans och huvudmannens intressen och ett slags *kalibrering* mellan de avtalsrättsliga och skadeståndsrättsliga systemen.⁷

Strategin att bestämma avtalströskelns placering efter skadeståndströskelns och vice versa är inget nytt påfund. Redan under den tyska 1800-talsdebatten kring den då härskande viljeteorin, enligt vilken avgivaren av en viljeförklaring inte kunde bindas till det förklarade innehållet om detta avvek från avgivarens faktiska vilja, föreslog Jehring att mottagaren vid avgivarens förklaringsmisstag borde ha möjlighet till skadestånd intill det negativa intresset. Syftet med förslaget var att det skulle mildra viljeteorins verkningar och bidra med en lösning som bättre beaktade omsättningsintresset.⁸ Här

⁶ Tillägget p. 7.

⁷ Jämför att Lindskog, SvJT 2020 s. 739 f., uttalar angående HD:s val att ”dra in den utomobligatoriska skadeståndsrätten i sammanhanget” att ”extern systemkoherens” också är viktig. Han anger vidare att det antyds i domskälen att en ”deliktsgrundad” avtalsbundenhet är oförenlig med skadeståndsrätten. Vidare uttalar han: ”Tillitsgrundat skadeståndsansvar utom kontraktsförhållanden för ren förmögenhetsskada förutsätter culpa; det måste då rimligen krävas culpa eller mer för avtalsbundenhet, som är en längre gående rättsföljd.”

⁸ Se bl.a. Svensson, Viljeförklaringen och dess innehåll (1996), s. 35 f. med hänvisning till

handlade det alltså om att kompensera för en hög bundenhetströskel genom att skjuta in en skadeståndströskel på en lägre nivå.

Man behöver inte gå lika långt tillbaka i tiden för att hitta fler exempel. För fastighetsköp gäller legala formkrav enligt 4 kap. 1 § jordabalken och den så kallade ömsesidighetsprincipen råder. Ingendera parten är bunden av sitt löfte innan köpehandlingen har underskrivits av dem båda. Vid successivt undertecknande gäller i princip att bundenhet uppstår först när handlingen har utgetts till den som skrev under först.⁹ I rättsfallet *Överförmyndaren* NJA 2012 s. 1095 uppstod emellertid fråga om ett bindande fastighetsköp kan uppstå vid successivt underskrivande redan genom att den sist underskrivande utger handlingen till en tredje man som står under samma parts instruktionsmakt. Svaret blev nej. Anledningen var att det enligt HD kunde finnas möjligheter att tillgodose den först undertecknande partens behov av skydd mot illojal spekulation av motparten genom att ålägga motparten ett skadeståndsrättsligt tillitsansvar. Skadeståndströsklens låga nivå relativt bundenhetströskeln motiverade med andra ord att bundenhetströskeln skulle ligga kvar på en hög nivå.¹⁰

Den hittills beskrivna tendensen är alltså följande. Existensen av en hög bundenhetströskel motiverar att avtalstilliten skyddas på en lägre nivå genom en tillitsbaserad skadeståndsrätt. Vice versa motiverar existensen av en tillitsbaserad skadeståndsrätt, som skyddar avtalstilliten redan på en lägre nivå, att bundenhetströskeln läggs på en relativt hög nivå. Det är detta synsätt som lyser igenom i *Divisionschefen*.

Men logiken är inte huggen i sten. Ett exempel på detta finns i ett annat fall som avsåg ett tilltänkt fastighetsköp. I NJA 1973 s. 175 hade den tilltänkta fastighetsköparen frånträtt köpet innan ett bindande avtal hade kommit till stånd. Den tilltänkta säljaren hade dessförinnan utfört vissa ändringsarbeten på fastigheten efter önskemål av köparen. Parterna hade utgått

Jehring, R., Culpa in contrahendo oder Shadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Vertägen, Jhr. JB. Bd 4 s. 1 ff.

⁹ Utöver utgivande till den först undertecknande kan utgivande ske till en tredje man som inte står under den sist underskrivandes instruktionsmakt, om den tredje mannen har en skyldighet att tillhandahålla handlingen och det av avtalet eller omständigheterna vid avtalsingäendet framgått för den först undertecknande att handlingen kunde komma att utges till den tredje mannen, *Överförmyndaren* NJA 2012 s. 1095 p. 23. Se även NJA 2000 s. 747 I och II.

¹⁰ Fallet och frågan om culpa in contrahendo vid uteblivet fastighetsköp diskuteras i Jingryd, O., Culpa in contrahendo vid uteblivet fastighetsköp – en problematisering, JT 2018–19 s. 91 ff.

från att ersättning för ändringsarbetena skulle utgå i samband med köpet. När köpet inte blev av ville säljaren i stället ha skadestånd av köparen för sina kostnader för ändringsarbetena. HD angav att ett bindande fastighetsköp kräver skriftlig form och att köparen inte hade kunnat ådra sig någon förpliktelse enbart genom löfte om köp av fastigheten. Därför, konstaterade HD, kunde inte någon skyldighet för köparen att ersätta kostnaderna grundas på den omständigheten att köparen slutligen inte velat genomföra köpet. HD:s resonemang i fallet tycks alltså ha varit att existensen av en hög bundenhetströskel fordrade att det *inte* skulle finnas en låg skadeståndströskel. Resonemangsbanan är således den motsatta jämfört med den som framgår i Jehrings fall, i *Överförmyndaren* och *Divisionschefen*.

Ett sådant motsatt resonemang kan bygga på en uppfattning om att en skadeståndströskel som är lägre än bundenhetströskeln skulle leda till en *urholkning* eller ett *kringgående* av den avtalsrättsliga regleringen. En lägre skadeståndströskel fungerar då inte som ett komplement till bundenhetsregleringen utan kommer tvärtom att undergräva den. Detta synsätt förekommer också i en fullmaktsrättslig kontext. Det handlar då om diskussionen om huruvida en arbetsgivare kan anses bära ett skadeståndsrättsligt principalansvar för en arbetstagares falsus procurator-ansvar enligt 25 § avtalslagen, när arbetstagaren har rättshandlat för arbetsgivaren med överskridande av sin behörighet. Ett vanligt förekommande argument mot ett sådan principalansvar är nämligen att behörighetsreglerna i 2 kap. avtalslagen skulle urholkas om huvudmannen kunde bli ersättningsskyldig på ”omvägen” via skadeståndsskyldighet för arbetstagarens vållande.¹¹

Strategin att bestämma skadeståndströskeln efter bundenhetströskeln och vice versa är sammanfattningsvis inte ovanlig. Men den är osäker i så måtto att den ena tröskeln placering kan användas som stöd för motsatta ståndpunkter i fråga om var den andra tröskeln ska placeras. Och den ena ståndpunkten behöver inte vara mer eller mindre logisk än den andra. Logiken kan helt enkelt vara olika.

3. Vilken rättsföljd är skonsammast?

Bakom en uppfattning att trösklarna för skadestånd och bundenhet ska placeras på visst sätt i förhållande till varandra kan ligga en föreställning om

¹¹ Se härom Bratt, S., *Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten. Om förhållandet mellan kontrakts- och deliktsansvar i avtalsförhållanden och kontraktskedjor*, Stockholm 2023, s. 256 ff. och Samuelsson, *Fullmaktsläran* (2023), s. 185 ff., båda med hänvisningar.

att en av dessa tillitsskyddande åtgärder typiskt sett är mera skonsam för den tillitsorsakande parten. Tröskeln för den skonsammare åtgärden bör väl rimligtvis vara lägre än tröskeln för den andra? Detta är ett argument som skulle kunna suppleras den typ av logisk-systematiska argumentation som nyss beskrivits.

I fråga om tredje mans skydd för den befogade fullmaktstillit som huvudmannen orsakat har sålunda framförts att skadeståndströskeln bör vara lägre än bundenhetströskeln, därför att avtalsbundenhet är en *längre gående*, eller *mera betungande*, rättsföljd.¹² Argumentet är bestickande. Att bundenheten är mera betungande stämmer i de flesta fall, i varje fall om man bara ser till huvudmannens prestationsskyldighet mot tredje man. Typiskt sett leder det skadeståndsrättsliga ersättningsansvaret enligt det så kallade negativa intresset eller tillitsintresset till att huvudmannen behöver prestera mindre än vad som blir följden av att huvudmannen binds till det avtal som ingåtts i huvudmannens namn.

Om man emellertid väger in att bundenhet till ett ömsesidigt förpliktande avtal ger huvudmannen rätt till motprestation av tredje man så är det inte lika självklart att skadeståndsföljden ska uppfattas som lindrigare,¹³ låt vara att all avtalsbundenhet inte medför ömsesidiga förpliktelser. Tvärtom kan det framstå som mindre betungande att tvingas prestera mot vederlag än att tvingas prestera ensidigt.¹⁴

Till det förhållandet att bundenheten kan ge huvudmannen en rätt till motprestation av tredje man kommer dock att bundenheten också medför att huvudmannen låses in i ett oönskat avtalsförhållande.¹⁵ Det kan vara nog så ingripande och talar för att skadeståndet ändå är den skonsammare åtgärden.

¹² Lindskog, SvJT 2020 s. 794 och Stridsberg, JT 2014–15 s. 624.

¹³ Jämför Bratt, Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten (2023), s. 265.

¹⁴ Lindskog, SvJT 2020, s. 796 not 36, anför att om man skulle fråga huvudmannen och tredje man i en rawlsiansk ursprungsposition (där parterna alltså inte känner till vem av dem som är huvudman och vem som är tredje man) så skulle de förmodligen själva välja en regel om avtalsbundenhet framför en regel om avtalsbundenhet, beträffande den situationen att huvudmannen utan att själv inse det har orsakat tredje mans befogade fullmaktstillit. Detta antagande grundar Lindskog på att ett oväntat och oönskat status quo nog i allmänhet föredras framför en oönskad och oväntad förändring. Jag håller med honom. Med om man i stället för avtalsbundenhet och avtalsobundenhet låter parterna välja mellan prestationsskyldighet mot vederlag och ensidig prestationsskyldighet kan det väl inte uteslutas att parterna i första hand skulle välja vederlagsalternativet?

¹⁵ Låt vara att skadeståndsskyldigheten också tvingar in huvudmannen i ett oönskat rättsförhållande med tredje man.

Men man skulle också kunna se det som att nyttan av vederlaget och olägenheten av inlåsningsen tar ut varandra. Då kan man landa i att det vid avvägningen mellan huvudmannens och tredje mans intressen finns anledning att lägga störst vikt tredje mans skyddsbehov. Kanske var det så man resonerade när man i motiven till regeln om förklaringsmisstag i 32 § avtalslagen uttalade att ersättning enligt det negativa intresset ”gör icke till fyllest” för mottagaren när denna varit i god tro (alltså när mottagaren haft befogad anledning att fästa tillit till det förmedlade budskapet)?¹⁶

4. Förutsättningar för bundenhet vid befogad fullmaktstillit

Hittills har vi sett att det inte finns ett helt självskrivet svar på frågan i vilken ordning skadestånds- och bundenhetströskeln *borde* läggas vid huvudmannens orsakande av tredje mans befogade fullmaktstillit. Det går att hitta argument för olika lösningar. Låt oss då övergå till frågan om det verkligen förhåller sig på det sätt som HD förmedlade i *Divisionschefen*, nämligen att skadeståndströskeln *är* lägre än bundenhetströskeln. Vi börjar i detta avsnitt med att titta på bundenhetskriterierna, alltså kriterierna för tillitsfullmakt. Skadeståndskriterierna undersöks i det efterföljande avsnittet (5), varefter en samlad hantering görs i avsnittet därpå (6).

Av *Divisionschefen* och det efterföljande avgörandet *Låneavtalet med Svea Ekonomi* framgår att fem kriterier ska vara uppfyllda för att en tillitsfullmakt ska föreligga (och således huvudmannen bli avtalsbunden):

- (i) Tredje man ska ha faktisk tillit till att den rättshandlande är behörig, (ii) denna tillit ska vara befogad, (iii) de tillitsgrundande omständigheterna ska härröra från huvudmannen, (iv) huvudmannen måste ha insett missförståndsrisken och (v) huvudmannen ska inte förmå exculpera sig i fråga om missförståndsrisken.¹⁷

Här utgår vi från att kriterierna (i)–(iii) redan är uppfyllda. Förutsättningarna är alltså följande. En tredje man ingår ett avtal med någon som vederbörande med fog tror är behörig att binda huvudmannen. Den befogade fullmaktstilliten är orsakad av huvudmannen. Frågan är vad som krävs för att övriga två kriterier ska uppfyllas.

¹⁶ NJA II 1915 s. 251.

¹⁷ Se *Divisionschefen* p. 11–21 och *Låneavtalet med Svea Ekonomi* p. 21–24. För en närmare diskussion kring de olika kriterierna, se Unnersjö, JT 2022–23 s. 654 ff.

Insiktskriteriet (iv) – vilket är det kriterium som skulle höja bundenhetströskeln i relation till skadeståndströskeln – går ut på att huvudmannen måste ha insett risken av att kunna orsaka att en tredje man får en befogad fullmaktstillit. Kriteriet, som åtminstone formellt sett avviker från den allmänna tillitsteorin,¹⁸ har varit föremål för debatt.¹⁹ Den diskussionen behöver vi dock inte fördjupa oss i i detta sammanhang. Ett krav på måste-insikt är i regel att uppfatta som ett krav på faktisk, subjektiv insikt, för vilket gäller en viss bevislättnad.²⁰ Ser man till hur HD tillämpade insiktskriteriet i *Låneavtalet med Svea Ekonomi* tycks det dock i detta sammanhang snarare röra sig om ett insiktskrav av tämligen *abstrakt och objektiv art*.²¹

I fallet hade en person överlämnat sin e-legitimation, ett BankID, med tillhörande kod till sin sambo i syfte att sambon skulle hjälpa till att utföra vissa betalningar.²² Utan e-legitimationsinnehavarens tillstånd och vetskap använde sambon e-legitimationen till att ta upp ett lån i e-legitimationsinnehavarens namn. HD bedömde att sambon hade handlat med tillitsfullmakt och e-legitimationsinnehavaren var därför återbetalningsskyldig för lånet på avtalsrättslig grund. Beträffande insiktskravets uppfyllelse i målet uttalade HD att det var uppenbart att e-legitimationsinnehavaren måste ha insett att tredje man skulle uppfatta att de rättshandlingar som företogs med e-legitimationen hade företagits av en behörig person.²³ Enligt HD fick det i och för sig antas att *e-legitimationsinnehavaren hade utgått från att sambon inte skulle använda e-legitimationen till att ta upp lån*. Med hänvisning till exculpationskriteriet (v) angavs detta dock sakna betydelse, eftersom e-legitimationsinnehavaren hade överlämnat e-legitimationen utan att utöva uppsikt över hur sambon använde den.²⁴

Av HD:s tillämpning i målet får vi alltså veta att insiktskravet kan vara uppfyllt beträffande en avtalsituation som det får antas att huvudmannen aldrig har insett skulle kunna uppstå. Huvudmannen behöver således inte

¹⁸ Se ovan under 1.

¹⁹ Se särskilt kritiken hos Håstad, SvJT 2020 s. 323 ff., Lundberg, JT 2015–16 s. 735 ff., Samuelsson, Fullmaktsläran (2023), och Svensson, JT 2015–16 s. 330 ff., samt försvaret mot framförallt Håstads kritik hos Lindskog, SvJT 2020 s. 785 ff.

²⁰ Se Heuman, L., Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, 2 uppl., Stockholm 2022, s. 533 med hänvisningar.

²¹ Unnersjö, JT 2022–23 s. 659.

²² För utförliga kommentarer till fallet, se Aagaard, SvJT 2023 s. 541 ff. och Unnersjö, JT 2022–23 s. 647 ff.

²³ *Låneavtalet med Svea Ekonomi* p. 39.

²⁴ *Låneavtalet med Svea Ekonomi* p. 40.

ha insikt om vilka typer av dispositioner som det finns risk att olika okända tredje män eventuellt kan komma att vida med mellanmannen. Med andra ord krävs ingen insikt om *dispositionsrisken*.²⁵ Det tycks kunna räcka med att huvudmannen har en abstrakt, objektiv insikt om risken att mellanmannen kan uppfattas behörig att göra det mellanmannen gör, vad detta nu än må vara. Bedömningen får förmodligen göras utifrån en prövning av om huvudmannen *hypotetiskt* skulle ha insett risken för tredje mans fullmaktstillit, om huvudmannen hade haft insikt om *dispositionsrisken*.²⁶

Nästa punkt att bocka av är exculpationskriteriet (v). I de generella domskälen i *Låneavtalet med Svea Ekonomi* formulerades kriteriet i en mening så att huvudmannen kan, trots att övriga tillitsfullmaktskriterier är uppfyllda, undgå bundenhet om huvudmannen inte av oaktsamhet har orsakat tredje mans missförstånd. I den efterföljande meningen angavs att huvudmannen kan slippa bundenhet genom att visa att det har saknats möjligheter att förhindra missförstånd.²⁷ Tillsammans förmedlar de båda meningarna ett ganska tvetydigt budskap. Icke-culpa och omöjlighet är två olika saker.²⁸ Men kanske ska man uppfatta det som att den andra meningen innebär ett förtydligande av den första.²⁹ I så fall borde huvudmannen kunna undgå bundenhet endast genom att visa att den konkreta tredje mannens befogade fullmaktstillit legat utom huvudmannens kontroll. Det framstår dock som något ologiskt mot bakgrund av att det enligt (iii) krävs att tilliten har orsakats av huvudmannen själv för att den alls ska vara bundenhetsgrundande. Det har ju, åtminstone typiskt sett, alltid legat inom huvudmannens kontroll att inte bete sig på det sätt som orsakade tilliten från början. Ser man till hur HD hanterade exculpationskriteriet i fallet får man vidare intrycket att det snarare än ett kontrollansvar rör sig om ett tämligen högt ställt aktsamhetskrav. HD antydde att e-legitimationsinnehavaren hade kunnat exculpera sig om det framkommit att e-legitimationsinnehavaren hade utövat tillbörlig uppsikt över hur sambon använde e-legitimationen. Det pekar mot att den aktuella presumtionen kan brytas om huvudmannen visar att det avtal som mellanmannen och tredje man ingått varit av en i någon mån oberäknelig art och därför svår att förebygga med sådana åtgärder som *borde* ha föranletts

²⁵ Unnersjö, JT 2022–23 s. 659.

²⁶ Unnersjö, JT 2022–23 s. 660.

²⁷ *Låneavtalet med Svea Ekonomi* p. 24.

²⁸ Unnersjö, JT 2022–23 s. 660 f. Jämför även Samuelsson, Fullmaktsläran (2023), s. 98.

²⁹ Jämför Aagaard, SvJT 2023 s. 541 f.

av huvudmannens verksamhet och mellanmannens roll i denna.³⁰ Frågan om huvudmannens insikt om dispositionsrisken synes alltså på sätt och vis falla in under exculpationskriteriet. Med det handlar inte om någon måste-insikt i traditionell bemärkelse. Det handlar, som det tycks, om det lägre kravet på borde-insikt. Huvudmannen har dessutom presumptionen emot sig och eftersom det som minst är fråga om ett högt ställt aktsamhetskrav kommer det förmodligen krävas mycket för att erforderlig borde-insikt inte ska anses ha förelegat.³¹

Efter en tolkning baserad på HD:s tillämpning i *Låneavtalet med Svea Ekonomi* synes rättsläget beträffande bundenhetströskeln sammanfattningsvis kunna beskrivas på följande, koncentrerade sätt. När huvudmannen har orsakat tredje mans befogade fullmaktstillit kommer huvudmannen bindas av det avtal som mellanmannen ingått i huvudmannens namn, om huvudmannen åtminstone måste ha haft en abstrakt, objektiv insikt om risken att mellanmannen kan uppfattas som behörig att göra vad mellanmannen gör. Undantag gäller om huvudmannen visar sig ha levt upp till högt ställda aktsamhetskrav.

³⁰ Se Unnersjö, JT 2022–23 s. 661 med hänvisningar.

³¹ De framtolkade förutsättningarna kan testas på ett äldre fullmaktssfall, NJA 1974 s. 706. I litteraturen har sagts att HD med insiktskriteriets införande i *Divisionschefen* har frångått den bedömning som HD gjorde i det avgörandet, se Håstad, Aftaleloven 100 år (2015), s. 185, densamme, SvJT 2020 s. 330 och Lundberg, JT 2015–16 s. 737 och 739. Jämför även Samuelsson, Fullmaktsläran (2023) s. 96 ff. Men efter HD:s tillämpning i *Låneavtalet med Svea Ekonomi* framstår inte detta längre som lika säkert. I fallet hade en förman på ett företags postavdelning under cirka två års tid nästan dagligen uppträtt som företagets postombud på ett postkontor. Utan företagets vetskap och utan stöd av ställningsfullmakt eller särskilt utfärdad fullmakt hade han hos postkontoret återkommande under åren lyft kontantbelopp på checkar som han anförtratts av företaget. Postpersonalen hade enligt HD, till följd av företagets passivitet, efterhand fått det befogade intrycket att han var behörig att lyfta kontantbelopp. Att företaget aldrig gentemot postkontoret hade invänt mot förmannens agerande berodde på att förmannen genom brottsliga manipulationer undandragit företaget kännedom om kontantlyften. Företaget ansågs ändå bundet av kontantlyften eftersom det enligt HD hade förelegat betydande försummelse i den interna kontrollen hos företaget. Här skulle man kunna se det som att postpersonalens befogade fullmaktstillit (kriterium (i) och (ii)) härrörde från företagets passivitet (kriterium (iii)) (jämför dock Samuelsson, Fullmaktsläran (2023), s. 96 f.). Företaget kan vidare sägas haft insikt om risken för fullmaktstillit (kriterium (iv)), i den meningen att företaget måste haft en abstrakt, objektiv insikt om risken att postkontoret kunde uppfatta förmannen som behörig att göra vad han gjorde på postkontoret, vad detta än må ha varit. Företaget hade inte uppfyllt exculpationskriteriet (v) utan hade tvärtom varit försumligt i sina interna kontroller.

5. Förutsättningar för skadestånd vid befogad fullmaktstillit

Vad krävs då för att huvudmannen ska bära ett utomobligatoriskt tillitsansvar för kostnader hos tredje man, vilka uppstått till följd av att tredje man ingått ett överksamt avtal med mellanmannen under en befogad fullmaktstillit orsakad av huvudmannen? Inledningsvis kan förtydligas att jag inte är ute efter att behandla frågan om huvudmannen kan tänkas bära ett principalansvar för mellanmannens falsus procurator-ansvar enligt 25 § avtalslagen.³² Intresset är riktat mot den typ av skadeståndsansvar som HD berörde i *Divisionschefen*, det vill säga ett huvudmannens ansvar för eget vållande.

Det handlar som sagt om utomobligatoriskt skadestånd enligt det negativa intresset eller tillitsintresset, och de skador som tredje man kan lida är i regel av karaktären *ren förmögenhetsskada*.³³ Enligt 2 kap. 2 § skadeståndslagen ersätts en ren förmögenhetsskada om den har vållats genom brott. Bestämelsen är inte avsedd att läsas motsatsvis.³⁴ Men vid sidan om brottsfallen och situationer som omfattas av ett specialstadgande eller är av kontraktuellt slag, har HD ansett ansvar föreligga i främst två typsituationer.³⁵ Den ena situationen avser skada som har orsakats av ett *kvalificerat otillbörligt handlande*,³⁶ och den andra när det föreligger en så kallad *kvalificerad tillitsituation*.³⁷ Med inspiration från Kleinemans studier av anglo-amerikansk rätt, i sin för området mycket tongivande avhandling,³⁸ har HD angett att den relativa restriktivitet som råder när det gäller att tilldela ansvar för ren förmögenhetsskada bland annat har att göra med det så kallade *floodgateargumentet*. Det argumentet vilar på överväganden av olika slag, men endast

³² Se om denna fråga, Bratt, *Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten* (2023), s. 267 ff. och Samuelsson, *Fullmaktsläran* (2023), s. 185 ff. båda med hänvisningar.

³³ Se utförligt om skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada, Kleineman, J., *Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, Stockholm 1987 och Sisula-Tulokas, L., *Ren ekonomiskt skada*, Helsingfors 2012.

³⁴ Prop. 1972:5 s. 568.

³⁵ Se NJA 2015 s. 899 p. 34, *Gamla vägen* NJA 2019 s. 94 p. 12 och Schultz, M., *Skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd. Två och en halv huvudkategorier – och några små undantag*, SvJT 2017 s. 820 ff.

³⁶ Se särskilt *Max och Frasses* NJA 2005 s. 608 och NJA 2015 s. 899. Jämför *Gillette* NJA 1993 s. 188, *Processbolaget* NJA 2014 s. 877 och *Stilofätöljen* NJA 2015 s. 512.

³⁷ Se särskilt *Kone* NJA 1987 s. 692, *Fastigheten Pastorn* NJA 2001 s. 878 och *Gamla vägen* NJA 2019 s. 94. Jämför även *BDO* NJA 2014 s. 272.

³⁸ Kleineman, *Ren förmögenhetsskada* (1987).

följande tre överväganden har pekats ut uttryckligen av HD: behovet av *förutsebarhet för skadevällaren*, risken för *bristande proportionalitet* mellan den skadegörande handlingen och ansvaret samt de *hanteringsmässiga svårigheter* som ett ansvar mot en vid krets av skadelidande kan medföra.³⁹

När det gäller huvudmannens skadeståndsskyldighet för att ha orsakat tredje mans befogade fullmaktstillit brukar sägas att det handlar om ett ansvar enligt rättsfiguren *culpa in contrahendo* (vårdslöshet under avtalsförhandlingar).⁴⁰ I det typiska fallet aktualiseras rättsfiguren när avtalsförhandlingar slutligen inte har lett till avtalsslut, men en av parterna har ådragit sig kostnader i förlitan på att ett fullbordat avtal skulle komma till stånd. Rättsfiguren får ses som ett slags underkategori till den kvalificerade tillitssituationen. I varje fall måste det i allt väsentligt gälla beträffande det fall som vi är intresserade av här, det vill säga när en huvudman har orsakat en tredje mans befogade fullmaktstillit och tredje man ingår ett överksamt avtal med mellanmannen. I undantagsfall skulle det nog visserligen kunna gå att sortera in situationen under den kvalificerade otillbörlighetskategorin.⁴¹ För denna kategori av skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada fordras emellertid som utgångspunkt att skadan har vållats med uppsåt.⁴² Om huvudmannen uppsåtligen har orsakat tredje man en tillitsskada måste det betyda att huvudmannen medvetet låtit tredje man tro att den mellanman med vilken tredje man avtalar är behörig att företräda huvudmannen. I så fall föreligger utan tvekan en fullmakt och således ett bindande avtal, jämför *dolusregeln* 6 § andra stycket avtalslagen. Den kvalificerade otillbörlighetsituationen kan därför lämnas åt sidan i det fortsatta.

Det finns endast ett fåtal prejudikat som rör *culpa in contrahendo*.⁴³ Inget avgörande behandlar frågan om en huvudman som orsakat tredje mans befogade fullmaktstillit kan bli skadeståndsskyldig när det ingångna avtalet är överksamt till följd av behörighetsbrist (med undantag för de kortfattade obiter dicta i *Divisionschefen* som citerades ovan under 1). Avgörandena kretsar kring typfallet med avtalsförhandlingar som inte har lett till ett fullbordat

³⁹ BDO p. 17, *Gamla vägen* p. 11.

⁴⁰ Se bland annat p. 7 justitierådet Lindskogs tillägg för egen del i *Divisionschefen*, Stridsberg, JT 2014–15 s. 623 och Svensson, JT 2015–16 s. 353 f.

⁴¹ Jämför Schultz, SvJT 2017 s. 826 ff.

⁴² Se NJA 2015 s. 899 p. 37.

⁴³ Se framför allt NJA 1963 s. 105, NJA 1973 s. 175, NJA 1978 s. 147 och NJA 1990 s. 745. Frågan nämns också obiter i *Överförmyndaren* och *Divisionschefen*.

avtalsslut. De är präglade av en äldre, kasuistisk domskrivningsteknik och det är svårt att dra några klarare principiella slutsatser utifrån dem. HD har emellertid varit restriktiv med att medge skadestånd. I endast ett avgörande, NJA 1963 s. 105, har skadestånd dömts ut. Där bedömde HD att skadevällaren hade *måst inse* såväl att han hade orsakat den skadelidandes befogade anledning att fästa tillit till att ett fullbordat avtalsslut skulle komma till stånd som risken för att den skadelidande skulle lägga ner kostnader till följd av denna tillit. Andra avgöranden öppnar emellertid upp för att skadeståndsskyldighet skulle kunna aktualiseras redan vid lägre grad av insikt, i vart fall om det föreligger särskilda omständigheter.⁴⁴

I doktrinen är det omdiskuterat vad som närmare krävs för ansvar.⁴⁵ Den allmänna uppfattningen synes emellertid vara att det för ansvar enligt culpa in contrahendo utöver culpa krävs någon form av kvalifikation, såsom uppsåt eller illojalitet.⁴⁶ Med utgångspunkt i den HD-praxis som finns beträffande culpa in contrahendo uttalade Hellner sålunda:

Om en part på den andra partens oaktsamma föranledande lägger ner kostnader för att börja uppfylla ett ännu inte ingånget avtal, kan skyldighet att utge ersättning för det negativa kontraktsintresset uppstå [...]. Om en part *med den andra partens kännedom och samtycke* lägger ned kostnader, blir denna andra part skyldig att utan onödigt dröjsmål söka komma till ett avgörande samt att meddela om detta. Endast om han underlåter det kan han bli skyldig att ersätta det negativa kontraktsintresset [...]. Det fordras alltså ett *illojalt handlande* för att skyldighet att ersätta det negativa intresset skall uppstå.⁴⁷

⁴⁴ Se NJA 1978 s. 147 och NJA 1990 s. 745.

⁴⁵ Se bland annat, Björkdahl, E. P., Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden. En civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter, Uppsala 2007, Flodgren, B., The Doctrine of Pre-contractual Liability, i Hästad, T., (ed.) The Nordic Contracts Act. Essays in Celebration of its One Hundredth Anniversary, Köpenhamn 2015, s. 107 ff., Jingryd, JT 2018–19 s. 91 ff. och Kleineman, J., Skadestandsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, JT 1989–90 s. 125 ff.

⁴⁶ Munukka, J., Kontraktuell lojalitetsplikt, Stockholm 2007, s. 90.

⁴⁷ Hellner, J., Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl., Stockholm 1993, s. 38. Min kursivering. Angående vårt fullmaktsfall angav Hellner, Kommersiell avtalsrätt (1993), s. 74, med hänvisning till de ovan citerade uttalandena, att huvudmannen, med undantag för förfalskningsituationer, inte kunde bli ersättningskyldig för det negativa intresset när mellanmannens handlande inte lett till bundenhet. (Hänvisningen sker visserligen till avsnitt 2.8 i boken, medan det ovan citerade uttalandena återfinns under avsnitt 2.6. Det måste dock röra sig om en felskrivning; avsnitt 2.8 handlar nämligen inte om ersättning för det negativa intresset utan innehåller endast en allmänt hållen beskrivning av optioner.)

Mot den angivna bakgrunden är intrycket att det för att huvudmannen ska anses ha agerat tillräckligt vårdslöst för att ansvar ska inträda, som utgångspunkt fordras att huvudmannen insett risken för att tredje man tror att mellanmannen är behörig, risken att tredje man kommer att rättshandla med mellanmannen samt risken att tredje man kommer att lägga ner kostnader som en följd härav.⁴⁸ Undantagsvis kan det tänkas att huvudmannens underlåtenhet att inskrida kan anses illojal, och därmed vårdslös nog för att skadeståndsskyldighet ska föreligga, redan vid borde-insikt om dessa risker. Men det förutsätter förmodligen att omständigheterna är sådana att huvudmannen kan anses ha en plikt att särskilt iaktta tredje mans intressen, till exempel därför att huvudmannen och tredje man har en direkt och särskild relation eller därför att det måste anses existera någon typ av affärsetiska normer som kräver det.⁴⁹

Ytterligare vägledning bör vidare kunna hämtas från det ledande fallet avseende kvalificerande tillitssituationer, *Kone* NJA 1987 s. 692. Rättsfiguren culpa in contrahendo kan som sagt ses som en underkategori till denna kategori av skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada. Genom *Kone* införde HD ett skadeståndsrättsligt tillitsansvar för professionellt upprättade värderingsintyg avseende fast egendom. Ansvaret gäller mot tredje män som fäst befogad tillit till ett intyg som till följd av värderingsmannens oaktsamhet varit vilseledande. HD:s motivering var bland annat att det för en professionell fastighetsvärderare ”måste stå klart att intyget kan komma till användning för skilda ändamål och av flera personer”.⁵⁰ Detta får uppfattas som ett slags typiserat insiktskrav,⁵¹ vilket verkade avgränsande för den krets av ansvariga som prejudikatet skulle träffa. Med andra ord stärker fallet slutsatsen att det som utgångspunkt för att ansvar ska föreligga krävs att huvudmannen måste ha haft insikt i varje fall om dispositionsrisken. Slutsatsen ligger vidare i linje med de hänsyn till skadevällarens behov av förutsebarhet som floodgate-argumentet innefattar.⁵²

⁴⁸ Jämför NJA 1963 s. 105.

⁴⁹ Jämför p. 7 justitierådet Lindskogs tillägg för egen del i *Divisionschefen* och Kleineman, JT 1989–90 s. 137 ff. Jämför även NJA 1990 s. 745 och RH 1996:154.

⁵⁰ *Kone*, referattexten s. 703.

⁵¹ Jämför även *Gamla vägen* p. 21 (liksom den tydligare skrivningen i p. 28 justitiesekreterarens domsförslag).

⁵² Jämför även den anglo-amerikanska så kallade ”end aim rule” hos Kleneman, Ren förmögenhetsskada (1987), bland annat på s. 376, 442, 459 f., 506, 512, 537, 546 och, 583.

Sammanfattningsvis förefaller rättsläget beträffande skadeståndströskeln kunna beskrivas på följande sätt. Om tredje man under en av huvudmannen orsakad befogad fullmaktstillit har ingått ett avtal med mellanmannen men avtalet är ogiltigt på grund av behörighetsbrist, så kan tredje man ha rätt till ersättning av huvudmannen för nedlagda kostnader. För att huvudmannen ska bli ersättningsskyldig krävs dock som utgångspunkt att huvudmannen *måste* ha insett risken för fullmaktstilliten och dispositionsrisken i fråga om både avtalet och kostnaderna. Om det föreligger särskilda skäl kan det emellertid vara tillräckligt att huvudmannen *borde* ha insett de ifrågavarande riskerna. Rätten till ersättning är begränsad till det negativa intresset.⁵³

Till det sagda kan fogas att det får antas vara upp till tredje man att bevisa huvudmannens vårdslöshet. En omplacering av bevisbördan lär nog endast kunna komma i fråga beträffande sådana typfall där omständigheterna gör att den skadelidande saknar eller har mycket begränsade möjligheter att säkra bevisning.⁵⁴

6. Testet

Låt oss så övergå till den samlade hanteringen av de båda trösklarna. På pappret skulle alltså – enligt HD:s uttalanden i *Divisionschefen* – tröskeln för huvudmannens tillitsbaserade skadeståndsansvar vara lägre än tröskeln för det tillitsbaserade bundenhetsansvaret. Även själva logiken bakom det skadeståndsrättsliga tillitsintresset kan sägas innebära att skadeståndströskeln måste vara lägre än bundenhetströskeln. Skadeståndsrätten ska inträda när huvudmannen har orsakat tredje mans befogade fullmaktstillit, mellanmannen trots tilliten inte ansetts behörig att ingå avtalet och *avtalsbundenhet därför inte kommit till stånd*. Då ska skadeståndet försätta tredje man i samma ekonomiska läge som om tredje man inte varit i (befogad) fullmaktsvillfarelse. Frågan är dock vad som gäller i praktiken. Kan det alls uppstå en situation när förutsättningarna för skadeståndsansvar är uppfyllda utan att bundenhetsförutsättningarna också kommer att vara uppfyllda? Det kan förtydligas att rena förfalskningssituationer här utesluts genom att vi endast är intresserade av fall när det är huvudmannen som har orsakat fullmaktstilli-

⁵³ Jämför NJA 1963 s. 105.

⁵⁴ Jämför *Gamla vägen* p. 29–33. Som Bengtsson, A., Bostadsrättsföreningars ansvar för fel i lägenhetsförteckning, JT 2020–21 s. 170, konstaterar kan det emellertid ifrågasättas om inte HD i det fallet har infört ett typfall av rent strikt ansvar för ren förmögenhetsskada.

ten.⁵⁵ Det kan också förtydligas att förutsättningarna innebär att det är givet att tillitsfullmaktskriterierna (i)–(iii) är uppfyllda.⁵⁶

För att huvudmannen ska bli skadeståndsskyldig till följd av eget vållande finns det som sagt anledning anta att huvudmannen som utgångspunkt måste ha haft insikt om risken för tredje mans fullmaktstillit, risken för att tredje man ingår det aktuella avtalet med mellanmannen och risken för att tredje man lägger ner kostnader. Det är fråga om en måste-insikt i traditionell bemärkelse. Vid särskilda fall, såsom när huvudmannen och tredje man har en direkt och speciell relation, kan det räcka att huvudmannen *borde* ha insikt om nämnda risker. Bevisbördan får förmodas ligga hos tredje man. För avtalsbundenhet synes det sedan krävas att huvudmannen åtminstone haft en abstrakt, objektiv insikt om risken att mellanmannen kan uppfattas som behörig. Huvudmannen behöver dock inte ha insett risken för att just den konkreta tredje mannen skulle kunna komma att ingå just den konkreta typ av avtal som ingåtts med mellanmannen. Bundenhet kan slutligen undgås om huvudmannen har levt upp till högt ställda aktsamhetskrav i fråga om interna rutiner, men det konkreta avtalet varit av sådan art att det trots dessa åtgärder varit svårt att förhindra. Huvudmannen har bevisbördan för det sistnämnda.

Vi testar att applicera de uppfyllda skadeståndsförutsättningarna på bundenhetsfrågan. I utgångsläget har huvudmannen för skadeståndsansvar alltså måst inse både risken för att ha orsakat en fullmaktstillit och dispositionsrisken i fråga om bland annat det konkreta avtalet mellan tredje man och mellanmannen. Jag vågar påstå att om dessa förutsättningar är uppfyllda, så hade det inte rätt någon som helst tvekan om att huvudmannen skulle ha blivit bunden av avtalet genom att låta händelseförloppet fortgå utan inskridande. Genom att huvudmannen inser risken för fullmaktstillit måste det tillitsfullmaktsrättsliga insiktskriteriet också vara uppfyllt. Och genom huvudmannens insikt om dispositionsrisken beträffande avtalet mellan tredje man och mellanmannen måste det vara omöjligt för huvudmannen att kunna uppfylla de tillitsfullmaktsrättsliga förutsättningarna för exculpering. Någon närmare problematisering härom förefaller knappast krävas.

⁵⁵ Men blandsituationer skulle kunna tänkas falla in, det vill säga när fullmaktstilliten har orsakats delvis genom förfalskning eller förfalskningsliknande åtgärder från mellanmannen och delvis genom omständigheter som härrör från huvudmannen själv. Jämför not 31.

⁵⁶ Se ovan under 4.

Men hur blir det då om omständigheterna i stället är sådana att det för skadeståndsskyldighet skulle räcka med förekomsten av borde-insikt hos huvudmannen och sådan insikt också förelegat? Låt säga att anledningen till att borde-insikt skulle vara nog i skadestandsfrågan är att huvudmannen har en särskild och direkt relation till tredje man.⁵⁷ Här är det inte lika givet att de uppfyllda skadeståndsförutsättningarna är tillräckliga för att grunda avtalsbundenhet. Det finns två hinder på vägen.

Det första hindret ligger givetvis i att huvudmannen i bundenhetsfrågan måste haft insikt om risken för fullmaktstillit, medan det i skadeståndssituationen nu räcker med borde-insikt. Vid närmare anblick kan det emellertid ifrågasättas om inte detta hinder är skenbart. Genom HD:s tillämpning i *Låneavtalet med Svea Ekonomi* framgår som sagt att huvudmannen i bundenhetsfrågan inte behöver ha insikt om risken för att den konkreta tredje mannen kan komma att ingå den konkreta typen av avtal med mellanmannen. Det synes i princip räcka med en abstrakt, objektiv insikt om risken för att "folk där ute" skulle kunna komma att uppfatta mellanmannen behörig att göra vad mellanmannen nu gör. Om det är bevisat att huvudmannen i sin särskilda relation till tredje man borde haft insikt om risken för att just den konkreta tredje mannen skulle ingå det konkreta avtalet med mellanmannen, är det mot denna bakgrund svårt att se hur det tillitsfullmaktsrättsliga insiktskriteriet inte skulle vara uppfyllt. Prövningen för att avgöra om kriteriet är uppfyllt synes som sagt ligga i en bedömning av om huvudmannen hypotetisk hade insett risken för tredje mans fullmaktstillit, för det fallet att huvudmannen hade insett dispositionsrisken i fråga om det konkreta avtalet mellan tredje man och mellanmannen.⁵⁸ Att det i skadestandsfrågan är klarlagt att huvudmannen borde ha insett risken för fullmaktstillit behöver så klart inte betyda att ett sådant hypotetiskt test kommer leda till positivt resultat. Det förhållandet att det också är klarlagt att huvudmannen borde haft insikt om både risken för det konkreta avtalet mellan tredje man och mellanmannen och tredje mans kostnader leder dock till att bedömningsmarginalen kommer att vara tämligen snäv.⁵⁹

⁵⁷ Jämför p. 7 i justitierådet Lindsjogs tillägg för egen del i *Divisionschefen*.

⁵⁸ En annan möjlig tolkning skulle kanske kunna vara att utgångspunkten för bedömningen ligger i vad huvudmannen "som förständig person" kunnat iaktta, jämför Lindsjog, SvJT 2020 s. 791 not 20, 793 not 31 och 794 samt Svensson, JT 2015–16 s. 356. Med en sådan tolkning skulle kriteriet ligga mycket nära ett traditionellt krav på borde-insikt.

⁵⁹ Jämför 19 § avtalslagen. Enligt bestämmelsen kommer en huvudman som har återkallat en fullmakt att bindas av ex-fullmäktigens handlande gentemot en godtroende tredje man, om huvudmannen har särskild anledning befara att ex-fullmäktigen kommer att

Vi övergår så till det andra hindret på vägen: frågan om exculpationskriteriets uppfyllande i bundenhetsfrågan. Inte heller detta hinder framstår som särskilt svåröverstigligt. *Låneavtalet med Svea Ekonomi* talar för att huvudmannen kan exculpera sig om den konkreta dispositionen mellan mellanmannen och tredje man varit oförutsebar för huvudmannen och det därför inte kunnat krävas att huvudmannen skulle ha vidtagit åtgärder för att förhindra den. I skadeståndssituationen gäller nu som sagt att huvudmannen borde ha insett risken för samma disposition. Om huvudmannen utifrån omständigheterna bevisligen borde haft insikt om dispositionsrisken, kan väl samma risk svårigen anses vara av ett sådant för huvudmannen oväntat slag att huvudmannen inte haft att vidta adekvata åtgärder för att förhindra att risken materialiseras? Särskilt gäller detta mot bakgrund av att det får förmodas vara tredje man som bär bevisbördan i skadeståndsfrågan medan bevisbördan är omvänd i bundenhetsfrågan. För att undgå bundenhet ska huvudmannen dessutom, som minst, bevisa sig ha levt upp till högt ställda aktsamhetskrav. Sammantaget talar således mycket för att de uppfyllda skadeståndförutsättningarna skulle duga för att uppfylla bundenhetsförutsättningarna också i ett sådant fall där det räcker med borde-insikt för att skadeståndsansvar ska föreligga.⁶⁰

Avslutningsvis bör förtydligas att det inte är givet att HD:s tillämpning i *Låneavtalet med Svea Ekonomi* måste anses medföra att de här framförda tolkningarna av de tillitsfullmaktsrättsliga insikts- och exculpationskriterierna är ”de rätta”. Det ska dessutom framhållas att rättsläget kring förutsättningarna för huvudmannens skadeståndsrättsliga tillitsansvar är oklart. Det behövs fler prejudikat innan vi kan veta säkert. Men med denna reservation är det i nuläget inte lätt att se framför sig en situation när huvudmannen har orsakat tredje mans befogade fullmaktstillit i vilken förutsättningarna för

rättshandla med den tredje mannen, det kan antas att den tredje mannen saknar kännedom om fullmaktsåterkallelsen och huvudmannen trots detta underlåter att meddela att fullmakten inte längre ska gälla. Att tredje man är i god tro om återkallelsen innebär att tredje man har befogad fullmaktstillit. Huvudmannens särskilda anledning att befara exfullmäktigens rättshandlande får anses motsvara en (visserligen något kvalificerad) borde-insikt om dispositionsrisken. Anledningen att befara tredje mans ovetskap om återkallelsen innebär vidare en anledning att befara att tredje man har befogad fullmaktstillit. Bestämmelsen, som aktualiseras i en situation där tredje man kan antas vara känd för huvudmannen, synes alltså uppställa ganska låga krav på insikt hos huvudmannen för att avtalsbundenhet ska föreligga.

⁶⁰ Jämför även det som sägs i not 31 angående tillitsfullmaktskriterierna och NJA 1974 s. 706 och det som sägs i not 59 angående 19 § avtalslagen.

skadeståndsansvar kan vara uppfyllda utan att bundenhetsförutsättningarna också kommer vara uppfyllda. I vart fall är det långt ifrån självklart att skadeståndströskeln ska uppfattas vara lägre än bundenhetströskeln.

7. Ambitionen är god men jämförelsen svår

Det är inget fel på HD:s ambition i *Divisionschefen* att försöka koordinera trösklarna för skadestånd och bundenhet vid huvudmannens orsakande av tredje mans befogade fullmaktstillit. Tvärtom. Som Lindskog har uttalat apropå avgörandet är ”extern systemkoherens [...] också viktig”.⁶¹ Det gäller inte bara ur ett akademiskt perspektiv. Även för parterna är det viktigt att reglerna är överblickbara och att logiken är hyfsat begriplig.⁶² Ur ett legitimitetsperspektiv måste det väl dessutom finnas en i någon mån rättvis och rimlig avvägning mellan de olika rättsföljder som kan aktualiseras genom huvudmannens orsakande av tredje mans fullmaktstillit.⁶³

Som har visats ovan är det emellertid långt ifrån säkert att den syn som HD ger uttryck för i *Divisionschefen* överensstämmer med rättsläget. Det kan ifrågasättas om skadeståndströskeln är lägre än bundenhetströskeln. Testet ovan pekar i riktning mot att skadeståndströskeln i praktiken inte är lägre och kanske till och med för att den tvärtom ofta kommer att vara högre än bundenhetströskeln. Visserligen är det som sagt inte säkert att den genomförda jämförelsen är helt rättvisande; det råder osäkerhet både om vilka förutsättningarna är för huvudmannens skadeståndsrättsliga tillitsansvar och hur tillitsfullmaktskriterierna närmare ska tolkas. Men det är också i svårigheten att göra jämförelser som själva grundproblemet förmodligen ligger. Det är liksom lite äpplen och päron över det hela.

En jämförelse mellan de skadeståndsrättsliga och avtalsrättsliga systemen, och därmed möjligheterna till fullständig koordinering av dem, är svår. Även om en det i bakgrunden till det skadeståndsrättsliga tillitsansvaret i kontraktsnära situationer finns ett avtalsrättsligt tänkande rör det sig trots allt om just olika system. Det är fråga om system som har formats genom delvis olika impulser och nycker, över mer eller mindre långa tidspann och som

⁶¹ Lindskog, SvJT 2020 s. 793 not 30.

⁶² Men om det av någon anledning är ostridigt mellan parterna att mellanmannen har överskridit sin behörighet och tvisten endast rör skadestånd, så spelar det givetvis ingen roll i den aktuella tvisten var bundenhetströskeln ligger i förhållande till skadeståndströskeln.

⁶³ Jämför ovan under 3.

har bildats inom, liksom utbildat, olika traditioner. Detta gör till exempel att en och samma term kan beteckna ett visst begrepp i en systemkontext och ett annat i en annan.⁶⁴ Vad som exempelvis utgör insikt eller vårdslöshet i en kontext behöver inte göra det i den andra. En faktor i ett system kan existera utsprängt över flera olika faktorer i det andra eller där inte vara en faktor över huvud taget. Det är helt enkelt svårt att sammanjämka två system under en och samma övergripande systemsyn. Dessutom underlättar det inte att det, som framgått ovan under 2, saknas en självklar logik för hur ett sådant övergripande system ska konstrueras.⁶⁵

Jag säger inte att koordinering är omöjligt eller att vi ska undvika att eftersträva harmoniseringar. Vad jag däremot säger är att det är svårt att nå hela vägen fram genom ett enstaka avgörande.

⁶⁴ Unnersjö, A., *Regress. Begreppet regressrätt och solidarregress*, Stockholm 2021, s. 34 f. och 93 f.

⁶⁵ En fråga är vilken systemsyn HD har utgått från i *Divisionschefen*. Trots att avgörandet rör en avtalsrättslig fråga kan man nämligen få intrycket att HD har utgått från ett skadeståndsorienterat perspektiv. HD förde in tredje mans faktiska tillit som ett kriterium för tillitsfullmakt. I fråga om tillitsbaserat skadeståndsansvar förekommer ofta begreppet faktisk tillit som ett ansvarskriterium, medan man inom avtalsrätten och den allmänna fullmaktsrätten inte brukar lägga någon större vikt vid faktiskt tillit, utan främst fokusera på frågan om det funnits befogad *anledning* till tillit. Även exculpationskriteriet (och det kausalitetstänkt som tycks skymta mellan raderna i domskälen) för tankarna till skadeståndsretten. Kanske ligger en del av förklaringen till att avtalsrättare har haft invändningar mot *Divisionschefen* i att avgörandet är delvis präglat av ett för avtalsrättare främmande grundtänk?

