

Obehörig vinst-motiveringar

MÅRTEN SCHULTZ

Obehörig vinst på längden och tvären

Hör principen om obehörig vinst till gällande rätt i Sverige? Svaret är självklart jakande. I ett flertal fall har Högsta domstolen under senare tid explicit behandlat obehörig vinst-principen som den behandlar andra allmänna rättsprinciper, en norm tillämplig under vissa särskilda omständigheter med distinkta om än kontingenta rättsföljder.¹ Att svensk förmögenhetsrätts allmänna principer inkluderar en obehörig vinst-princip (eller möjligen flera) kan inte rimligen ifrågasättas.²

Att obehörig vinst hör till den svenska förmögenhetsrätten säger emellertid inte något om hur stor betydelse principen har eller på vilket sätt den kan användas. En förklaring av obehörig vinst-principens (åter)inträde i svensk rätt kompliceras därvid av att obehörig vinst-resonemang kan göra sig gällande på olika nivåer. Det finns olika *former* av obehörig vinst-argument.

I Jan Hellners epokgörande framställning av obehörig vinst särskiljes i den andra avdelningen – som behandlar ”Den allmänna grundsatsen om obehörig vinst” – mellan grundsatsens användning som *motivering* (idag skulle vi kanske säga rättspolitiskt argument), vinstgrundsatsens användning

¹ Se främst NJA 1993 s. 13, särskilt i ljuset av NJA 2007 s. 519 och NJA 2009 N 40. Obehörig vinst-principen har sedan länge ett auktoritativt stöd i HD. I ett nu gammalt avgörande från 1925 utgick ersättning enligt en allmän obehörig vinst-princip vilket fortfarande har intresse, inte minst eftersom Högsta domstolen i det fallet dömde i plenum, NJA 1925 s. 184.

² I NJA 2007 s. 519 hade ett konkursbo använt en hyreslokal efter det att konkursgäldenärens avtal slutat att gälla. Frågan var om massaansvar motsvarande kostnaden för hyra förelåg (vilket det gjorde). I domen uttalades: ”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.*” (Min kursivering.) Här talar alltså HD om obehörig vinst-principen i pluralisform – det finns flera obehörig vinst-principer.

som *positiv rättsregel* och ”vinst som *grund och som omfattning för ersättningskyldighet*”.³

Att vinstargument kan förekomma i den andra av dessa tre betydelse står klart genom de HD-avgöranden som nyss refererades till.⁴ När det gäller den tredje betydelsen, att vinstargument används som grund och omfattning för ersättningskyldighet finns det åtskilliga exempel i den speciella civilrätten, t.ex. 74 § växellagen.⁵

Men hur är det med den första av Hellners identifierade obehörig vinstargument, vinstmotiveringarna? Att sådana förekommer, i olika rättskällor, är även det en truism. Vissa sådana motiveringar har givit upphov till diskussion. I NJA 1999 s. 575 anfördes principen om obehörig vinst av HD som stöd för en återkravs rätt vid misstagsbetalningar, vilket gav upphov till debatt.⁶ I andra sammanhang är obehörig vinst-motiveringarna till synes okontroversiella.

Ur ett teoretiskt perspektiv är obehörig vinst-motiveringarna på sätt och vis den mest intressanta aspekten av obehörig vinst-tematiken. Sådana motiveringar betraktar alltså obehörig vinst som ett rättspolitiskt argument som andra regler eller principer kan antingen stödjas på, eller ifrågasättas med stöd av.

Obehörig vinst-principen är särpräglad i det att dess djupare rättspolitiska fundament ligger nära den allmänna principen i den juridiska inkarnation som den brukar ta sig i den positiva rätten.⁷ Ytstrukturen ligger närmare de

³ Jan Hellner, Om obehörig vinst, Stockholm 1950, s. 137 ff. Obehörig vinst-principen kan emellertid aktualiseras på även andra sätt. Ett sådant sätt kan vara att utifrån obehörigt vinst-tankar utveckla rättsliga kategoriseringar, d.v.s. att ett på något vis identifierat obehörig vinstresonemang används för systematisering: Obehörig vinst-rätt.

⁴ En omfattande katalogisering av obehörig vinst-principen utifrån databassökningar i praxis ges i Suzanne Malmberg, Obehörig vinst i svensk rätt, examensarbete vid Lunds universitet, HT 2010, s. 36 ff. Uppsatsen finns tillgänglig på Internet: <http://bit.ly/uHh-bvg> (länk kontrollerad 31/12, 2011).

⁵ Jori Munukka har vaskat fram ett antal rättsregler med obehörig vinst-inslag i Jori Munukka, EG-domstolen om omleverans. Konsument ska inte betala nyttoersättning för utbytt vara, JT 2008/09, s. 320, n. 24.

⁶ ”Ett av de huvudargument som har brukat åberopas för den principiella återkravs rätten vid traditionella *condictio indebiti*-situationer är att det, om betalningsmottagaren får behålla vad han har uppburit, uppkommer en förmögenhetsförskjutning till hans förmån utan rättsgrund: han gör en obehörig vinst.” Denna formulering ligger nära obehörig vinst-regeln i BGB:s 812 §. Jmf. Jan Hellner, Betalning av misstag, JT 1999–2000, s. 409 ff.

⁷ Detta är förstas bara min uppfattning. Se för olika perspektiv på detta Robert Chambers,

djupare värderingarna vid obehörig vinst än vid många andra allmänna rättsprinciper. Samtidigt kan kanske denna moraliska touch framstå som avskräckande, särskilt för den generation av svenska jurister som fostrats i den skandinaviska realismens överdrivna förhoppningar om att kunna ställa upp en vattentät dikotomi mellan juridiska och moraliska omdömen.

Hur det än är med den saken har två färskas rättsfall tangerat detta tema. I inget av dessa fall har Högsta domstolens domskäl i någon relevant utsträckning använt obehörig vinst-principen som stöd för utgången. Det är inte i sig något konstigt – det synes inte ha funnits något behov för sådant stöd i dessa avgöranden. Men rättsfallen kan i sammanhanget av förnyat intresse för obehörig vinst-resonemang icke desto mindre ge input för utmejslandet av obehörig vinst-juridiken. Rättsfallen kommer i denna korta artikel att utgöra ett avstamp för en diskussion om hur de nyligen återuppväckta obehörig vinst-resonemangen kan användas som motiveringar i svensk rätt.⁸ Ledmotivet i denna artikel är således frågan om obehörig vinst-motiveringars karaktär och när sådana motiveringar är motiverade.

Obehörig vinst och *compensatio lucri cum damno*

I NJA 2011 s. 548 prövades huruvida en bostadsrättsinnehavare som fått sin lägenhet reparerad av bostadsrättsföreningen efter en brandskada skulle behöva utge ersättning till föreningen p.g.a. att reparationen, som föreningen var skyldig att låta utföra enligt lag, medfört en standardhöjning av lägenheten.⁹

HD uttalade därvid följande (referenser utelämnade):

”10: Att lägenheten i vissa fall kan få en högre standard än vad bostadsrättshavaren har rätt att kräva är emellertid en följd av att den i lagen stadgade skyldigheten för föreningen att reparera lägenheten fullgörs på det sätt som måste ske. En rätt för föreningen att kräva ersättning för den högre standarden bör då i brist på författningsstöd vara motiverad av tungt vägande rättspolitiska skäl. Det gäller

Charles Mitchell och James Penner, *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford 2009.

⁸ Angående påståendet att obehörig vinst-resonemang pånyttfötts i svensk rätt, se Mårten Schultz, *Nya argumentationslinjer i förmögensrätten. Obehörig vinst rediviva*, SvJT 2009, s. 946 ff.

⁹ Se för en rättsfallskommentar Jori Munukka, *Värdehöjande reparation efter brandskada ska bäras av bostadsrättsföreningen*, JT 2011/12. s. 387 ff.

även till den del bostadsrättshavaren har gjort en tydlig värdemässig vinst på reparationen.

11: Rättspolitiskt talar den associationsrättsliga likhetsprincipen för att föreningen bör ha en viss rätt till vinstersättning i den diskuterade situationen, men argumentet väger inte tillräckligt tungt.

12: Om praktiskt sett nödvändiga reparationsåtgärder leder till en standard-höjning är alltså bostadsrättshavaren inte skyldig att utge ersättning för denna.”

Den enda explicita referensen till obehörig vinst sker i avgörandet genom en referens till Hellners avhandling. Betyder då det att denna dom kan tolkas som någon form av avståndstagande från obehörig vinst? Frågan måste specificeras eftersom, vilket inledningsvis framhölls, obehörig vinst är ett argument som kommer i olika form.

Den första frågan är om avgörandet kan betraktas som ett avståndstagande från *principen* om obehörig vinst? Svaret på den frågan är enkelt: Inte alls. Avgörandet rörde inte principen om obehörig vinst utan principen om *compensatio lucri cum damno*, och det är en annan princip.

Compensatio lucri cum damno är en princip som gör sig gällande vid skadeståndsbestämning i vissa fall.¹⁰ Den anses därvid höra till skadeståndsrättens allmänna principer (se särskilt, med ett belysande tillägg av justitierådet Nilsson, NJA 1990 s. 705) och tanken kommer till mer eller mindre tydligt uttryck i åtskilliga lagrum (se t.ex. i avräkningsreglerna i skadeståndslagen 5 kap. 3 §).

Compensatio lucri cum damno innebär att en domstol vid en skadeståndsbestämning kan(notera valet av modalitet: ”kan” – inte ”skall”) räkna av den nytta som en skadelidande haft till följd av en skadehändelse från ersättningen. När det gäller *compensatio lucri cum damno* är rättsordningen försiktig med att tillåta en avräkning.¹¹ Det finns goda skäl som talar för en

¹⁰ En tidig behandling av principen *compensatio lucri cum damno* i svensk rätt är Vilhelm Lundstedt, *Bör den s.k. compensatio lucri cum damno betraktas som ett institut i svensk rätt?*, Lund 1912.

¹¹ Härvid kan det särskilt nämnas att avräkning i princip enbart anses böra ske när den fördel som den skadelidande erhållit är av rent ekonomisk karaktär. Se härvid JustR Nilssons särskilda yttrande i NJA 1990 s. 705. Se även Bertil Bengtsson, *Ersättning vid offentliga ingrepp 2*, Stockholm 1991, s. 231, Richard Hager, *Värderingsrätt*, Stockholm 1998, s. 54 och Marcus Radetzki, *Skadeberäkning vid sakskada*, Stockholm 2004, s. 179 f. En liknande argumentation återfinns i HD:s domskäl i NJA 1993 s. 753 där det istället talas om ”kommersiellt intresse”.

sådan försiktighet, om än olika skäl gör sig gällande beroende på vilken form av nytta som den skadelidande haft av skadehändelsen – en egen försäkring, en insamling till hennes förmån, en ersättning från tredje man eller något annat?

Däremot står det klart att avräkning ibland skall ske, även bortom de uppenbara fall som regleras i t.ex. skadeståndslagen 5 kap. 3 §.

HD:s dom säger alltså inget om obehörig vinst-principen. Men säger den något om obehörig vinst-motiveringar? Anledningen till att frågan ställs i detta sammanhang är att *compensatio lucri cum damno* ofta motiveras just med att den skadelidande skulle kunna göra en obehörig vinst om inte en avräkning görs motsvarande eventuella fördelar som uppstått ur skadehändelsen. Här samspelar vinstresonemangen med skadeståndsrättens grundbult om *full ersättning*: Den skadelidande har rätt till full ersättning för sin skada av den som ansvarar för den, men hon ska inte *tjäna* på att bli skadad.¹²

Samtidigt är relationen mellan *compensatio lucri cum damno* och den underliggande rättspolitiska obehörig vinst-motiveringen inte entydig. Det finns fall där avräkning skett som kan betraktas som uttryck för *compensatio lucri cum damno*.¹³ Men det finns också åtskilliga situationer när *compensatio lucri cum damno* inte medfört en avräkning i förhållande till den skadelidandes vinst, även där den skadelidandes nytta framstår som förhållandevis tydligt utredd.¹⁴

I realiteten torde sådan avräkning snarare vara undantaget än huvudregeln, om man bortser från de lagreglerade fallen.¹⁵ *Compensatio lucri cum damno* fungerar därmed, om man bortser från de lagreglerade fallen, närmast som en säkerhetsventil.

¹² Se t.ex. kommentarerna hos Karlgren i Hjalmar Karlgren, *Obehörig vinst och värdeersättning*, Stockholm 1982, s. 28 f.

¹³ Se till exempel NJA 1955 s. 89 II, där en skadad lastbil hade reparerats och därvid försätts med en ny förarhytt. Bilens värde ansågs därmed ha ökat och skadeståndet sattes ned i motsvarande mån. Inbesparade levnadskostnader har i ett flertal fall utgjort grund för nedsättning av ersättningen, se NJA 1959 s. 181 och NJA 1941 s. 482.

¹⁴ Se NJA 1990 s. 705. Det kan f.ö. noteras att vissa typer av nytta generellt men av oklar anledning tycks falla utanför principens område, så har till exempel skattefördelar tidigare bedömts, se NJA 1961 s. 215 och 1954 s. 227. Nuvarande lagstiftning gör denna fråga delvis överspelad, se Håkan Andersson, *Skyddsändamål och adekvans*, Uppsala 1993, s. 459 och Marcus Radetzki, *Skadeberäkning vid sakskada*, Stockholm 2004, s. 181, n. 565.

¹⁵ Som det sägs i Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 8 uppl., Stockholm 2010, 21.5: ”Tendensen torde vara att endast uppenbara fördelar och endast sådana som står i nära sammanhang med skadan beaktas”.

Om man vill förklara dessa utifrån den bakomliggande obehörig vinstprincipen så låter det sig i många fall göras genom att den vinst som uppstått helt enkelt inte uppfattas som obehörig.¹⁶ (Detta är inte ett skenargument – bedömningen av obehörighet förutsätter en värdering.¹⁷) Ofta torde emellertid förklaringar utifrån obehörig vinst-tankar vara obehövlige. Den primära anledningen till att skadeståndet inte sätts ned i förhållande till eventuella fördelar kan ofta stå att finna i att andra värderingar gör sig gällande och har större tyngd än vinstresonemang. Det är t.ex. ofta rättspolitiskt orimligt att skadevällarens ersättningsskyldighet ska sättas ned enbart för att den skadelidande erhållit fördelar i form av t.ex. insamlingar eller egenbetalda försäkringar.¹⁸ På liknande sätt är det ofta orimligt att följder som uppfattas som närmast slumpmässiga och som för den skadelidande är positiva ska tillgodoräknas skadevällaren.¹⁹ Att *compensatio lucri cum damno* kan motiveras

¹⁶ Det kan knappast sägas vara obehörigt att den bostadsrättsinnehavare vars lägenhet efter en reparation är i bättre skick har berikats obehörigen. På samma sätt finns det anledning att vara skeptisk mot obehörig vinst-motiveringar till stöd för ersättning till den som utfört en reparation i ett fall av *negotiorum gestio* gestorns handlande leder till en nytta bestående i att huvudmannens egendom förbättras eller om den som tagit emot egendom för förvaring vidtagit standardförbättrande åtgärder som medfört att egendomens värde ökat.

¹⁷ Jmf. Seve Ljungman. Något om avräkning av nytta mot skada, särskilt vid tvångsförvärv, i Festskrift till Hjalmar Karlgren, Stockholm 1964, s. 219 ff., på s. 220.

¹⁸ Christian von Bar har lagt emfas vid just insamlingsexempel och menar att någon avräkning inte bör ske i dessa fall (en uppfattning jag f.ö. delar), Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. II, Oxford 2000, s. 454 ff. (nr 432). Liknande frågor har aktualiserats i praxis. Så i NJA 1947 s. 586 (insamling för militär som skadats vid en övning medförde ej nedsättning) och NJA 1943 s. 618 (insamling till barn vars förälder dödats avräknades ej). I tidigare praxis (NJA 1932 s. 267) blev bedömningen den motsatta, men genom de anförda senare avgöranden får den tidigare bedömningen anses överspeld, se Håkan Andersson, *Skyddsändamål och adekvans*, Uppsala 1993, s. 459, n. 35 och Marcus Radetzki, *Skadeberäkning vid sakskada*, Stockholm 2004, s. 181, n. 564.

¹⁹ Härvid tangeras alltså adekvansargument. Alltför slumpmässiga fördelar ska inte föranleda avräkning. Exempel på detta kan hämtas ur Jaako Forsman, *Bidrag till läran om skadestånd i brottmål enligt finsk rätt*, Helsingfors 1893, s. 281 (exemplet är något men utan skillnad i sak förändrat): En person har krossat en annan persons fönster och därigenom ådragit sig skadeståndsskyldighet. Innan något nytt fönster satts in flyger en värdefull fågel in i rummet som fångas in och ”rikligen ersätter den krossade rutan”. Skadegöraren kan inte kräva nedsättning av sin skadeståndsskyldighet och än mindre kan ha kräva att få överskottet från fågelförsäljningen. ”Orsaken härtill är ej svår att fatta: det faktum att fogelns flög in genom det sönderslagna fönstret är ej i rättslig mening förorsakad genom skadegörarens handling. Detta faktum är en senare oberäknelig händelse, som ej står i något rättsligt kausalsammanhang med skadegörarens handling.” Forsman fortsätter sedan med andra variationer på fågeltemat.

med obehörig vinst-resonemang betyder således inte att det är den *enda* rättspolitiska motivering som kan aktualiseras i situationer där en avräkningsfråga uppkommit. Det kan finnas argument som talar emot en avräkning som hänger samman med andra värderingar bakom det civilrättsliga systemet. Vilka argument som därvid ska betraktas som vägledande vid formulerandet av domskäl är ofta en öppen fråga.

Ett starkt rättspolitiskt argument som gör sig gällande i situationer liknande den som HD behandlade i det nu diskuterade avgörandet är bostadsrättsinnehavarens intresse av att slippa bli påtvingad kostnader som hon inte har fått möjlighet att bestämma över. Civilrätten är motvillig (om än inte fullständigt avvisande) att ålägga enskilda förpliktelser som de inte själva har frivilligt åtagit sig, med mindre ett ansvar anses som en adekvat konsekvens av ett klandervärt beteende för vilket den krävda personen svarar.²⁰

NJA 2011 s. 548 återspeglar den sunda skepsis som råder kring möjligheten att påtvinga enskilda investeringar genom ett ensidigt handlande och den sakliga utgången är enligt min obetydliga mening rimlig. Däremot säger avgörandet egentligen inte något intressant om obehörig vinst-principen. Indirekt kan det däremot bidra till en förståelse av förhållandet mellan *compensatio lucri cum damno* och obehörig vinst-motiveringar.

Obehörig vinst och *condictio indebiti*

Det andra avgörandet från Högsta domstolen som har beröringspunkter med obehörig vinst-motiveringar är NJA 2011 s. 739. I fallet hade till följd av ett felskrivet s.k. OCR-nummer (som är det nummer som används för att identifiera betalningar av räkningar på t.ex. Internet) en inbetalning bokförts på fel bolags skattekonto.

²⁰ Ett exempel på detta är den i svensk rätt njudda inställningen till ersättning vid *negotiorum gestio* med undantag för några, i allmänhet snävt formulerade, lagreglerade fall. I många situationer är ersättning vid icke avtalade tjänster helt utesluten, vilket innefattar såväl arvode som nedlagda kostnader till huvudmannens nytta. Undantagen torde i första hand gälla nödsituationer men även här tycks svensk rätt snål mot gestor. Grundtanken är att en presumtiv gestor måste försöka få tag på (den presumtive) huvudmannen. Så till exempel i NJA 1972 s. 88, där en brandkår vidtog åtgärder för att förhindra att lösa takplåtar på ett hus kunde falla ned på fotgängare. Kostnaderna för ingripandet var inte till någon del ersättningsgill. En liknande bedömning gjordes av HD i NJA 1952 s. 63 – lantbrukaren på nykterhetsanstalt – där en nykterhetsnämnd som sört för den intagnes lantbruk inte till någon del fick sina kostnader ersatta, även om HD i detta avgörande synes lämna dörren öppen för att ersättning i vissa fall *kan* utgå. Se vidare Torgny Håstad, Tjänster utan uppdrag, Stockholm 1973, s. 45 ff.

Skatteverket betalade tillbaka en del av beloppet, men inte allt. Det för fördelade företaget begärde att betalningen skulle gå åter. Som stöd för att det ansåg sig ha rätt till återbetalning anfördes i första hand principen om *condictio indebiti* och i andra hand att Skatteverket annars skulle göra en obehörig vinst. Som en tredje grund gällande att betalningen utgjorde ett förklaringsmisstag och att Skatteverket var i ond tro om misstaget.

Skatteverket bestred. Det hävdade att felaktigheten borde betraktas som ett förklaringsmisstag, om vilket verket var i god tro, och att principen om *condictio indebiti* därmed inte kunde tillämpas. Vidare ansåg Skatteverket att betalningen mottagits i god tro och att det inrättat sig efter betalningen samt att någon obehörig vinst inte uppkommit.

HD gick på förstahandsgrunden. Härvid redogjorde domstolen för återkravsrettens konstruktion. Huvudregeln vid misstagsbetalningar är att den som erhåller betalningen är skyldig att återbetala beloppet. Huvudregeln viker i vissa situationer, till exempel om den som erhållit betalningen i god tro inrättat sig efter betalningen. Vidare finns det större skäl för mottagaren att tro att betalningen är definitiv ju längre tid betalaren dröjer med att framställa ett återkrav.

HD framhöll också att många olika faktorer kan påverka vilket intresse som ska få företräde i ett enskilt fall. Till dessa faktorer hör vilken av parterna som hade den största möjligheten att bedöma de förhållanden som har inverkat på betalningen samt om någon av parterna förfarit oaktsamt i samband med betalningen.

Angående förhållandet till förklaringsmisstagsregeln uttalade HD följande (st. 8 och 9 – referenser utelämnade).

”Huruvida en felaktig betalning har skett på grund av villfarelse eller ren felskrivning eller om en felaktig betalning har gjorts i samband med betalningsuppdrag eller betalningsförmedling är av underordnad betydelse. Avgörande är i stället om betalningen har skett utan rättsgrund och att betalningen inte utgör en disposition, d.v.s. en betalning där den betalande frivilligt väljer att betala oavsett om betalningsskyldighet faktiskt föreligger.

Att den som har tagit emot en betalning och därefter i god tro har förbrukat medlen eller annars har inrättat sig efter betalningen ges rätt att behålla betalningen har motiveras med att en återbetalningsskyldighet skulle innebära att mottagaren utan någon egen åtgärd får en skuld som han kanske får mer eller mindre svårt att betala. I senare rättsfall har också hänsynen till omsättningens intresse och behovet av säkerhet i rättslivet betonats (se t.ex. NJA 1994 s. 177 och NJA 1999 s. 575).”

I fallet fann HD att återbetalning skulle ske.

I det tidigare nämnda *condictio indebiti*-fallet NJA 1999 s. 575 anförde HD obehörig vinst-resonemang som en motivering till att återkravet skulle anses berättigat i ett speciellt fall av misstagsbetalning, där betalaren utsatts för ett ekonomiskt brott. Obehörig vinst-motiveringen i HD:s domskäl fick Jan Hellner att framföra svidande kritik. Enligt Hellner behövde *condictio indebiti*-principen inte stöd ”av vare sig läran om obehörig vinst eller förut-sättningsläran, causaläran, ”kvasikontrakt”, implicerat villkor vid betalningen eller någon annan av de konstruktioner som förekommer.”²¹

I senare avgöranden har HD inte tagit intryck av obehörig vinst-resonemang som stöd för en återkravs rätt. (Se NJA 2001 s. 353.) Kan man av NJA 2011 s. 739 och den praxis som i övrigt kommit efter 1999 års fall dra några slutsatser rörande obehörig vinst-argument?

När det gäller obehörig vinst som en självständig *princíp* finns det inte något skäl att betrakta denna praxis som vare sig bekräftande eller underminerande av denna princip status. Obehörig vinst-tanken hänger ihop med *condictio indebiti*²² men det råder naturligtvis inte någon identitet mellan tankespåren.²³

Men obehörig vinst-motiveringen då? Kan det nu diskuterade avgörandet, och särskilt om det ses i ljuset av NJA 2001 s. 353, betraktas som något slags tendens med innebörd att obehörig vinst-motiveringar i samband med *condictio indebiti* inte betraktas som relevanta av HD? Någon sådan slutsats kan man inte heller rimligen dra.

Det var inte så länge sedan Högsta domstolen, 1999, trots allt hänförde sig till obehörig vinst-motiveringen som stöd för en rätt till återkrav vid en (form av) misstagsbetalning.²⁴ Vidare är det ju så med motiveringar av detta slag att det inte finns något behov av dem i fall som klart och tydligt faller under huvudregeln, som en enig HD tycks ha ansett var fallet här.

²¹ Jan Hellner, *Betalning av misstag*, Juridisk tidskrift 1999–2000, s. 413.

²² Zimmerman karakteriserar i en uppsats om romersk rätt och europeisk harmonisering *condictio indebiti* som central för obehörig vinst-läran ur det romerska perspektivet: ”that most central of these enrichment actions, the *condictio indebiti*”, Reinhard Zimmerman, *Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe*, i *Towards a European Civil Code*, 3 uppl., Nijmegen 2004, s. 26.

²³ Se för en komparativrättslig genomgång av *condictio indebiti* och förhållandet till obehörig vinst, Study Group on a Civil Code (Christian von Bar och Stephen Swann, red.), *Principles of European Law: Unjustified Enrichment*, München 2010, s. 257 ff.

²⁴ En belysande genomgång av *condictio indebiti* i praxis mot bakgrund av komparativrättsliga utblickar återfinns i Lars Gorton, *Handelsrättsliga variationer*, Lund 2008, s. 149 ff.

Den iakttagelse som gjordes avseende obehörig vinst-motiveringar vid *compensatio lucri cum damno* har relevans även i detta sammanhang. Att obehörig vinst-motiveringar kan användas för att rättspolitiskt staga upp olika regler betyder inte att det alltid finns något behov av sådana motive-ringar. Obehörig vinst-motiveringar kan anföras som stöd för alltifrån ränte-regler till föräldrabalkens 9 kap 7 § men det innebär inte att det generellt finns någon anledning att dra fram sådana motiveringar när omständighe-terna faller klart under en viss regel och förhållandena i övrigt inte anses for-dra särskilt rättspolitiskt stöd.

Vidare kan det noteras att HD faktiskt anför ett slags obehörig vinst-anknytande argument i NJA 2011 s. 739. Domstolen skriver att avgörande är att betalningen skett utan rättsgrund (och att den inte utgör en disposi-tion). Just formuleringen ”*utan rättsgrund*” har en tydlig koppling till en sär-skilt uppmärksammas obehörig vinst-regel, nämligen den i BGB:s 812 § – den regel som stått i centrum för mycket av obehörig vinst-diskussionen i svensk rätt, särskilt hos Jan Hellner.

Domen klargör förhållandet mellan 32 § avtalslagen och *condictio indebiti* och utgör ett belysande exempel på att en rätt till återkrav vid *condictio indebiti* är huvudregeln. Det har inte någon direkt betydelse för en bedömning av obehörig vinst-motiveringarnas status i civilrätten i allmänhet eller vid *condictio indebiti* i synnerhet. Indirekt kan emellertid även detta avgö-rande innehålla vissa nycklar till att förstå hur obehörig vinst-motiveringar kan användas. Formuleringen ”utan rättsgrund” indikerar därvid den täta koppling som finns mellan *condictio indebiti* och obehörig vinst och antyder vilka rättspolitiska argument som kan få betydelse i avvägningar.

Avslutning

”Vad angår begreppet ”obehörig vinst” visar detsamma blott, att jurisprudenten då och då har garderobsorg”. Vilhelm Lundstedts berömda karakteristik fångar in den traditionella inställningen till obehörig vinst-resonemang i svensk rätt.²⁵

Metaforen kan måhända vara svårutläst. Garderobsorg är inte ett uttryck som yngre personer i allmänhet har i sitt aktiva ordförråd. Det finns inte längre med i Svenska akademiens ordlista och har en ålderdomlig klang.

²⁵ Vilhelm Lundstedt, *Obligationsbegreppet I*, Uppsala 1929, s. 168 ff., n. 2.

Ordboken beskriver det på följande sätt: ”förhållandet att en person nödgas gå särskilt fint klädd (i sht svartklädd) av brist på andra användbara kläder”.

Garderobsorg är alltså när man måste gå till 7-11 för att köpa mjölk iklädd frack eftersom man inte har något annat att ha på sig. Lundstedts metafor är som jag förstår det ett uttryck för tanken att man klistrar obehörig vinst-etiketten på rättsliga problem i brist på bättre etiketter.²⁶ När det inte finns något passande uttryck får man ta till det opassande.

Vi använder således inte obehörig vinst-resonemang för att förklara varför den som lånat pengar av någon annan har en skyldighet att betala tillbaka pengarna. Sådana resonemang förs enbart fram när det inte uppfattas som att det finns adekvat stöd bland mer etablerade argumentationslinjer.

Denna kritik fäster kanske bäst på obehörig vinst-resonemang som framförs som motiveringar. De två diskuterade rättsfallen rör paradigmatiska obehörig vinst-motiverade principer: Principen om *compensatio lucri cum damno* och principen om *condictio indebiti*. Dessa två principer motiveras i allmänhet, åtminstone i merparten av Europa, med just obehörig vinst-argument.

När det gäller *condictio indebiti* brukar det till och med sägas att en återkravs rätt av detta slag är det centrala exemplet på hur obehörig vinst-tanken kan komma till konkret positivrättsligt uttryck i andra regler än allmänna obehörig vinst-regler som den ovan nämnda BGB-paragrafen.²⁷ I inget av de diskuterade fallen fick obehörig vinst-resonemang någon direkt betydelse. Det motiverar oss att ställa frågan om när obehörig vinst-motiveringar kan anses motiverade.

²⁶ Jag använder ordet ”etikett” som en föga förpliktande term. Lundstedt talade om ”begreppet” obehörig vinst och i citatets förlängning skriver han elegant att ”[n]är den vanliga begreppsdräkten räcker till, då talas det aldrig om obehörig vinst, fastän denna förklädnad skulle göra sig utmärkt då också”. Som ofta hos Lundstedt blir man fundersam om hans kritik riktar sig mot begreppet eller uttrycket. Men innebörden är väl förhållandevis klar. Också det temperamentsfulla ordvalet vittnar om Lundstedts uppfattning. Ordet ”förklädnad” är avslöjande – obehörig vinst är för Lundstedt uppenbarligen ett skenargument, ett slags intellektuellt bedrägeri.

²⁷ Jmf. t.ex. Jack Beatson och Eltjo Schrage (red.), *Unjustified Enrichment*, Oxford 2003, s. (“The transfer of property by mistake is regarded as the most elementary instance of unjust enrichment.”) Det är även grundtemat hos ex. Peter Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford 2003 (passim). När Erik Monsen talade på temat ”Uberettiget berigelse (obehörig vinst) som grundlag för betalningskrav” vid Nordiska juristmötet i Köpenhamn 2008 tog han f.ö. *condictio indebiti* som avstamp i sin inledande presentation av ämnet, se vidare handlingarna från mötet på s. 337 ff., tillgängliga på Internet på http://www.njm2008.dk/pdf/NJM_BOG_samlet.pdf (länk kontrollerad 1/11, 2012).

Understundom vädras åsikten att det inte finns något behov av obehörig vinst-motiveringar över huvud taget.²⁸ Det är en märklig inställning, bland annat ur komparativ synvinkel.²⁹ Iakttagelsen att sådana motiveringar är självklara i många europeiska rättsordningar är i sig en indikation på, och jag vet att detta åberopande av den normativa kraften i en europeisk ”common core” kan vara kontroversiell, att det finns goda skäl som talar för sådana argument.

För mig framstår det som fullständigt uppenbart att obehörig vinst-tanken kan utgöra en motivering för principer som *compensatio lucri cum damno* och *condictio indebiti*, att en sådan motivering kan användas för att förklara varför dessa principer anses gällande i svensk rätt, att en sådan motivering kan ge viss vägledning i svåra fall och att motiveringar av dessa slag står i djup samklang med de djupast liggande värderingar varpå civilrätten vilar.

Denna inställning kan motiveras på olika sätt. Principen om obehörig vinst är, när den betraktas som ett självständigt rättsinstitut, numer etablerad. Obehörig vinst-motiveringar i samband med andra principer som t.ex. *condictio indebiti*, kan därmed, om man vill, betraktas som analogier från obehörig vinst-principen.

En annan motivering till obehörig vinst-resonemanget är att det står i samklang med en djupare värdering av moraliskt, eller om man föredrar det: rättspolitiskt, slag som genomsyrar rättssystemet och som kommer till uttryck i en mängd olika regler och principer. Den senare motiveringen berörs inte av den kanske mest kända invändningen mot obehörig vinst-resonemang, nämligen att uttrycket ”obehörig” är tomt och att obehörig vinst-resonemang därmed är cirkulära. Denna invändning missar målet när obehörighetsbegreppet får sitt innehåll genom de olika partikulära regler och principer där obehörigheten specificerats. För att ta det tydligaste exemplet: Om den berikade åstadkommit en förmögenhetsöverföring genom ett kriminellt agerande har rättsordningen redan genom kriminaliseringen av den aktuella gärningen tagit ställning till vad som är obehörigt. Att lägga denna av rättsordningen genom lag definierade obehörigheten till stöd för ett rättspolitiskt argument i en bedömning av hur man civilrättsligt bör förhålla sig till transaktionen är naturligtvis inte cirkulärt.

²⁸ Det är åtminstone en uppfattning som jag hört åtskilliga gånger vid seminarier och i samtal.

²⁹ Se för en komparativrättslig överblick Study Group on a Civil Code (Christian von Bar och Stephen Swann, red.), *Principles of European Law: Unjustified Enrichment*, München 2010, s. 93 ff.

Den viktigaste anledningen till varför obehörig vinst-motiveringar har en roll att spela i civilrätten står att finna i det senast anförda. Obehörig vinst som motivering vilar på en rättspolitiskt sund grundtanke. Om en förmögenhetsöverföring skett på ett sätt som enligt någon rättslig norm (straffrättslig eller annan) är obehörigt så är det ofta rimligt att denna överföring får gå åter. Etiken bakom en sådan form av motivering, uttryckt på detta försiktiga sätt, torde framstå som okontroversiell.

Att obehörig vinst-motiveringar kan göra nytta på detta sätt betyder emellertid inte att det finns något generellt behov av att hänföra sig till dessa typer av motiveringar varje gång ett fall av *compensatio lucri cum damno* eller *condictio indebiti* gör sig gällande. Hellner har därvid onekligen en poäng när han säger att *condictio indebiti* som princip står på egna ben idag, att det är en självständig norm. Samma förhållningssätt kan intas till *compensatio lucri cum damno*.

Samtidigt är det naturligtvis så att även principer som står på egna ben kan fordra stöd eller motiveringar, och det särskilt när det inom principen finns utrymme för *pro et contra*-resonemang, eller om det finns en aktualiserad konflikt med andra principer. Härvid kan det främja analysen att vaska fram vilka rättspolitiska värderingar en princip vilar på och hur dessa förhåller sig till andra värderingar som kan skönjas bakom de ytligare normativa argumenten.

Hur man än ser på det senare kan en generell iakttagelse kring obehörig vinst-resonemang, vare sig de gör sig gällande som motiveringar eller på annat sätt, göras i detta sammanhang, och det är att sådana *resonemang tenderar att vara subsidiära* till sin karaktär.³⁰ Det är ofta argument som aktualiseras när andra argument inte riktigt fäster men det finns en kvardröjande känsla av att det är något som fattas, att det är något som inte riktigt stämmer, i en analys.

Vilhelm Lundstedt har därför delvis rätt när han säger att obehörig vinst-resonemang, när de framförs som motiveringar, tenderar att föras fram enbart som ett ”i brist på annat”-argument. Men det är inte i sig något problem för de av oss som ser obehörig vinst-resonemang som en naturlig och behövd

³⁰ Huruvida obehörig vinst som ett självständigt rättsinstitut skall anses subsidiärt i förhållande till andra rättsgrunder är dock en öppen fråga. Den mer öppna inställning som präglar Draft Common Frame of Reference och Principles of European Law tycks mig rimlig, se Study Group on a Civil Code (Christian von Bar och Stephen Swann, red.), Principles of European Law: Unjustified Enrichment, München 2010, s. 92, p. 5.

Mårten Schultz

argumentationstyp i svensk rätt. Det är tvärtom en naturlig förlängning på obehörig vinst-motiveringarnas generellt subsidiära karaktär.