

Omhändertagande av annans egendom — ett avtalsgrundande rättsfaktum?

Av universitetslektorn JAKOB HEIDBRINK¹

I artikeln diskuteras det förvånansvärt komplicerade spørsmålet hur man skall kunna avgöra frågan i vad mån omhändertagande av annans egendom är ett avtalsgrundande rättsfaktum. Några rättsfall analyseras djupare och slutsatsen dras att omhändertagande av annans egendom — vare sig det sker för transport eller för något annat syfte — med stor sannolikhet inte utgör något avtalsgrundande rättsfaktum, utan snarare ett rättsfaktum sui generis som uppvisar likheter med den engelska rättens bailment.

1 Inledning

I SvJT 2007 s. 673 publicerade jag en kritisk granskning av några påstående i svensk rätt avseende avtals ingående.² Jag konstaterade därvid att den svenska avtalsrättsliga forskningen förefaller ha en bristfällig bild av hur avtal kommer till stånd och rekommenderade att framtida forskning bland annat skulle ta sin utgångspunkt i den av Kurt Grönfors väckta frågan huruvida omhändertagande av annans lösa egendom skulle kunna anses utgöra ett avtalsgrundande rättsfaktum.

När man börjar rota i denna fråga visar sig dock strax att det här med *avtalsgrundande rättsfakta* på intet sätt är lika enkelt som det låter. Även om man till äventyrs skulle ha föresatt sig att undvika de djupaste teoretiska frågorna — en för en juridisk forskare vid en högskola egentligen något märklig föresats — ränner man rakt in i en enormt teoretisk fråga. Denna fråga kräver ett svar, eftersom man utan detta svar inte kan avgöra huruvida något utgör ett avtalsgrundande rättsfaktum eller ej. Frågan är: hur vet jag egentligen att jag har med ett avtal att göra?

Frågan kan tarva någon förklaring. När ett avtal kommer till stånd genom anbud och accept, är det inget problem att fastställa att man har med ett avtal att göra — detta följer om inget annat av avtalslagen. När man dock inte kan identifiera något anbud eller någon accept i omständigheterna och ändå påstår att man har med ett avtal att göra, måste man ju ha klassificerat fallets resultat som ett avtal. Detta innebär att man måste ha använt sig av något eller några kriterier för att företa denna klassificering. Frågan är då: vilka är dessa kriterier? Hur känner jag igen ett avtal när jag har med ett att göra? Om man inte

¹ Universitetslektor vid Internationella handelshögskolan i Jönköping

² Jakob Heidbrink, Avtals uppkomst — dags att se bortom avtalslagen, SvJT 2007 s. 673

vet svaret på denna fråga kan man inte veta när man har med ett avtal att göra, och då kan man inte heller lämpligen tala om *avtalsgrundande rättsfakta*. Utan svaret på den teoretiska frågan vet man helt enkelt inte när vissa rättsfakta faktiskt ger upphov till ett avtal, eftersom man inte kan känna igen ett avtal som ett sådant.

Nu är denna fråga av så enormt teoretisk natur att forskaren riskerar att göra sig skyldig till begreppsjurisprudens när hon försöker besvara den *in abstracto*. Låt mig alltså inskränka frågan: istället för att fråga hur jag känner igen ett avtal som ett avtal, undrar jag hur jag kan avgöra i vad mån Grönfors hade rätt i att säga att omhändertagande av annans egendom (för transport) leder till ett avtal. På vilka grunder trodde sig Grönfors se ett avtal i dessa förhållanden?

Grönfors resonerar på följande sätt:

Vårdansvaret utanför kontraktsförhållanden är vanligen inte lika långt gående som vårdansvaret enligt kontraktuella regler. Det framstår som oegentligt att transportören, genom att ensidigt bestämma hur han vill lägga upp sin organisation, skulle kunna inverka på transportkundens rättsställning. Sedan gammalt har därför transportkunden erkänts ha möjlighet att rikta talan direkt mot en fristående företagare som representant och på kontraktsrättslig grund för bristande vård eller felaktig utlämning. Representantens faktiska *omhändertagande av godset för transport* anses grunda en avtalsrelation mellan honom och den individuella lastemottagaren och verkar alltså som ett *direkt avtalsgrundande rättsfaktum*.³

Grönfors åberopar rättsfallen NJA 1907 s. 424, NJA 1910 s. 602, NJA 1919 s. 378, NJA 1928 s. 327 och NJA 1944 s. 160 som stöd för sina påståenden. Fallen visar dock att Grönfors åtminstone uttrycker sig oprecist när han talar om omhändertagande av egendom *för transport* och som undertransportören som en *representant* för huvudtransportören. Samtliga av Grönfors åberopade fall behandlar nämligen en ångbåtskommissionärs (i modernt språkbruk: fartygsagents) eller annan landbaserad kontraktsmedhjälparens utlämningsansvar: det rör sig alltså inte om att någon skulle ha omhändertagit godset *för transport*. Av de åberopade rättsfallen framgår inte heller alltid att svaranden i respektive mål skulle ha bedömts som transportörens *representant*, utan det mesta tyder på⁴ att de olika kontraktsmedhjälparna ansågs ha en *självständig* förpliktelse att utlämna gods till rätt part, och att denna förpliktelse uppstod i och med att kontraktsmedhjälparna tog hand om godset.

³ Kurt Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, Nerenius & Santérus förlag, Stockholm 1993, s. 57; kursiveringarna i original

⁴ Helt klart framgår det dock inte av fallen huruvida svaranden blev ansvarig som representant — i vilket fall han rimligen måste ha kunnat göra gällande alla begränsningar av ansvaret som transportören kommit överens om med transportkunden — eller i egen kapacitet. Avseende svarandens rätt att åberopa kontraktuella inskränkningar i ansvaret som fanns i konossementet mellan transportören och transportkunden, se NJA 1944 s. 160 och diskussionen avseende detta fall nedan under *3 Märkliga rättsfall*.

Kvarstår två saker som möjliga tecken på att ett avtal föreligger, nämligen dels att transportkunden faktiskt ansågs ha rätt att vända sig direkt mot kontraktsmedhjälparen, dels att denne i de flesta fallen — NJA 1904 s. 108 utgör härvid ett undantag — faktiskt ansågs skyldig att ersätta transportkundens skada. Grönfors anser uppenbarligen dessa förhållanden utgöra ett tecken på att ett avtal ansågs föreligga mellan transportkunden och huvudtransportörens kontraktsmedhjälpare. Som stöd för denna slutsats tycks han åberopa att vårdplikten i dessa fall var av kontraktuell, inte utomkontraktuell slag. Vari skillnaden mellan en kontraktuell och en utomkontraktuell vårdplikt består, förklarar han dock inte, och han anger inte heller några mera allmängiltiga kriterier för hur man skall kunna känna igen ett avtal när man ser det.

Jag skall genast säga att jag inte heller har något färdigt svar på dessa frågor. Jag tror dock att jag kan peka på en riktning där svaret bör sökas: skulle det visa sig att svaret kan finnas där jag tror att det gömmer sig, skulle resultatet bli att omhändertagande av annans egendom inte alls utgör något avtalsgrundande rättsfaktum, utan ett rättsfaktum *sui generis* vars grundläggande principer bör förklaras på annat sätt än genom en hänvisning till avtalsrättsliga regler. Denna artikel skall visa den riktning i vilken jag tror att lösningen på frågan efter omhändertagandets rättsföljder bör sökas.

Jag kommer att inleda sökandet med en allmän diskussion av de kännetecken på ett avtal som kan tjäna till ledning för tanken. Därefter kommer jag att diskutera Högsta domstolens dom i några rättsfall som avser omhändertagande av annans egendom, men där avtalsetiketten inte riktigt vill häfta vid fallen. Jag kommer i detta sammanhang att diskutera endast ett av de rättsfall Grönfors anför som stöd för sin uppfattning: det skulle inom ramen för en artikel föra för långt att diskutera dem alla. Slutligen kommer jag att peka på en tentativ lösning som kanske kan visa sig fruktbar i försöket att förklara omhändertagandets typiska rättsverkningar.

2 Hur känner man igen ett avtal när man ser det?

2.1 Vårdplikten eller presumtionsansvaret inget kännetecken

2.1.1 Inledning

Grönfors säger i citatet ovan att "[v]årdansvaret utanför kontraktsförhållanden är vanligen inte lika långt gående som vårdansvaret enligt kontraktuella regler". Här kan Grönfors ha menat två saker. Antingen menar han att verkligen själva *vårdansvarets innehåll* varierar utmed skiljelinjen mellan kontrakt och icke-kontrakt, varvid dessutom vårdansvaret inom kontrakt typiskt sett är strängare än ansvaret utom kontrakt. Alternativt kan han mena att vårdansvaret inom kontrakt är strängare eftersom det normalt är förstärkt med ett *presumtionsansvar* som inte gör sig gällande utom kontrakt. Båda påståendens riktighet kan betvivlas.

Om Grönfors påstående skulle vara att själva *vårdansvarets innehåll* skulle variera utmed skiljelinjen mellan kontrakt och icke-kontrakt, är det svårt att finna stöd för detta påstående. Det förekommer rättspraxis på det klart utomkontraktuella området — framför allt avseende Tullverkets och andra myndigheters ansvar för omhändertaget gods⁵ — som beskriver den tillämpliga standarden med orden att *fel eller försummelse* inte får förekomma.⁶ Detta utgör en standardformulering som brukar avse det mera abstrakta begreppet culpa.⁷ Grönfors påstående skulle alltså behöva granskas mycket nära med avseende på situationer inom och utom kontrakt i vilka en vårdplikt förekommer. Det skulle därvid enligt min mening vara överraskande om den dispositiva vårdplikten inom kontrakt skulle visa sig vara strängare än vårdplikten utom kontrakt. I bägge fallen går ju vårdplikten ut på att bevara egendomen — varför skulle man behöva bevara egendomen, fast bara lite, utom kontrakt, medan man måste bevara, bevara, bevara egendomen inom kontrakt? Mer än att antyda grunden för min opposition kan jag inte göra här⁸, men jag kan konstatera att den nu aktuella tolkningen av Grönfors uttalande *prima facie* förefaller vara mindre trolig.⁹

Om Grönfors däremot menar att förstärkningen av vårdansvaret genom en vållandepresumtion är typisk för det kontraktuella ansvaret — att det alltså inom, men typiskt sett inte utom kontrakt förekommer ett *presumtionsansvar* — finns det mer i påståendet; i vart fall kan det inte lika lätt som den förra tolkningen viftas undan. Det kan dock redan före en mera närgången prövning av frågan fasthållas att presumtionsansvaret utgör ett *processuellt* sätt att fördela bevisbördan, och att det *inte* skärper det *materiellrättsliga* culpaansvaret.¹⁰

⁵ Jfr NJA 1989 s. 191 och NJA 1950 s. 5

⁶ Se till exempel NJA 1989 s. 191, men även NJA 1961 s. 622 och NJA 1929 s. 253 (i det sistnämnda fallet talas dock om "bristande tillsyn och försummelse")

⁷ Se Jan Hellner, Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, Sjunde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2006 [nedan Hellner, Radetzki, Skadeståndsrätt], s. 127

⁸ Frågan utgör en delfråga inom mitt för närvarande pågående projekt om rättsverkningarna av frivilligt omhändertagande av annans egendom och kommer således i sinom tid förhoppningsvis att besvaras.

⁹ Jag kan inte låta bli att också påpeka att jag tycker att bevisbördan ligger på Grönfors, inte på mig: används samma uttryck på två olika ställen i rätten, finns enligt min åsikt alla skäl att — till dess motsatsen visas — utgå ifrån att orden avser begrepp av samma innehåll.

¹⁰ Se NJA 1996 s. 564, där Högsta domstolen säger att presumtionsansvaret utgör en fördelning av bevisbördan och således är ointressant när händelseförloppet som lett till skada kunnat klarläggas. Av detta torde följa att presumtionsansvaret endast gäller risken för huruvida händelseförloppet kunnat klarläggas: kan händelseförloppet inte klarläggas, utgår domstolen vid sin bedömning ifrån att svaranden handlat på något sätt som måste klassificeras som culpa. Kan händelseförloppet klarläggas, tar en vanlig culpabedömning vid. Någon skillnad i materiellt hänseende föreligger således inte. Den praktiska skillnaden — att man lägger bördan för en fullständig bevisföring på svaranden — leder dock i sig till att svaranden går miste om sin fördel att anses vara en skötsam avtalsmotpart. Svaranden kommer därför i flera fall än när en rättvänd bevisbörda tillämpas finnas vara ansvarig för skadan. Den praktiska effekten av ett presumtionsansvar är således en skärpning av ansvaret, men denna skärpning ligger helt och hållet på det proces-

Grönfors har, om denna tolkning av hans uttalande är den riktiga, stöd hos Anders Agell, som uttryckt meningen att ett presumtionsansvar utanför kontraktsförhållanden för omhändertagd egendom utgör ett undantag.¹¹ Agell åberopar i synnerhet NJA 1983 s. 701 som stöd för sin åsikt och säger att av fallet framgår att ett kontraktuellt åtagande normalt krävs för att ett presumtionsansvar skall föreligga.¹² Agell får stöd av Heuman, som uttalar med åberopande av fallet som stöd att "[p]resumtionsansvaret förutsätter att den skadelidande kan bevisa att det träffats ett avtal som innebär en vård- eller omsorgsplikt. I annat fall bör uppdragstagaren ha ett vanligt culpaansvar."¹³

Enligt min mening, och trots den stora samstämmigheten bland andra forskare, går det inte att av det åberopade fallet utläsa den rättsregel som Agell och Heuman finner där. Det finns dessutom alltför många situationer av klart utomobligatorisk karaktär i vilka ett presumtionsansvar ansetts gälla för omhändertagd egendom för att man skall kunna tala om en undantagsregel i utomkontraktuella sammanhang. Eftersom jag här står i opposition till en relativt stor grupp av juridiska auktoriteter finns anledning att i någon detalj granska grunderna för mina åsikter.

2.1.2 NJA 1983 s. 701 (*pälsarna på restaurangen*)

Twisten i fallet stod mellan ett servicebolag och en restaurang. Servicebolaget hade av restaurangen fått tillåtelse att disponera över en festlokal för en sammankomst med bolagets medarbetare. Under sammankomsten försvann två pälsar ur garderoben. Servicebolaget övertog sina anställdas fordringar och stämde restaurangbolaget med yrkande om ersättning för pälsarnas värde. Som grund åberopade bolaget "allmänna rättsgrundsatser om förtrott gods". Restaurangen bestred yrkandet med hänvisning till att något depositionsavtal inte hade träffats mellan parterna och att restaurangen inte heller faktiskt tagit omhand de anställdas pälsar. Parterna argumenterade alltså rättsligt sett med ledning av depositionsrättsliga regler.

Med tanke på de auktoriteter min tolkning har emot sig skall jag diskutera hela Högsta domstolens dom i detalj. Innan diskussionen tar vid måste dock påpekas att domstolen enligt principen om *iura novit curia* inte är bunden av parternas rättsliga klassificering av om-

suella planet. Jfr dock Lars Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål [nedan Heuman, Beviskrav], Norstedts juridik, Stockholm 2005, s. 315 ff., som tycks anse att presumtionsansvaret också utgör en materiell skärpning av ansvaret.

¹¹ Anders Agell, Om presumtionsansvar vid skada på omhändertagd egendom, i Torgny Håstad et al. (utg.), Festskrift till Henrik Hessler. Rättsvetenskapliga studier i civilrätt och processrätt [nedan Agell, Presumtionsansvar], P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1985, s. 1 och fotnot 1 på s. 2; även s. 13

¹² Agell, Presumtionsansvar, fotnot 1 på s. 2; se även Jan Heller, Richard Hager, Annina H. Persson, Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 1 häftet. Särskilda avtal [nedan Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt], Fjärde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2005, s. 273, som anför fallet som stöd för att depositarien är ansvarig för att den deponerade egendomen inte återlämnas till obehörig.

¹³ Heuman, Beviskrav, s. 324

ständigheterna.¹⁴ Sammanlänkningen mellan omständigheter och yrkande, det vill säga specificeringen av grunden, åligger i princip domstolen: parterna gör förvisso klokt i att leda domstolens tänkande genom att själva föra en rättslig argumentation, men detta är alltså inte processrättsligt nödvändigt. I NJA 1983 s. 701 var alltså Högsta domstolen inte bunden av parternas argumentation, utan käromålet kunde bifallas även på andra juridiska grunder än de som käranden angivit, med begränsning bara för att domstolen inte fick grunda sin dom på andra omständigheter än parterna åberopat.¹⁵

Högsta domstolen inleder sin dom med att sammanfatta innehållet i parternas talan. Själva domsmotiveringen börjar på följande sätt:

Restaurangbolaget har enligt avtal med servicebolaget åtagit sig att tillhandahålla lokal för en sammankomst och att i samband därmed servera en måltid. Ett sådant åtagande innefattar också vissa förpliktelser mot de personer som deltar i sammankomsten. När det gäller att bedöma räckvidden av dessa förpliktelser, får hänsyn tas till omständigheterna i det särskilda fallet.

Utgångspunkten för domstolens resonemang är alltså upplåtelseavtalet avseende lokalen. Högsta domstolens resonemang tar alltså inte avstamp i depositionsrättsliga grundsatser, utan i upplåtelseavtalet. Domstolen fortsätter:

Det är ostridigt att restaurangbolaget inte uttryckligen åtagit sig att svara för gästernas ytterkläder och att dessa inte heller faktiskt tagits om hand av restaurangbolagets personal. Vid prövningen av frågan om restaurangbolagets ansvar är emellertid också följande omständigheter av betydelse.

Här klargörs att något avtal om deposition av kläderna inte ingåtts. Inte heller har restaurangens personal tagit hand om kläderna. Kläderna befann sig alltså på intet sätt i restaurangens "vård" enligt vanlig depositionsrättslig bemärkelse. Vidare anför domstolen:

Sammankomsten anordnades i en från restaurangen i övrigt avskild festvåning, till vilken allmänheten inte hade tillträde. Ett utrymme för upphängning av ytterkläder fanns inrättat i anslutning till festvåningen. Entrédörren till festvåningen brukade hållas låst. Vid det i målet aktuella tillfället stod den emellertid olåst under en viss period. Under sådana förhållanden hade restaurangbolaget bort antingen upplysa servicebolaget eller gästerna härom eller sörja för erforderlig bevakning av lokalerna. Genom sin underlåtenhet härutinnan får restaurangbolaget anses ha gjort sig skyldigt till försummelse.

Högsta domstolen beskriver i detta stycke de *lokaler* som avtalet avsåg. Domstolen har alltså hållit sig kvar vid utgångspunkten för hela domen, det vill säga upplåtelseavtalet avseende utrymmena. Det konsta-

¹⁴ Per Olof Ekelöf, Rättegång. Andra häftet, Åttonde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1996, s. 128

¹⁵ 17 kap. 3 § rättegångsbalken. Det torde knappast råda tvivel om att detta mål utgjorde ett dispositivt tvistemål.

teras att entrédörren till lokalen brukade hållas låst, men att den under den aktuella kvällen stundtals varit olåst. Domstolen påpekar alltså med andra ord lokalernas vanliga skick och konstaterar att lokalerna under den aktuella kvällen avvek från sitt vanliga skick. Denna avvikelse leder domstolen till att anse att restaurangen borde antingen ha påpekat avvikelsen eller ha sett till att lokalerna på annat sätt höll samma säkerhetsnivå som vanligt. Då restaurangen inte reagerat på avvikelsen mellan lokalernas vanliga skick och deras skick under den i målet aktuella kvällen, hade restaurangen varit försumlig.

Det är lämpligt att här fasthålla att domstolen inte diskuterar något ansvar för omhändertagande av egendom över huvud taget. Domstolen diskuterar lokalernas skick, ingenting annat. Jag har därför svårt att förstå på vilket sätt denna dom kan utgöra stöd för påståenden om ansvaret för omhändertagande av egendom.

Domstolen uttalar i fortsättningen av domen:

Någon utredning om hur klädesplaggen försvann från garderoben föreligger inte. Vid tillfället uppehöll sig inte något annat sällskap i festvåningen. Det framstår som troligt att plaggen har tillgripits av någon obehörig person, som berett sig tillträde till lokalen genom den olåsta dörren, och någon annan förklaring till det inträffade har inte lämnats från restaurangbolagets sida.

På grund av det anförda måste det antagas att förlusten av klädesplaggen har orsakats av restaurangbolagets angivna försummelse. Med hänsyn härtill och då medvållande från servicebolagets sida inte visats föreliggande är restaurangbolaget skyldigt att gottgöra förlusten. Anledning saknas att frångå TR:ns värdering av plaggen.

Domstolen fastställde därefter tingsrättens domslut, det vill säga restaurangen fanns skyldig att ersätta bolaget dess förlust.

I de anförda styckena använder sig domstolen av en orsakspresumtion. Det kan konstateras att detta *inte* utgör någon culpapresumtion. Domstolen har ju redan konstaterat att restaurangen varit vårdslös genom att ha underlåtit att upplysa sina gäster om att lokalerna inte höll den vanliga säkerhetsstandard. Presumtionen innebär alltså *endast och uteslutande* att restaurangens vårdslöshet *förorsakat* försvinnandet av pälsen. Detta torde dock utgöra något helt annat än det man vanligen menar när man talar om presumtionsansvar: i dessa fall torde nämligen menas en vållande-ingen orsakspresumtion.¹⁶

I fallet blev restaurangen alltså ansvarig för de försvunna pälsarna eftersom dess företrädare hade underlåtit att upplysa servicebolaget om att lokalerna inte som vanligt var låsta. Denna underlåtenhet ansågs utgöra vårdslöshet.¹⁷ Eftersom någon utredning om hur pälsarna försvunnit inte fanns att tillgå, presumerade Högsta domstolen att re-

¹⁶ I synnerhet hos Heuman, Bevisbörda, s. 324 framgår tydligt att han med sitt uttalande om presumtionsansvaret för omhändertagande av egendom på detta ställe avser en vållande-ingen orsakspresumtion.

¹⁷ Rent systematiskt torde det för övrigt här röra sig om en rätt så intressant form av uppgiftsansvar.

staurangens vårdslöshet var adekvat kausal till — hade förorsakat — skadan.

Agell och Heuman anför dock fallet som stöd för påståendet att ett inomkontraktuellt presumtionsansvar — med vilket åtminstone Heuman helt klart avser en culpa-, ingen orsakspresumtion — förutsätter ett kontraktuellt åtagande att vårda godset. Högsta domstolen konstaterade emellertid att något depositionsavtal — och således något åtagande att vårda godset — *inte* förelåg i fallet. Tanken hos Agell och Heuman tycks vara att det faktum att något depositionsansvar inte förelåg nödvändiggjorde en bedömning av restaurangens vårdslöshet, och att alltså fallet genom det faktum att en explicit culpabedömning förekom utgör stöd för att en culpapresumtion kräver att svaranden åtagit sig egendomens vård.

Slutsatsen följer dock inte nödvändigtvis av premissen. Eftersom presumtionsansvaret utgör ett processrättsligt verktyg, är det som sagt som figur överflödigt i de fall då händelseförloppet är klarlagt. I NJA 1983 s. 701 var klarlagt hur restaurangen betett sig, och i så måtto var det överflödigt att ta presumtionsansvaret till hjälp för att fastställa huruvida culpa förelåg. Vad avser *orsakssambandet* mellan culpa och skada *använde* sig Högsta domstolen av en presumtion — eftersom det normalt är kâranden som skall bevisa kausaliteten — och det *trots* att något åtagande att vårda godset *inte* förelåg. Det är mig omöjligt att utan närmare förklaring förstå hur Agell och Heuman resonerar när de anser NJA 1983 s. 701 utgöra stöd för påståendet att ett presumtionsansvar normalt kräver ett kontraktuellt åtagande att vårda godset.

Enligt min bestämda mening ger NJA 1983 s. 701 inget stöd för uppfattningen att presumtionsansvar normalt förutsätter ett kontraktuellt åtagande. Med detta kan uppmärksamheten riktas mot frågan huruvida ett utomobligatoriskt presumtionsansvar för omhänderthavd egendom verkligen är så ovanligt som Grönfors, Agell och Heuman explicit eller implicit påstår.

2.1.3 Presumtionsansvar i utomobligatoriska sammanhang

Om det normala är att presumtionsansvar för omhänderthavd egendom förutsätter ett avtal, torde ett presumtionsansvar för omhänderthavd egendom i utomobligatoriska sammanhang vara sällsynt. Så är dock inte fallet.

Ett första undantag avser Tullverket. Tullverket är utan tvivel presumtionsansvarigt för egendom i dess vård. Detta framgår av NJA 1989 s. 191, i vilket hovrätten i sin av Högsta domstolen fastställda dom konstaterade:

Före tillkomsten av skadeståndslagen hade i rättspraxis utbildats vissa regler om ansvar för skada på gods i tullverkets vård. Ansvarigheten har då grundats på culpa hos tullverket eller tullpersonalen, men bevisbördan är omkastad så att det ålegat tullverket att visa att fel eller försummelse inte före-

kommit. Detta har inneburit att domstolarna analogiskt har tillämpat de ansvarsregler som gäller i fråga om enskilt förvar eller deposition (se NJA 1950 s 5).

Skadeståndslagen tar inte direkt ställning till statens ansvar för skada på omhändertagen egendom. Om avsikten varit att bryta med nyssnämnda praxis borde detta emellertid ha kommit till uttryck i vart fall i lagens förarbeten. Departementschefen har i stället i förarbetena uttalat den uppfattningen att det inte kan vara föremål för tvekan att det allmänna skall svara för skada som orsakats genom fel eller försummelse vid vården av omhändertagen egendom samt att som huvudregel bör gälla att det allmänna i hithörande fall skall bära samma presumtionsansvar som enskild depositarie (se prop. 1972:5 s 358 f.).

Med hänsyn till det anförda anser HovR:n, i likhet med TR:n, att staten har att bära det av [käranden] hävdade presumtionsansvaret.

Att situationen är utomkontraktuell, torde det knappast råda något tvivel om.

Presumtionsansvaret torde gälla all egendom som myndighet tvångsvis omhändertar. Dels följer detta av de av hovrätten i NJA 1989 s. 191 åberopade uttalandena i förarbetena till skadeståndslagen, dels har detta bekräftats av Justitiekanslern i beslut 691-94-40, som gällde bestämmelsen i 27 kap. 10 § rättegångsbalken.¹⁸ Man kan alltså säga att staten vid tvångsvisa omhändertaganden — som tvivelsutan är utomkontraktuella — bär ett presumtionsansvar.¹⁹

Även i brottmål har ett presumtionsansvar förekommit, nämligen i NJA 1988 s. 226.

Målet gällde två personer som dömts till ansvar för häleri avseende elektroniska apparater som återfunnits och lämnats tillbaka till ägaren. Egendomen var skadad när ägaren fick tillbaka den och ägaren stämde hälerarna med yrkande om ersättning för självriskan under den försäkring som ägaren tecknat. Principen *casus mixtus cum culpa* kunde inte tillämpas eftersom det inte visats att det fanns någon kasuell händelse som ägt rum efter stölden.²⁰ Frågan i målet koncentrerades därför till frågan när skadorna uppkommit, men ingen av parterna bidrog med någon egentlig utredning avseende denna fråga. I NJA 1961 s. 518 hade konstaterats att även vid brottslig handling inget civilrättsligt skadeståndsansvar uppkommer med mindre det visas att egendomen skadats under den tid då brottslingen haft den omhändertagen. I brist på utredning hängde målets utgång således på placeringen av bevisbördan. Högsta domstolen uttalade: "För den som återfår stulen egendom i skadat skick under sådana omständigheter som det är fråga om i målet före-

¹⁸ Av nämnda bestämmelse framgår att myndighet har en vårdplikt avseende omhändertagen egendom, dock inte hur bevisbördan är fördelad mellan parterna vid tvångsvisa omhändertaganden av egendom.

¹⁹ Se dock Heuman, Bevisbörda, s. 340, som anser att det är tveksamt hur långt analogin med depositionsregler kan drivas i detta sammanhang. Det är något mera oklart hur det förhåller sig vid utomkontraktuella överlämnanden av egendom till staten som inte är tvångsvisa, till exempel vid överlämnande av hittegods till polismyndighet enligt 2 § lag (1938:121) om hittegods. Av de till lagbestämmelsen anslutande allmänna råden från Rikspolisstyrelsen (650–652) tycks framgå att styrelsen räknar med ett presumtionsansvar, men detta uttrycks inte tydligt.

²⁰ Jfr om målet sett ur perspektivet *casus mixtus cum culpa* Mårten Schulz, *Casus mixtus cum culpa*, JT 2004–05 nr 3, s. 680 i fotnot 15.

ligger emellertid uppenbara svårigheter att förebringa bevisning eller att ens göra antaganden angående sådana förhållanden. Det finns ingenting som talar mot att skadorna uppkom under den tid för vilken [svarandena] är ansvariga. Vid dessa förhållanden bör olägenheten av att tidpunkten för skadornas uppkomst ej klarlagts i målet inte skäligen bäras av bolaget. [Svarandena] bör därför åläggas skadeståndsskyldighet i enlighet med bolagets yrkande.”

Här presumerar Högsta domstolen att själva skadan inträffat under den tid då svarandena hade egendomen omhänder. Detta är en ännu strängare presumtion än den eljest vanliga culpapresumtionen, då normalt den skadelidande måste visa att skadan inträffat under den tid då svaranden hade egendomen omhand.²¹

Lars Heuman nämner och diskuterar vidare ett antal fall i vilka ett utomobligatoriskt presumtionsansvar ålagts svaranden i fall hon olovligen — och alltså klart utomkontraktuellt — förskaffat sig besittning till annans egendom. Heuman motiverar utgången i dessa fall med bevissäkringsteorin.²²

Det finns alltså sammantaget ett rätt stort antal fall även i utomobligatoriska sammanhang i vilka svaranden åläggs bevisbördan för frånvaro av culpa. I åtminstone ett fall går de utomobligatoriska reglerna till och med längre och presumerar att själva skadan uppkommit medan egendomen befann sig i svarandens vård. Dessa fall tycks normalt motiveras av bevissäkringsresonemang: det är besittaren som har långt större möjligheter än ägaren att säkra bevisning avseende hur en viss skada uppkommit, och det är därför besittaren som bör bära bevisbördan.²³ Med denna allmänna formulering av den för fördelningen av bevisbördan avgörande principen finns emellertid ingen som helst anledning att tro att ett presumtionsansvar för omhänderhavd egendom skulle vara ovanligt i utomobligatoriska sammanhang. Mot detta talar också de rätt talrika fall som här pekats på i vilka svaranden i klart utomobligatoriska situationer ansågs ha bevisbördan för att hans culpa inte varit anledningen till skada på annans egendom.

2.1.4 Vårdansvar eller presumtionsansvar som kriterium för existensen av ett avtal?

Sammantaget kan alltså varken vårdansvarets närmare utformning eller förekomsten av ett presumtionsansvar i ett visst fall då tvisten gäller omhändertagande av annan egendom anföras som kriterium för att situationen bedömts på avtalsrättsliga grunder. Varken vårdansvaret eller presumtionsansvaret är utmärkande för avtalsförhållanden: de kan förekomma i utomkontraktuella sammanhang, och de förekommer *de facto* också ofta i utomkontraktuella sammanhang. Om

²¹ Heuman, *Bevisbörda*, s. 324. I och med att skadan ansågs ha inträffat under den tid då hämlarna hade egendomen i sin besittning torde frågan efter culpa i detta avseende ha blivit ointressant, då hämlarna även om skadehändelsen varit kasuell fått svara för skadan enligt principen *casus mixtus cum culpa*.

²² Heuman, *Bevisbörda*, s. 340 f.

²³ Se om bevisbördeteoriers innebörd i allmänhet Heuman, *Bevisbörda*, s. 166 ff.

kommer *de facto* också ofta i utomkontraktuella sammanhang. Om man emellertid inte med ledning av vårdansvaret eller presumtionsansvaret i ett visst fall kan säga att fallet bedömts på avtalsrättsliga grunder, kan man inte heller avgöra huruvida de i fallet aktuella omständigheterna utgjorde avtalsgrundande rättsfakta: vet man inte huruvida man har med ett avtal att göra över huvud taget, kan man än mindre veta huruvida omständigheterna i fallet utgjorde avtalsgrundande rättsfakta.

Kan man då tänka sig andra kriterier för när man har med ett avtal att göra? Ytterligare två normala följder av att en situation bedöms enligt kontraktuella grunder kommer i fråga som kriterier, nämligen dels frågan huruvida avtalsvillkor påverkar bedömningen i ett visst fall, dels frågan huruvida ren förmögenhetsskada ersätts. Jag börjar med frågan om avtalsvillkoren.

2.2 Frågan om avtalsvillkoren

Föreligger ett avtal, uppkommer frågan efter de villkor på vilka avtal ingåtts. Villkoren kan sedan hämtas från den dispositiva utfyllande rätten eller från villkor som parterna särskilt kommit överens om, men några avtalsvillkor måste normalt finnas.²⁴ Om omhändertagande av annans egendom — för transport eller allmänt — utgör ett avtalsgrundande rättsfaktum, måste alltså frågan kunna ställas efter de villkor som avtalet omfattar.

Nu utgör i och för sig det faktum att avtalsvillkoren i ett särskilt fall inte diskuteras i ett mål som handlar om ansvar för omhändertagande av egendom, för sig betraktat, inte något skäl att säga att omhändertagande *inte* utgör ett avtalsgrundande rättsfaktum. När allt kommer omkring är ju domstolen beroende av att parterna anför förmenta avtalsvillkor i sin talan: gör parterna inte det, kan domstolen enligt 17 kap. 3 § rättegångsbalken inte heller ta hänsyn till några villkor. Domstolen borde dock i så fall kanske uttala sig om den dispositiva rätt som istället skall gälla för den avtalstyp som föreligger mellan parterna. Om avtalsvillkoren dessutom *aldrig* diskuteras i något fall, finns anledning att fundera huruvida omhändertagandet verkligen ger upphov till något avtal, eller om det utgör ett rättsfaktum *sui generis* som inte har med avtal att göra.

Jag har i min genomgång av rättspraxis hittills kunnat hitta ett fall utöver de av Grönfors angivna där frågan om avtalsvillkoren diskuterades i ett mål i vilket anspråket grundades på omhändertagande av gods.²⁵ Fallet är NJA 1977 s. 796.

²⁴ Det är i och för sig en teoretiskt intressant fråga huruvida den utfyllande dispositiva rätten i ett individuellt fall skall anses utgöra avtalsvillkor, eller om den skall anses utgöra i grunden offentlighetsrättsliga bestämmelser från vilka parterna har rätt att avvika. Detta i sin tur skulle kunna ha påverkan på frågan efter jämkning av dispositiva bestämmelser med stöd i 36 § avtalslagen. Frågan kan inte följas upp i förevarande sammanhang.

²⁵ Se avseende NJA 1944 s. 160 nedan under 3 Märkliga rättsfall

Målet rörde en invändning om rättegångshinder. En transportkund ville föra direkt talan mot en undertransportör, grundad på att undertransportören tagit omhand transportkundens gods. Undertransportören invände att i konossementet mellan transportkunden och huvudtransportören det fanns en jurisdiktionsklausul som utgjorde hinder mot att svensk domstol tog upp fallet. Fråga var alltså huruvida undertransportören fick åberopa avtalsvillkoren mellan transportkunden och huvudtransportören.

I sammanhanget är parternas talan intressant. Käranden ansåg att "[g]enom att godset har tagits ombord på [svarandens fartyg] har [svaranden] blivit ansvarig för vården av godset, oavsett om ett kontraktsförhållande föreligger eller ej." Svaranden invände i första hand att inget avtal förelåg mellan honom och käranden, och i andra hand att, om något avtal förelåg, svaranden ägde åberopa jurisdiktionsklausulen i konossementet.

Högsta domstolen ogillade invändningen om rättegånghinder med motiveringen att kärandens talan inte stöddes på konossementet, och att detta därför inte kunde åberopas. Istället grundades talan på att befälhavaren genom att ta ombord godset hade ådragit rederiet ett vårdansvar och avseende detta förhållande förelåg inget rättegånghinder.

Det är något oklart vilka slutsatser man kan dra av domen. Det kan inledningsvis konstateras att ingen instans accepterade invändningen om rättegångshinder, om än motiveringarna skiljde sig åt. Högsta domstolen kan inte på grundval av ordalydelsen i domen (eller snarare, beslutet) anses ha accepterat kärandens grund, men man torde åtminstone kunna konstatera att Högsta domstolen inte ansåg grunden vara helt uppenbart oriktig och ohållbar. Domstolen lät käranden föra sin talan på den angivna grunden.²⁶

Det som Högsta domstolen emellertid klart uttrycker i förevarande mål är att *om* talan kan föras på den angivna grunden — nämligen på grunden att rederiet ådragit sig ett ansvar för godset redan genom det blotta faktum att befälhavaren tagit emot det — avtalsvillkoren mellan transportkunden och huvudtransportören inte kan åberopas. Detta i sig utgör inget argument emot att omhändertagande av gods utgör ett avtalsgrundande rättsfaktum: domstolens beslut innebär endast att i detta avtal (om det nu är ett avtal) inga villkor kan "importeras" ifrån ett annat avtalsförhållande, även om detta andra avtalsförhållande är nära förbundet med omhändertagandet. Målet utgör dock i vilket fall som helst ett starkt motargument mot Grönfors åsikt att undertransportören kan stämmas i sin egenskap av transportörens representant.

Det är vidare påfallande att inga andra villkor diskuteras och kärandens påstående om ett utomkontraktuellt vårdansvar på den grunden att godset emottagits inte kritiseras i någon av domstolarna

²⁶ Det egentliga huvudmålet tycks efter Högsta domstolens beslut avseende rättegånghindret inte ha lämnat några spår efter sig i rapporterad rättspraxis.

(och för övrigt inte heller på allvar av svaranden). Just bristen på diskussion om avtalsvillkor — om den än bara kan utgöra ett indicium — tycks tyda på att omhändertagande inte utgör något avtalsgrundande rättsfaktum över huvud taget.

För att omhändertagande av annans egendom skall anses utgöra ett avtalsgrundande rättsfaktum bör åtminstone kunna diskuteras på vilka grunder, på vilka avtalsvillkor, ett sådant avtal sluts. NJA 1977 s. 796 utgör inte mer än ett indicium på att avtalsvillkor i detta sammanhang inte kan diskuteras. Det kan således inte uteslutas på förevarande grund att omhändertagande utgör ett avtalsgrundande rättsfaktum, men det bör åtminstone kunna betvivlas.

2.3 *Frågan om skadeståndets beräkning: ren förmögenhetsskada?*

Ett annat tecken på att omhändertagande av annans egendom utgör ett avtalsgrundande rättsfaktum skulle kunna vara en regel som möjliggör att käranden har möjlighet att få ren förmögenhetsskada ersatt av den som omhändertagit egendom. Enligt 2 kap. 2 § skadeståndslagen *e contrario* anses rätten till ersättning för ren förmögenhetsskada utanför det kontraktuella området i princip vara begränsad till situationer i vilka brott begåtts. Det finns vissa undantag i rättspraxis, men dessa är förhållandevis snävt avgränsade.²⁷ Inom avtalsförhållanden är däremot huvudregeln att ren förmögenhetsskada ersätts.²⁸ Detta innebär att, om omhändertagande av annans egendom utgör ett *avtalsgrundande* rättsfaktum, huvudregeln torde vara att käranden kan få ersättning för ren förmögenhetsskada.

Problemet härvidlag är att anspråk som grundar sig på annans omhändertagande av egendom i all regel avser antingen sakskada eller att godset inte utlämnats över huvud taget. Vid en ”normal” sakskada — det vill säga när godset finns kvar, men har fysiskt förändrats till det sämre — är enligt 5 kap. 7 § skadeståndslagen också vissa förmögenhetsskador ersättningsgilla. När det föreligger en sådan ”normal” sakskada finns alltså ingen möjlighet att isolera förmögenhetsskadan på ett sådant sätt att den skulle kunna utgöra någon ”ren” förmögenhetsskada enligt definitionen i 1 kap. 2 § skadeståndslagen. Kvarstår alltså situationer i vilka något utlämnande över huvud taget inte skett.

Enligt NJA 1990 s. 80 och NJA 1996 s. 68 omfattar sakskaдебegreppet antingen en fysisk förändring av ett föremål eller i vissa fall även en nedsatt funktionsförmåga hos föremålet. Det är alltså tveksamt hu-

²⁷ Några exempel på ersättning för ren förmögenhetsskada utanför kontraktuella förhållanden är NJA 1963 s. 105 (där käranden fick vissa kostnader ersatta när avtal inte kommit till stånd), NJA 1987 s. 692 (där en värderingsman blev ansvarig mot annan än kontraktspart när ett värderingsintyg avseende fast egendom innehöll culpöst felaktiga uppgifter) och NJA 2005 s. 608 (där svaranden blev ersättningskyldig för den rena förmögenhetsskada som åsamkats käranden genom att svaranden på ett kvalificerat otillbörligt sätt ingripit i ett avtalsförhållande mellan käranden och tredje man)

²⁸ Enligt 1 kap. 1 § skadeståndslagen gäller inte spärregeln i 2 kap. 2 § skadeståndslagen i avtalsförhållanden.

ruvida underlåtet utlämnande av egendomen utgör en sakskada, eller om det utgör dröjsmål. Ersättning vid underlåtet utlämnande skulle, om det utgör dröjsmål, kunna klassificeras som en form av ren förmögenhetsskada.

Faktum är dock att kärandens yrkande i sådana fall av underlåtet utlämnande som funnit nedslag i publicerad rättspraxis — såvitt hittills kunnat fastställas — alltid i främsta rummet avsett ersättning för egendomens värde. Kärandena i dessa fall har alltså behandlat det underlåtna utlämnandet som en totalskada. Något ytterligare anspråk på ersättning för dröjsmålet — såsom hyra av ersättningsvara eller dylikt — har endast sällan förts fram och i dessa fall förts fram på ett sådant sätt att anspråket tycks röra ersättning för en följdskada till den huvudsakliga totalskadan. Enligt min mening tyder detta på att kärandena — eller kanske snarare deras advokater — intellektuellt behandlat skadan som en sakskada. Jag skulle instämma i detta: vid ett renodlat dröjsmål finns ingen anledning att ersätta sakens värde, då egendomen ju i princip ännu kan utlämnas. Går domen ut på att sakens värde skall ersättas av svaranden, har skadan enligt min mening behandlats som en sakskada. Detta innebär att eventuella följd förluster som också ersätts måste anses vara omfattade av sakskaдебegreppet och inte utgör rena förmögenhetsskador.²⁹

Domstolarna är enligt 17 kap. 3 § rättegångsbalken förhindrade att ge dom utöver yrkandet. Detta innebär att de är bundna av kärandens yrkande och inte självständigt kan avgöra frågan huruvida det skulle vara möjligt att ge ytterligare ersättning för exempelvis rena dröjsmålsskador. Frånvaron av domar som bifaller yrkanden om ersättning för ren förmögenhetsskada behöver alltså inte i sig innebära att ren förmögenhetsskada inte *kan* vara ersättningsgill i fall då tvisten handlar om omhändertagande av annans egendom och underlåtet utlämnande. Endast om något fall kunde hittas i vilket domstolen tydligt säger att ersättning för ren förmögenhetsskada på grund av spärregeln inte kan utdömas, skulle det vara klart att domstolen *inte* behandlar omhändertagande av annans egendom som ett avtalsgrundande rättsfaktum. Omvänt skulle en dom i vilken ersättning för ren förmögenhetsskada utdöms i en situation där parternas förhållande till varandra endast grundar sig på omhändertagande av egendom utgöra ett tydligt tecken på att omhändertagandet *är* ett avtalsgrundande rättsfaktum. Något sådant fall har jag dock hittills inte kunnat hitta.

Frånvaron av *yrkanden* avseende ersättning för ren förmögenhetsskada tyder dock på att parterna bedömt det som utsiktslöst att yrka mer än ersättning för den försvunna varan.³⁰ Detta innebär att åtmin-

²⁹ Se till exempel NJA 1948 s. 752, där käranden fick ersättning för skador på en skadad bil och för hyra av ersättningsbil under den tid då hans egen bil inte kunde användas. Fallet diskuteras nedan under 3.4

³⁰ Det kan också hända att det på grund av sakernas natur är helt omöjligt att yrka på ersättning för ren förmögenhetsskada i fall som gäller omhändertagande av

stone en del av det praktiska rättslivet *inte* ser omhändertagande av annans egendom som något avtalsgrundande rättsfaktum, vilket i sig torde utgöra en antydning om var den svenska rätten står.

2.4 Akta etiketten!

Att klassificera något visst förhållande som ett avtalsgrundande rättsfaktum leder till vissa följdfrågor som också måste besvaras. Den viktigaste frågan är hur man nu egentligen skall veta att det ifrågavarande förhållandet just är ett *avtalsgrundande* och inget annat rättsfaktum. Vidare medför en klassificering av ett visst förhållande som avtalsgrundande att man åtminstone bör fråga efter vilka avtalsvillkor som är styrande för förhållandet, alternativt vilken dispositivt utfyllande rätt som skall gälla för förhållandet. Man accepterar i och med klassificeringen av någon viss omständighet som just avtalsgrundande rättsfaktum också att inom detta förhållande huvudregeln är att ren för-mögenhetsskada ersätts, däribland dröjsmålsskador.

Etiketten "avtal" är därför inget som man utan närmare motivering och eftertanke bör klistra på olika rättsliga förhållanden när man har svårt att förklara deras speciella drag. Man kan undra om Grönfors klassificering av omhändertagande av annans egendom för transport som avtalsgrundande rättsfaktum grundar sig på dels det förhållande att ett presumtionsansvar föreligger, dels på att transportkunden har rätt att föra en direkt talan mot den som omhändertagit egendomen. Om detta skulle vara fallet måste dock konstateras dels att presumtionsansvaret i sig inte är något säkert tecken på att förhållandet är kontraktuellt, dels att direktkravet från kunden mot den som omhänderhar egendomen kan förklaras också på annat sätt än genom att postulera ett avtal mellan just dessa parter. Jag återkommer till den senare frågan längre fram i denna artikel.

Närmast skall jag kort diskutera Högsta domstolens dom i sammanlagt fem fall i vilka anspråket grundats på att någon omhändertagit kärandens egendom. Jag vidgar alltså i enlighet med det ovan under *I Inledning* sagda perspektivet utöver omhändertagande av gods för transport, då redan Grönfors gjort detta i och med att de rättsfall han åberopar som stöd för sin tes inte handlar om omhändertagande *för transport*. Diskussionen skall inte och kan inte ge svar på huruvida omhändertagande av annans egendom utgör ett avtalsgrundande rättsfaktum. Diskussionen skall enbart visa varför jag tror att det är mycket osannolikt att omhändertagande av annans egendom — för

egendom utom kontrakt. Ett sådant fall skulle endast kunna uppstå i fall då någon omhändertagit annans egendom utom kontrakt, erkänner att egendomen inte tillhör honom och vägrar att lämna ut den när ägaren så kräver. I dessa fall torde dock kärandens anspråk normalt ta formen av en vindikationstalan, inte en talan endast om skadestånd. Jag vill ännu inte utesluta att något sådant fall finns i materialet och ger en klar indikation på huruvida omhändertagandet är att betrakta som ett avtalsgrundande rättsfaktum, men jag har i så fall ännu inte kunnat finna det.

transport eller i något annat syfte — utgör ett avtalsgrundande rättsfaktum.

3 Märkliga rättsfall

3.1 Inledning

Fallen som skall diskuteras här nedan visar på olika sätt att det är ytterst tveksamt huruvida omhändertagande av annans egendom utgör något avtalsgrundande rättsfaktum. Den diskussion som förs har sin bakgrund i de ovan diskuterade möjliga kriterierna för att avtal skall anses föreligga. Diskussionen bör därför förstås som en ytterligare elaborering av analysen ovan. Fallen är samtliga svärförklarade, men gemensamt kan de ge en antydning om var svaret kan tänkas finnas på frågan hur man skall förklara de av Grönfors åberopade fallen.

3.2 NJA 1875 s. 379 (*penningkuvertet*) och NJA 1875 s. 477 (*den borttappade plånboken*) — *avtal eller utomobligatorisk skyldighet?*³¹

3.2.1 NJA 1875 s. 379

Käranden hade lämnat ett kuvert innehållande 100 kr i sin dotters förvar. Dottern, som var anställd av svaranden, hade lagt kuvertet i en olåst skrivbordslåda hos svaranden. När vid ett senare tillfälle flera gäster närvarade hos svaranden tog en av dessa ut kuvertet ur lådan. Kuvertet omhändertogs genast av svaranden och lades i en annan olåst låda. Svaranden lämnade därpå rummet. När han kort därefter återvände, kunde han konstatera att pengarna försvunnit ur kuvertet.

På kärandens talan om ersättning invände svaranden att han inte stod i något avtalsförhållande till käranden och att käranden borde hålla sig till sin dotter istället för svaranden. Högsta domstolens majoritet (en dissident) uttalade att svaranden

icke gittat visa, att han, efter att hafva tagit paketet om hand, skiljt sig derifrån på sådant sätt, att det kunnat utan hans vållande eller vangömmo förkomma, och [svaranden] följaktligen måste vara fortfarande underkastad den skyldighet att svara för paketet, hvilken omhändertagandet af det samma medfört.

Käromålet bifölls. 12 kap. 2 § handelsbalken, som av en dissident i Nedre revisionen uttryckligen anförts som stöd för samma utgång, nämndes inte av Högsta domstolen, men en jämförelse mellan lagstadgandets ordalydelse och domsmotiveringen visar att det förra utgjort inspirationskällan för den senare.

³¹ Se avseende fallen också Carl G.E. Björling, Om betydelsen af lagspråkets uttryck "vårda som sitt eget", NJA II 1900 nr 5, s. 1, på s. 32, där Björling med avseende på NJA 1875 s. 379 och NJA 1875 s. 477 uttalar: "Vår rättspraxis tyckes i viss mån tendera till att utsträcka tillämpligheten af inlagsaftalets regler till det fall, att en person råkat få annans lösören i sin besittning utan föregående aftal med ägaren. Ätminstone ålägges besittaren ansvar för lösörens vård." Det är något oklart huruvida Björling menar att domstolen tillämpar kontraktuella regler direkt eller analogt. I vart fall tycks dock Björling anse att fallen inte är kontraktuella.

Dissidenten i domstolen ville, liksom Nedre revisionens majoritet, fastställa hovrättens dom. Hovrätten hade yttrat att

den befattning [svaranden], enligt sitt erkännande, tagit med i fråga varande papperskonvolut icke varit af sådan beskaffenhet, att han endast på grund deraf kunde anses hafva ådragit sig skyldighet att för detsammans innehåll svara

och ogillat käromålet.

Av majoritetens dom i Högsta domstolen framgår två regler som båda har bäring på diskussionen här. Dels hade svaranden en ”skyldighet att ansvara för paketet” — med andra ord hade han ett vårdansvar avseende paketet. Dels ansåg domstolen att det var svarandens sak att visa att orsaken till paketets försvinnande inte låg i hans ”vållande eller vangömmo” — med andra ord ansågs svaranden ha ett presumtionsansvar. Enligt Agells, Heumans och antagligen också Grönfors mening skulle kombinationen av vård- och presumtionsansvar utgöra ett tecken på att det här rörde sig om ett avtal, grundat på ett avtalsgrundande rättsfaktum.

Det finns dock några aspekter av domen som talar emot detta. Dels undvek domstolens majoritet, trots den inbjudan härtill som kan anses ligga i det domsförslag som dissidenten i Nedre revisionen lagt fram, att stödja sig på klart kontraktuella regler, nämligen 12 kap. 2 § handelsbalken. Bestämmelsen används inte ens uttryckligen analogt, utan majoriteten lånar endast dess — redan 1875 språkligt föråldrade — ordalydelse. Detta tyder på att majoriteten ville undvika intrycket att det här skulle handla om något avtal.

Dels fanns ingen som helst kontakt mellan käranden och svaranden avseende paketet, annan än att svaranden tagit det omhand. Svaranden hade — i motsats till en undertransportör vid omhändertagande för transport — inget avtalsförhållande avseende paketets förvaring med kärandens direkta motpart, nämligen kärandens dotter. Om nu förhållandet mellan svaranden och käranden i förevarande fall skulle karakteriseras som ett avtal, skulle mycket besvärliga frågor om avtalets innehåll och närmare villkor uppkomma. Det skulle innebära att den som omhändertar egendom som hon erkänner inte är hennes egen skulle sluta avtal med ägaren, vem denna än vara månde — det gör det nästan omöjligt att på något med avtalsrättens inre logik förenligt sätt besvara frågan efter avtalsvillkoren. Fallet antyder att det är att föredra som en teknisk lösning att *inte* klassificera omhändertagande som ett avtalsgrundande rättsfaktum.

Vad gäller frågan om ren förmögenhetsskada hade käranden yrkat att få sina pengar tillbaka, och att få ränta på beloppet. Detta fick han också. Ersättningen i form av ränta för den tid som käranden behövt vara utan sina pengar kan i princip utgöra ersättning för ren förmögenhetsskada. Frågan huruvida kärandens skada *i sin helhet* skall anses utgöra en ren förmögenhetsskada beror dock på hur man klassifice-

rar det faktum att pengarna inte kunde återlämnas. Om de försvunna pengarna skall anses utgöra en sakskada, vilket jag gör här, torde i vart fall enligt modernt synsätt — enligt 5 kap. 7 § 3 p. skadeståndslagen — följa att även förlusten att vara utan pengarna skulle vara en ersättningsgill sakskada.³² Om uteblivet utlämnande däremot anses utgöra en ren dröjsmålsskada, skulle också den förlorade (möjliga) räntan vara det.

Fallet ger inte riktigt ledning för att avgöra frågan om omhändertagandets rättsverkningar. Det kan i vart fall konstateras att domstolen tycks ha försökt undvika att ge intryck av att ett avtalsförhållande förelåg. Å andra sidan finns vissa aspekter av fallet som kan tyda på att ren förmögenhetsskada ersattes, och då skulle en klassificering av förhållandet som avtal ha stort förklarande värde. Sist och slutligen är det dock osäkert hur fallet lämpligen bör tolkas.

3.2.2 NJA 1875 s. 477

I fallet hade käranden glömt sin plånbok i butiken när hon lämnat denna. Svaranden — ett butiksbiträde — hade hittat plånboken och frågat en annan kund huruvida plånboken var dennas. Enligt vad Högsta domstolen ansåg bevisat i målet hade kunden sagt sig inte vara ägare till plånboken och inte heller tagit emot denna. Plånboken hade sedermera förkommit. Käranden stämde svaranden på ersättning av plånbokens liksom även dess innehålls värde.

Innan Högsta domstolens dom diskuteras kan fasthållas att käranden inte begärde ersättning för någon ränteförlust avseende de pengar som förkommit. Något resonemang avseende ren förmögenhetsskada kan i förevarande fall alltså över huvud taget inte föras, utan fallet rör endast ansvar för värdet av egendom som inte återlämnas. Vidare bör fasthållas att parterna, liksom i fallet NJA 1875 s. 379 ovan, inte på något sätt haft någon avtalsrättsligt relevant kontakt med varandra; i synnerhet fanns mellan parterna inte, såsom är fallet vid undertransportörer, någon kedja av avtal som indirekt band dem till varandra. Om här ett avtal skulle föreligga, skulle det alltså vara en genuin nyhet i den svenska avtalsrätten.

Högsta domstolen konstaterade, efter att ha värderat bevisningen avseende svarandens invändning att han lämnat plånboken till en annan kund, att:

vid [sådan] förhållande, å [svarandens] berörda uppgift icke kunde fästas sådant afseende, att han icke fortfarande skulle vara underkastad den skyldighet att ansvara för börsen, som omhändertagandet af densamma medfört

³² Denna klassificering kan diskuteras, då det är långt ifrån klart hur inkomstförlust skall beräknas. Till exempel är det oklart huruvida en förlorad bonus på en försäkring skall räknas som sakskada, jfr Hellner, Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 418. Om förlusten av en sådan bonus utgör en sakskada, torde också utebliven ränta vara en sakskada. Numera skulle problemet lösas genom räntelagen.

och fann svaranden ersättningskyldig.

Det måste uppmärksammas att Högsta domstolen säger att det är omhändertagandet av plånboken som medför skyldighet att ansvara för den; något avtal är det alls inte tal om. Fallet skulle idag behöva bedömas enligt hittegodslagen, som i sin 6 § stadgar att samma regler gäller avseende vården av kvarglömd egendom som avseende upphittad egendom. Vårdansvaret är alltså här detsamma som enligt hittegodslagen.

Det förefaller dessutom som om Högsta domstolen lagt till grund ett presumtionsansvar i fallet. Det konstateras att det är svarandens uppgifter som måste möjliggöra för domstolen att anse att han frigjort sig från skyldigheten att ansvara för egendomen. Det är alltså svaranden som måste bevisa att det inte är hans försummelse som lett till förlusten. Här föreligger en vanlig culpa- och orsakspresumtion i traditionell form: påståendena om presumtionsansvarets tillämplighet endast på det kontraktuella området tycks alltså motsägas av Högsta domstolen.³³

Tillsammans tyder NJA 1875 s. 379 och NJA 1875 s. 477 alltså på att omhändertagandet av egendom åtminstone leder till ett utlämningsansvar som är förenat med ett presumtionsansvar. Har en part omhändertagit annans egendom är hon ansvarig för egendomens utlämnande. Kan egendomen inte utlämnas, är det den omhändertagandes sak att bevisa att detta inte beror på hennes culpa. Förmår hon inte det, blir hon ansvarig att ersätta egendomens värde. Åtminstone när egendomen består i pengar, kan dessutom ett ränteanspråk mot svaranden tänkas få framgång.

3.3 NJA 1944 s. 160 (stålaxlarna i Göteborg) — konossementansvar och annat ansvar

Fallet är ett av de fall som Grönfors anför som stöd för sin uppfattning att omhändertagande av gods för transport utgör ett avtalsgrundande rättsfaktum. I fallet hade en ångbåtskommissionär ombesörjt lossning av ett fartyg och skulle enligt befälhavarens uppdrag ansvara för att lämna ut godset till berörda konossementsinnehavare. I lasten fanns bland annat stålaxlar, av vilka en del skulle utlämnas till käranden och en annan del till ett handelsbolag. Av misstag lämnade ångbåtskommissionären ut även en del av kärandens axlar till handelsbolaget. Ef-

³³ Här kan jag föreställa mig att någon läsare vill invända att fallet är åldersstiget och därför inte kan anses utgöra något prejudikat. Jag måste erkänna att jag har svårt att förstå exakt vad prejudikatsbundenheten i svensk rätt över huvud taget skall anses innebära, eftersom många jurister tycks behandla prejudikatsbundenheten mest som en fråga om läglighet i ett individuellt resonemang. Om vi emellertid har någon prejudikatsbundenhet — vilket jag trots allt vill tro att vi har — måste vi rimligen vara bundna av alla prejudikat från Högsta domstolen. Det förefaller mig vara lite väl frirättsligt att välja och vraka bland prejudikaten med hänvisning till deras ålder eller till någon dissens i Högsta domstolen. Jag behandlar därför även förevarande gamla fall med den respekt för Högsta domstolens rättskipning som jag anser att den förtjänar.

tersom lasten efter lossningen frös fast i hamnen, låg den under några månader kvar på en pråm. När lasten väl hade lagts upp hos handelsbolaget, låg den där ytterligare en tid innan käranden kunde få ut sina stålaxlar. När käranden väl fick hand om sitt gods, var det så skadat av rost att det i princip endast hade skrotvärde.

Käranden stämde dels handelsbolaget med påstående om att detta skulle haft en skyldighet att se till att det endast fick sina egna stålaxlar, dels ångbåtskommissionären med påstående om skyldighet för denne att såsom företrädare för fartyget ansvara för att lasten lämnades till rätt mottagare. Medan alltså talan mot handelsbolaget fördes på utomobligatorisk grund, fördes talan mot ångbåtskommissionären på grundval av att han uppfyllde en uppgift som eljest skulle tillkomma transportören.

Handelsbolaget invände att någon skyldighet av påstått innehåll inte åvilade detta. Ångbåtskommissionären invände dels att han endast var företrädare för rederiet (alltså transportören) och således inte kunde göras självständigt ansvarig, dels, för det fall att han ändå kunde göras ansvarig, att han ägde åberopa konossementets bestämmelser om frihet från ansvar i visst avseende.

Handelsbolaget fanns inte vara ansvarigt. Däremot ålades ångbåtskommissionären att ersätta kärandens skada. Käranden hade yrkat — och fick av domstolarna — rätt till ränta på skadebeloppet. Enligt vad ovan sagt innebär detta dock inte att käranden gjorde någon ren förmögenhetsskada gällande, då skadan enligt 1 kap. 2 § skadeståndslagen inte kan anses som sådan. Skadan utgör i sin helhet en sakskada.

Talan mot handelsbolaget ogillades på den grunden att någon försummelse att ta vård om godset inte visats ha förelegat hos handelsbolaget. I detta avseende var alltså bevisbördan rättvänd: det var käranden som skulle visa handelsbolagets försummelse. Här uppkommer en hel rad med frågor.

Den första följer av Grönfors klassificering av omhändertagande som avtalsgrundande rättsfaktum. Enligt samstämmig doktrin leder ett kontraktuellt omhändertagande av annans gods till ett med en vållande- och orsakspresumtions förstärkt vårdansvar.³⁴ Om alltså Grönfors avsikt skulle ha varit att som avtalsgrundande rättsfaktum beteckna alla omhändertaganden av annans egendom, skulle förevarande fall utgöra ett motexempel, då inget presumtionsansvar för handelsbolaget förelåg.

Detta leder till den andra frågan: enligt mina påståenden ovan är också i utomobligatoriska fall presumtionsansvaret det normala när någon omhändertar annans egendom. Varför gällde det då inte avse-

³⁴ Här kan anföras Bertil Bengtsson, *Särskilda avtalstyper I*, Andra upplagan, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1980, s. 88; Berndt Hasselrot, *Juridiska skrifter (Ytterligare följd)*, Förlagsaktiebolagets i Malmö Boktryckeri, Malmö 1923, s. 191 och Jan Hellner m.fl., *Speciell avtalsrätt II*, s. 273 bland många andra

ende handelsbolaget i NJA 1944 s. 160? Enligt min mening utgörs det för fallet särskiljande draget av att handelsbolaget inte *frivilligt* omhändertagit egendomen.

Ett frivilligt omhändertagande behöver inte leda till något avtal. Exempelvis finns ingen skyldighet enligt hittegodslagen att ta omhand upphittad egendom. Endast om någon väljer att omhänderta egendomen, uppstår det vårdansvar om vilket 2 § 1 st. hittegodslagen stadgar.³⁵ I NJA 1944 s. 160 hade ångbåtskommissionären ombesörjt upplägget av stålaxlarna på handelsbolagets upplagsplats; handelsbolaget hade således inte haft del i att stålaxlarna hamnade i dess kontrollsfär. Denna ofrivillighet från handelsbolagets sida skulle enligt min mening motivera att bevisbördan är rättvänd. Jag skall dock medge att detta inte uttrycks i domen: det enda som implicit uttrycks i domen är att handelsbolaget möjligen hade kunnat bli ansvarigt om försummelse hade kunnat visas.

Talan mot ångbåtskommissionären bifölls av Högsta domstolen med följande motivering:

[Ångbåtskommissionären] har såsom mäklare för fartyget på grund av befälhavarens uppdrag haft att självständigt ombesörja lossning av lasten ävensom att mottaga konossement rörande denna och medgiva dispositionsrätt över däri ingående gods.

Det är utrett att [svaranden] av oaktsamhet låtit utlämna det för [käranden] avsedda godset till handelsbolaget.

För den försummelse som sålunda förelupit vid godsets utlämnande har [ångbåtskommissionären] att svara jämväl i förhållande till [käranden] i dess egenskap av konossementsinnehavare.

Flera punkter i motiveringen sticker i ögonen. För det första är det återigen inte tal om att någon är representant för någon annan, utan snarare framhävs att ångbåtskommissionären fått i uppdrag att *självständigt* disponera över godset och lämna ut det till mottagarna. Här sker alltså en delegation som kan förmodas klippa av det band mellan kommissionären och fartyget som enligt ångbåtskommissionärens mening innebar att han kunde undgå ansvar. Det är alltså riktigt som Grönfors säger att kommissionären har ett självständigt ansvar, men det är inte riktigt att säga att han har detta ansvar i sin egenskap av representant.

För det andra fann domstolen *utrett* att godset av oaktsamhet lämnats till annan än käranden. Detta innebär att det här inte var fråga om något presumtionsansvar: detta behövs ju inte när förhållandena är kända. I den mån Grönfors stöder sina tankar om avtalsgrundande rättsfakta på förekomsten av ett presumtionsansvar, kan alltså förevarande fall inte anses ge honom stöd.

³⁵ Se Kungl. Maj:ts proposition 1938 nr 2 med förslag till lag om hittegoods m.m., s. 13, samt Ulf Berg i Karnovs kommentar till hittegodslagen, fotnot 1

För det tredje påpekas att kändanden är konossementsinnehavare, och att det är i denna egenskap som han kan åberopa ångbåtskommissionärens utlämningsansvar. Här måste uppmärksammas att konossementet är ett internationellt gängse värdepapper avseende gods under sjötransport, och att fallet därför eventuellt skulle kunna anses ha grundat sig på *konossementet* mera än på någon annan grund. Konossementet berättigar nämligen till godsets utlämnande.³⁶ Å andra sidan var den ende som över huvud taget uppmärksammade och diskuterade ångbåtskommissionärens på konossementet grundade invändning en dissident i Nedre revisionen. Ingen annan som hade att bedöma fallet diskuterade ångbåtskommissionärens invändning i detta avseende. Om fallet helt skulle ha avgjorts på konossementrättsliga grunder, borde svarandens invändning ha föranlett åtminstone någon diskussion.³⁷

Sammantaget med rättsfallen NJA 1875 s. 379 och NJA 1875 s. 477 ger NJA 1944 s. 160 anledning att förmoda att *alla* som *frivilligt* omhändertar annans egendom åtminstone har ett vård- och utlämningsansvar, och att detta ansvar i regel är förenat med en culpa- och orsakspresumtion. Om detta skulle visa sig vara riktigt, har vi inte att göra med något *avtalsgrundande* rättsfaktum, utan med en rättsfigur av helt eget slag.

3.4 NJA 1948 s. 752 (*bilen i Färjestad*) — *avtalsgrundande rättsfaktum eller ej?*

Detta fall går emot strömmen och kastar tvivel över mina påståenden ovan. I fallet hade ägarens hustru under en vistelse på fastlandet parkerat en bil hos en bilverkstad i Färjestad på Öland. Det var överenskommet mellan hustrun och verkstaden att bilen under natten skulle ställas in i verkstadens garage, och för att underlätta flytten av bilen hade hustrun lämnat bilnyckeln i tändlåset. När bilen påföljande morgon återigen ställdes ut på gårdsplanen, lät verkstadens anställda nyckeln sitta i. Någon förbipasserande tillgrep bilen under dagen. Den återfanns sedermera i skadat skick.

Ägaren förde talan mot verkstaden med yrkande om ersättning för sakskadorna på bilen och för hyra av ersättningsbil.³⁸ Verkstaden invände att något avtalsförhållande inte förelåg mellan denna och kändanden, utan att verkstaden som en ren vänlighet tillät öläningar som reste till fastlandet att under den tid som resan varade ställa upp sina bilar på verkstadens område.

³⁶ Enligt då gällande rätt följde detta av 156 § i 1891 års sjölag; numera följer samma regel av 13 kap. 52 § sjölagen.

³⁷ Vidare indikerar det ovan under 2.2 diskuterade fallet NJA 1977 s. 796 att konossementet i förevarande fall inte kunde åberopas av ångbåtskommissionären.

³⁸ Observera att hela talan således grundades på att sakskada förelåg: skadeståndet för hyra av ersättningsbil är att betrakta som en skada som uppkommit i samband med sakskada.

Partskonstellationen i målet är besynnerlig. Det var kärandens hustru som hade hört sig för med verkstaden huruvida hon under viss tid kunde få ställa upp en maken tillhörig bil på verkstadens område. Det var alltså hon som hade slutit avtalet med verkstaden — ifall något direkt avtal i detta fall över huvud taget förekom i målet. För att *käranden* skulle få föra talan, skulle hustrun ha behövt sluta avtal som fullmäktig för maken: annars skulle ju principen om avtalets subjektiva begränsning inte ge käranden någon *kontraktuell* rättighet som skulle kunna vara föremål för en talan. Man skulle, i avsaknad av fullmakt för hustrun, behöva anta att talan fördes på utomkontraktuell grund.

Häremot står emellertid att käranden anförde att svaranden hade "försummat [...] att taga nödvändig vård" om bilen. Detta uttryckssätt antyder att käranden ansåg ett kontraktuellt förhållande föreligga. Som strax kommer att framgå tyder också vissa formuleringar i domskälen på att ett kontraktuellt förhållande förelåg. Enligt vanliga regler synes alltså fallet inte vara kontraktuellt, samtidigt som det föreligger flera indikationer på att fallet ändå skulle kunna vara kontraktuellt.

Häradsrätten anförde i sin av överinstanserna fastställda dom följande:

Enär [svaranden] under angivna omständigheter måste anses hava åtagit sig vårda bilen såsom anförtrott gods, samt vid sådant förhållande det ålegat [svarandens] personal att — under tid då bilen ej stått under tillfredsställande bevakning — omhändertaga startnyckeln till förhindrande av obehörigt begagnande av bilen, men så ej skett, finner H.R:n, att tillgreppet möjliggjorts genom [svarandens] vållande samt att [svaranden] på grund därav är pliktigt att till [käranden] utgiva ersättning ej mindre för den genom skadorna uppkomna värdeminskningen av bilen än även för [kärandens] avsaknad av bil intill dess att han, som kort efter skadegörelsen sålt bilen, skäligen bort hava varit i stånd att anskaffa nytt fordon.

Att verkstaden ansågs ha "åtagit" sig vården av bilen tyder på ett kontraktuellt synsätt. Ett åtagande är något man gör frivilligt, och det riktas normalt till någon som skall ha rätt att kräva in åtagandet. I samma riktning talar formuleringen att verkstaden åtagit sig vården "såsom anförtrott gods". Detta leder till ett mycket svårt tolkningsproblem. Som omständigheterna beskrivs i referatet riktades det åtagande som verkstaden "måste anses" ha gjort till kärandens hustru — varför hade då käranden rätt att föra en skadeståndstalan grundad på detta åtagande? Fallet framstår som synnerligen problematiskt.

Problemet kan lösas på åtminstone två sätt. Det första sättet är att anse att domstolen bara tyst förutsatte att det förelåg ett uppdragsförhållande avseende bilens parkering mellan käranden och dennes hustru, och att hustrun därför hade fullmakt att företräda maken.³⁹

³⁹ Sedan reformen av giftermålsbalken på 1920-talet utgör kvinnan i ett äktenskap ett fritt och självständigt rättssubjekt. Det följer alltså inte automatiskt av de vid

För detta sätt att lösa problemet skulle kunna tala att hustrun enligt referatet angav att hon skulle parkera en *maken* tillhörig bil hos verkstaden. Enligt vanliga tolkningsregler torde detta dock inte räcka för att anse att hustrun slutit avtal med verkstaden i makens namn. Mot denna lösning talar vidare att det inte finns något i domen som antyder att något uppdragsförhållande innefattande fullmakt skulle ha förelegat mellan käranden och dennes hustru. Slutligen utgör denna lösning en uppenbar fiktion: för att komma undan förklaringsmödan avseende ett besynnerligt domslut tar man till en förutsättning som faktiskt inte framgår av målet. Detta sätt att lösa mysteriet om kärandens rätt till skadestånd framstår därför inte som lämpligt.

Det andra sättet är att i likhet med Grönfors postulera att omhändertagande av annans egendom utgör ett avtalsgrundande rättsfaktum. I förevarande fall skulle detta utgöra en fullt rimlig hypotes, eftersom käranden fick en direkt talan mot någon till vilken han inte stod i någon avtalsrelation enligt avtalslagen. Vidare tyder som sagt domstolens formuleringar på att domstolen ansåg ett avtalsförhållande föreligga.

I ljuset av övriga här diskuterade fall är dock denna tolkning inte lika självklar. Som nedan kommer att framgå tror jag att det finns ett tredje sätt att förklara NJA 1948 s. 752, och att detta sätt också passar väl ihop med redan kända principer i svensk obligations- och sakrätt. Om jag skulle ha rätt i min mening, skulle det betyda att man inte behöver postulera något avtal ens i förevarande fall. Man skulle ändå kunna ge fallet en rimlig förklaring. Om man inte behöver postulera något avtal skulle man i så fall kunna undvika tekniskt komplicerade frågor som till exempel hur — och vilka — avtalsvillkor skall kunna inkorporeras i ett avtalsförhållande likt det mellan käranden och svaranden i NJA 1948 s. 752.

3.5 NJA 1995 s. 274 (Tom Crown) — utomobligatoriskt ansvar, men på vilken grund?

Intrycket av att omhändertagande inte utgör något avtalsgrundande rättsfaktum förstärks av det sista rättsfallet som här skall diskuteras, nämligen NJA 1995 s. 274. I fallet hade en häst skickats från Axevalla till Arvika för att delta i en tävling. Hästen inhystes av tävlingsarrangören i ett stall som tillhandahölls av ett oberoende bolag. Detta stall var bristfälligt konstruerat, vilket ledde till att hästen kunde fastna med huvudet i en springa mellan en av stallets väggar och taket och kvävas till döds.

Ägaren till hästen förde talan mot både tävlingsarrangören och stallägaren, uttryckligen mot den förra på inomobligatorisk grund (hyra av stallet) och mot den senare på utomobligatorisk grund. I må-

domens avkunnande gällande äktenskapsrättsliga reglerna att hustrun utan vidare kan berättiga mannen genom avtal som hon ingår i sitt eget namn.

let var ostridigt hur hästen hade dött: något behov av att använda sig av presumtionsansvaret fanns därför återigen inte.

Högsta domstolens dom är ett utmärkt exempel på det som kallas en ”fri culpabedömning” i enlighet med den såkallade *Learned Hand*-regeln. Domstolen inleder — efter att ha summerat parternas talan i högsta instans och konstaterat att det var ostridigt hur hästen omkommit — sin motivering med att fastställa att det fanns en risk för skada, att denna risk inte var obetydlig, att risken för skada hade kunnat förebyggas med förhållandevis enkla medel samt att såväl uthyraren som ställägaren hade kunnat inse allt detta.⁴⁰ Den helt logiska slutsatsen var att båda parterna varit vållande till skadan och de dömdes därför till att ersätta hästens värde.

Jag lämnar åsido talan mot uthyraren, då denna talan grundades på kontraktsrättsliga regler och ett direkt och klart traditionellt avtal; denna aspekt av målet är därför ointressant för mina syften här. Den intressanta talan är den mot stallägaren. Stallägaren befanns ha varit culpös eftersom bolaget underlätit att bygga om sina stallboxar i enlighet med Lantbruksstyrelsens rekommendationer. Det var alltså inte någon *aktiv* handling som ådrog bolaget skadeståndsskyldighet, utan en *underlåtenhet*. Utomobligatoriskt ansvar för underlåtenhet anses dock i svensk rätt utgöra ett undantag från den eljest gällande regeln att skadeståndsansvar förutsätter en aktiv handling, även om undantagen är talrika.⁴¹ Frågan är då i vad som bolagets culpa egentligen bestod.

Underlåtenheten att bygga om stallet allena kan inte ha varit skadeståndssanktionerad, då denna underlåtenhet inte utan ytterligare handlingar från bolagets sida skulle ha kunnat leda till någon skada och alltså inte heller till skadeståndsansvar. Hade stallet varit tomt, hade det ju inte kunnat skada någon häst. Det krävs något mera som möjliggör för bedömarens att säga att bolaget skadat hästen. Detta ”mera” måste vara att ha tagit emot hästen i sitt stall i vetskap om — eller i culpöst bristande vetskap om — att detta potentiellt var osäkert. I så fall skulle bolaget genom att ha tagit emot hästen ha skapat en fara som borde ha undanröjts.⁴² Då ligger alltså bolagets vårdslösa handling inte i själva stallets konstruktion, utan i det faktum att det med vetskap om stallets konstruktion tagit emot hästen. Detta i sin tur skulle — omformulerat till någon positiv skyldighet — innebära att den som tar emot en häst i sitt stall måste se till att stallet är säkert. Med andra ord har den som frivilligt tar emot annans egendom även på det *utomobligatoriska* området en skyldighet att se till att egendomen förvaras säkert. Med detta resultat är vi dock tillbaka där vi redan var efter analysen av NJA 1875 s. 379, NJA 1875 s. 477 och NJA 1944 s.

⁴⁰ Jämför denna prövning och ordningsföljden mellan de olika rekvisiten med framställningen av den fria culpabedömningen hos Hellner, Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 133 ff.

⁴¹ Hellner, Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 111

⁴² Jfr Hellner, Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 114

160: den som frivilligt omhändertar annans egendom har ett vårdansvar. Eftersom både 1944 års fall och 1995 års fall inte behöver använda sig av något presumtionsansvar, är det osäkert huruvida ett sådant ansvar gäller på det utomobligatoriska området. Fallen från 1875 samt de regler som ovan presenterats och av vilka framgår ett presumtionsansvar i utomobligatoriska sammanhang tyder dock på att så är fallet.⁴³

4 Kanske inte avtalsgrundande rättsfaktum ändå?

4.1 Inledning

Grönfors tanke att omhändertagande av annans egendom skulle utgöra ett *avtalsgrundande* rättsfaktum tycks alltså inte vara helt övertygande. Analysen av åtminstone ett av de fall som han själv citerar som stöd för sin åsikt tycks innebära att av fallet inte kan dras den slutsats som Grönfors vill göra gällande. Däremot ställer NJA 1948 s. 752 uttolkaren inför problem som kanske enklast kan lösas om man postulerar ett avtal mellan käranden och svaranden. Vid en sammanvägd bedömning tycks dock det mesta för närvarande tyda på att omhändertagande av annans egendom, vare sig för transport eller i annat syfte, inte utgör något avtalsgrundande rättsfaktum. Däremot utgör det ett rättsfaktum som uppenbarligen timar vissa egendomliga konsekvenser. Dessa måste på något vis förklaras.

Frågan är nämligen vad det är som får rättsverkningarna av omhändertagande av annans egendom att framstå som så ovanliga att Grönfors ansåg det befogat att postulera ett avtal. Vad är det som får en jurist att haja till?

4.2 En utomobligatorisk vårdplikt?

De här diskuterade fallen tyder på en vårdplikt avseende annans egendom även i utomobligatoriska fall. Denna vårdplikt, om den verkligen skulle visa sig vara generell, är överraskande. Som redan anförts är nämligen huvudregeln i svensk utomobligatorisk skadeståndsrätt att det krävs en positiv handling för att skadeståndsansvar skall kunna följa. Underlåtenhet räcker normalt inte.⁴⁴

En vårdplikt utgör dock en plikt att företa *aktiva* handlingar.⁴⁵ Frågan är alltså vad denna aktivitetsplikt skulle kunna grundas på.

Det mest naturliga skulle vara att vårdplikten uppstår genom att den ansvariga frivilligt omhändertar egendomen ifråga. Det finns i svensk rätt ingen skyldighet att omhänderta egendom — inte ens hittegodslagen stadgar som sagt någon sådan skyldighet.⁴⁶ Den som frivilligt bestämmer sig för att ta omhand annans egendom, i vetskap om att egendomen inte är hennes egen, skulle alltså genom denna hand-

⁴³ Se avsnitt 2.1.3

⁴⁴ Hellner, Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 111

⁴⁵ Jfr Bertil Bengtsson, Särskilda avtalstyper I, Andra upplagan, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1980, s. 86 ff.

⁴⁶ Se under 3.2.2

ling bli ansvarig för värden av densamma. En sådan tolkning kunna stödjas på den utomobligatoriska skadeståndsrättens inre logik i det att det är en initial aktiv handling med avseende på egendomen som medför det efterföljande underlåtenhetsansvaret. Vårdansvaret som sådant behöver alltså inte stödjas på kontraktuella regler, utan kan lika väl passa ihop med vanliga utomkontraktuella regler.

Märk väl att vårdansvaret inte nödvändigtvis behöver vara samma sak som utlämningsansvaret. Det kan vara en sak att vårda godset och en annan att behöva lämna ut det. Vad gäller utlämningsansvaret vill jag föreslå en helt annan tolkning än någon gängse. Min tolkning av utlämningsansvaret förklarar också — utan att något avtal behöver postuleras — varför ägaren har rätt att föra direkt talan mot den som omhänderhar egendomen. Tolkningen behöver motiveras särskilt. Den får därför anstå till dess jag diskuterat presumtionsansvaret i utomobligatoriska sammanhang.

4.3 Utomobligatoriskt presumtionsansvar för omhänderhavd egendom

Den som omhänderhar egendom har långt bättre möjligheter än den till egendomen berättigade att säkra bevisning om hur egendomen skadats eller hur den förkommit. Lars Heuman har i sitt *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål* kunnat visa att Högsta domstolen i många fall fördelar bevisbördan mellan parterna i enlighet med bevissäkringsteorin, och att denna teori både deskriptivt och normativt har stor kraft att förklara allokeringen av bevisbördan i olika tvister.⁴⁷ Det tycks därför endast vara följdriktigt att bevisbördan vid tvister avseende omhänderhavd egendom åvilar den som faktiskt under den kritiska tiden haft egendomen omhänder: det är ju ändå den parten som har bäst möjlighet att säkra bevisningen.

Med detta är, såsom NJA 1944 s. 160 tycks antyda, väl förenligt att bevisbördan är rättvänd när omhänderhavandet inte är frivilligt, utan beror på misstag. Bevissäkringsteorin utgår ifrån att den som har bevisbördan både har anledning och möjlighet att säkra bevisning om hur ett visst faktum uppstått. Den som inte har anledning att tro att hon omhänderhar annans egendom, har heller ingen anledning att säkra bevisning om hur denna egendom skadas. Det är ju ägarens risk om dennas egendom tar skada. Möjligtvis skulle den som av misstag omhänderhar annans egendom kunna tänkas vilja säkra bevisning för att kunna göra gällande ett försäkringsrättsligt anspråk, men detta täcker ju i så fall normalt bara händelser som inte beror på ägarens egen culpa. När den omhänderhavande med andra ord inte vet att egendomen inte är hennes egen, har hon heller ingen anledning att säkra bevisning om och när egendomen skadas. Det stöd som bevissäkringsteorin ger för en omvändning av bevisbördan då fråga är om omhänderhavd egendom faller således bort, när den omhänderhavande inte frivilligt omhändertagit egendomen.

⁴⁷ Heuman, *Bevisbörda*, passim

Det kan inte nog betonas att ett presumtionsansvar *inte i sig* utgör någon skärpning av det *materiella* culpaansvaret. *Materiellrättsligt* är culpaansvaret detsamma, oavsett hur bevisbördan är fördelad. Där- emot är den *processuella* risken för att svaranden skall förlora målet större när det är hon som bär bevisbördan. Betraktar man problemet från det lämpliga processrättsliga perspektivet förefaller det åtmin- stone vara tveksamt att anta att presumtionsansvarets tillämplighet skulle vara beroende av huruvida ett avtal föreligger mellan parterna: varför skulle de processuella frågorna behöva bedömas olika beroen- de på hur det materiella anspråket är utformat? Dessutom visar redan en kort översyn över de svenska reglerna avseende ansvar för omhän- derhavt gods i utomkontraktuella sammanhang att det inte precis är sällsynt att ett presumtionsansvar förekommer på dessa områden.

Det förefaller som om de processuella reglerna lett vissa forskare till påståenden om materiella regler som med fog kan betvivlas. Jag vill ännu inte helt avfärda Grönfors, Agells och Heumans uttalanden, men jag tvivlar starkt på att de kommer att visa sig vara förenliga med existerande rättspraxis.

4.4 Direktkravet — hemligheten bakom utlämningsansvaret

Grönfors stöder åtminstone en del av sin tankegång avseende om- händertagandets rättsverkningar på det faktum att transportkunden i de av honom åberopade fallen kunnat föra en direkt talan mot ång- båtskommissionären eller någon annan besittare till godset. Nu kan man föra en direkt talan också på utomobligatoriska grunder, men fördelningen av bevisbördan avseende skadans uppkomst eller före- målets försvinnande tycks ha lett Grönfors att anse att i dessa fall nå- got annat, något mera, måste finnas än bara ett utomobligatoriskt an- språk. Att detta resonemang inte nödvändigtvis är hållbart, har ovan visats.

Vad gäller utlämningsansvaret tror jag dessutom att man bör reso- nera på ett annat sätt. Ett sakrättsligt anspråk på ett föremål innebär bland mycket annat att den berättigade har rätt att kräva ut föremålet från envar som olovligen har det i sin besittning. Ett sakrättsligt an- språk innebär till och med att den berättigade får utkräva egendomen från ett konkursbo: den berättigade utövar helt enkelt sin separa- tionsrätt. Häri ligger enligt min mening nyckeln till förståelsen av di- rektkravet vid fall av omhändertagen egendom.

Jag kommer nedan att tala om äganderätt: jag är förstås mycket väl medveten om många svenska juristers närmast allergiska känslighet mot begreppet, men jag tror dels överlag att vi får föra äganderättsbe- greppet till heders igen (eftersom vi ändå implicit resonerar i dess termer, bland annat vid separationsrätt), dels behöver jag en använd- bar förkortning för att tala om den sakrättsligt berättigade på ett sätt som inte tröttar ut läsaren. Jag hoppas att trots min användning av begreppet inte behöva beskyllas för begreppsjurisprudens.

Min tanke är att det ligger i det sakrättsliga systemets inre logik att ägaren har rätt att utkräva sin egendom från envar som har den omhänder och som inte är skyddat av ett för tillfället starkare obligationsrättsligt⁴⁸ eller sakrättsligt⁴⁹ anspråk på att få inneha egendomen. Om den som kan överbevisas om att senast haft egendomen omhänder inte kan lämna ut den, är det enligt systemets logik inte heller överraskande att personen ifråga får utge ersättning för sakens värde till ägaren. När allt kommer omkring skulle ju samma person, om hon hade stulit eller av vårdslöshet förstört samma egendom utan att först omhänderta den, fått utge ersättning för sakskada enligt vanliga utomobligatoriska grunder. Ägarens utlämningsanspråk skulle i det perspektivet te sig som en helt naturlig följd av dennas sakrättsligt skyddade position och inte alls vara särskilt överraskande. Anspråket, då det är sakrättsligt skyddat, skulle inte heller vara beroende av att något avtal föreligger mellan ägaren och den som omhändertagit egendomen, utan ägarens anspråk skulle kunna föras mot envar. Anspråket skulle i den meningen vara utomobligatoriskt.

Även vid ett sådant anspråk skulle den omhänderhavande behöva bära ett presumtionsansvar, i vart fall om hon frivilligt tagit egendomen omhand. Bevissäkringsteorins förklarande kraft minskar ju som sagt inte bara för att förhållandet materiellt rättsligt klassificeras som utom- snarare än inomkontraktuellt.

4.5 Paralleller i utländsk rätt

Den svenska rättens regler avseende ansvar för omhändertagande av annans egendom skulle, om mina hypoteser visar sig vara hållbara, i mycket likna den engelska rättens regler om *bailment*. Mina tankegångar är alltså måhända aparta i den svenska rättens sammanhang, men det finns utländska — och fungerande — förebilder.

Bailment omfattar, enligt det engelska sättet att se saken, aspekter av avtalsrätt, utomobligatorisk skadeståndsrätt och sakrätt. I många fall grundas *bailment* på avtalsförhållanden såsom hyra, lån eller transportavtal. Å andra sidan upphör *bailee's*⁵⁰ ansvar inte bara för att avtalet upphör. Inte heller innebär *bailor's* tillbakadragna samtycke till *bailment* att *bailment* i sig självt upphör. *Bailee* måste acceptera sitt åtagande (sitt *bailment*), men *bailor's* samtycke till *bailment* är inte nödvändigt. *Bailment* är utomkontraktuellt i det att det inte passar in under avtalsbegreppet, men i bevisbördehänseende liknar det kontraktsrätten, eftersom *bailee* måste visa att han inte varit culpös. Innehållet i culpastandarden liknar också mera den avtalsrättsliga än den utomobligatoriska.⁵¹ *Bailment* har slutligen ett sakrättsligt element i det att det

⁴⁸ Till exempel ett giltigt avtal om hyra.

⁴⁹ Till exempel ett retentionsanspråk.

⁵⁰ Den som lämnar egendom till annan kallas för *bailor*, medan den som tar egendom omhänder kallas för *bailee*.

⁵¹ Detta är ett intressant påpekande också för den svenska rättens del — jämför Kurt Grönfors uttalande om att vårdplikten inom kontrakt är strängare än den

förutsätter *bailee's* besittning och att denna skyddas av den utomobli-gatoriska skadeståndsrätten och straffrätten.⁵²

Bortsett från sista meningens uttalanden om skyddet för den omhändertagandes besittning stämmer denna beskrivning av *bailment* väl överens med min nuvarande syn på den svenska rättens regler.⁵³ Det skulle inte överraska mig om de genom sitt germanska arv besläktade engelska och svenska rättsordningarna trots alla genom sekler utvecklade skillnader ännu hade en gemensam kärna i vad avser ansvaret för omhändertagande av annans egendom.

5 Vägen framåt: en alternativ förklaringsmodell

Denna artikel visar att inriktningen på mitt projekt att följa Grönfors uppmaning till vidare forskning avseende avtalsgrundande rättsfakta måste ändras. Jag tror inte längre att just omhändertagande av annans egendom utgör något avtalsgrundande rättsfaktum — jag har ännu ingen åsikt avseende de andra av Grönfors föreslagna kategorierna av avtalsgrundande rättsfakta — men jag tror samtidigt att min forskning visar på spännande andra resultat. Omhändertagande av annans egendom är en mycket vanlig företeelse i den moderna, av logistiska försörjningskedjor beroende världen. Om ägaren i princip alltid kan föra ett utlämningsanspråk och i förekommande fall ett ersättningsanspråk mot den som, såvitt känt, senast innehaft egendomen, skulle detta kunna ha stora potentiella följder för alla lagerhållare, logistiker och undertransportörer som arbetar under svensk rätt. I den mån de teser som jag fört fram här ovan visar sig hålla även för närmare granskning över en mängd olika situationer, skulle frågan behöva besvaras hur olika anspråk förhåller sig till varandra, nämligen exempelvis ägarens anspråk mot en lagerhållare till huvudtransportörens anspråk mot samma part. Med andra ord skulle ytterligare forskning behövas avseende frågor som den svenska rätten inte på länge tycks ha sysslat med, nämligen exempelvis frågan om just anspråkskonkurrens.

Innan sådana frågor kan bli aktuella behövs dock ytterligare forskning avseende de rättsverkningar som uppstår genom att någon omhändertar annans egendom. I skrivande stund arbetar jag huvudsakligen med den rena kontraktuella depositionsrätten och analyserar närmare innehållet i den depositionsrättsliga vårdplikten och i presumtionsansvaret.⁵⁴ När det är gjort avser jag att företa samma analys utom kontrakt — men jag har hittills inte kunnat följa upp vari skillnaderna i engelsk rätt skulle bestå.

⁵² Jfr Chitty on Contracts. Volume II — Specific Contracts, 29th Edition, Sweet & Maxwell, London 2004, kap. 33, marginalsiffror 2 till 5

⁵³ Jag vill i nuläget inte uttala mig om det statiska sakrättsliga skyddet för den omhändertagande, men det kan mycket väl hända att även den svenska rätten erbjuder ett bland annat straffrättsligt skydd för den som omhänderhar annans egendom.

⁵⁴ Som framgår av prop. 1972:5 s 358 f. utgör deposition den grund på vilken annat ansvar för omhändertagad egendom utvecklas. De depositionsrättsliga frågorna framstår därför som centrala för hela området.

med avseende på andra kontraktuella situationer i vilka någon omhänderhar annans egendom — jag tänker närmast på pant, lån, kommission i snäv bemärkelse och transport — samt avseende situationer i vilka ett vårdansvar uppkommer efter kontraktsbrott (här tänker jag närmast på de situationer som regleras enligt 72 och 73 §§ köplagen). Vidare skall analysen fördjupas avseende de utomkontraktuella situationerna i vilka ett ansvar för omhänderhavande av annans egendom varit föremål för domstolarnas bedömning. Slutligen avser jag att försöka återföra resultatet av min forskning till några förhoppningsvis få grundläggande principer.

Programmet är digert, men mitt hittillsvarande arbete ger förhoppning om att mina resultat kan vara spännande nog att rättfärdiga några års arbete. Redan nu visar sig att obligationsrätten, trots sin höga ålder och sin till synes genomarbetade systematik, kan bjuda på många överraskningar och intellektuella utmaningar.