Avtalslagens fullmaktsteori — ett steg tillbaka från romersk rätt[1]

Av f.d. justitierådet TORGNY HÅSTAD

I förarbetena till avtalslagen framhålls att huvudmannens bundenhet mot tredje man grundas på en förklaring från huvudmannen riktad direkt till tredje man, varigenom han påtar sig följderna av den rättshandling som fullmäktigen företar i hans namn. Den romerska rättens teori om att huvudmannens bundenhet grundas på dennes uppdrag till sysslomannen förkastas. Emellertid duger uppdraget i de flesta fall som förklaring till huvudmannens bundenhet, medan huvudmannens viljeförklaring riktad till tredje man behöver åberopas endast när fullmäktigen överskridit sitt uppdrag. Avtalslagen hade varit mer realistisk och pedagogisk om den hade formulerats med utgångspunkt i den romerska rätten, kompletterad med avtalslagens tillitsteori.

Avtalslagens fullmaktsteori

När avtalslagen stiftades i början på 1900-talet ansågs det nödvändigt att, vid rättshandling genom en fullmäktig, förklara den omedelbara uppkomsten av ett rättsförhållande mellan huvudmannen och tredje man med något annat än — som i romersk rätt — huvudmannens uppdrag till fullmäktigen (sysslomannen) och dennes avtal i huvudmannens namn inom uppdraget.

Problemet ansågs ha blivit löst på 1800-talet genom att fullmakten betraktades som *en till tredje man riktad viljeförklaring av huvudmannen, varigenom denne påtar sig följderna av den rättshandling som ställföreträdaren företar i huvudmannens namn*, d.v.s. med angivande av huvudmannen som berättigad och/eller förpliktad part.

Teorin hade framförts av tyskarna Laband 1866 och Lenel 1896 men även och oberoende av dansken Ørsted 1835, svensken Trygger 1884 och norrmannen Stang 1897.[2]

I de svenska motiven till avtalslagen utvecklade Obligationsrättskommittén teorin och förklarade ingående skillnaden mellan fullmakt och uppdrag. Bl.a. anfördes:[3] ”Men detta rättsförhållande, som ligger bakom fullmakten, grundar sig ej å denna, *lika litet som fullmakten, rättsligt sett, har sin grund i det bakomliggande rättsförhållandet.* De kunna

[1] Artikeln grundar sig på ett föredrag hållet vid Juridiska fakulteten i Bergen den 31 maj 2018 med anledning av att det gått 100 år sedan avtalslagen trädde i kraft i Norge. Det förklarar att norsk doktrin är jämförelsevis ofta nämnd.

[2] Se Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl. 1995, s. 103.

[3] Citerat ur Almén & Eklund, Lagen om avtal etc., 7 uppl. 1960, s. 40 ff. Samma text, med några avvikande ord eftersom det då var fråga om ett lagförslag, se NJA II 1915 s. 184 ff. Kursiveringarna även i citat är mina.

existera oberoende av varandra. /…/ Ehuru fullmakten och det bakomliggande rättsförhållandet *juridiskt sett hava sitt upphov i skilda rättshandlingar*, är det mycket vanligt, att befullmäktigandet och den rättshandling av fullmaktsgivaren, varigenom fullmäktigen erhåller uppdrag att handla för hans räkning, i det yttre te sig såsom en enda handling. /…/ Den rätt att handla för fullmaktsgivarens räkning, som på grund av det bakomliggande förhållandet tillkommer fullmäktigen gentemot fullmaktsgivaren, kommer i det följande att betecknas med uttrycket befogenhet. Med fullmäktigens behörighet åter kommer att betecknas den rätt[4] att handla för fullmaktsgivarens räkning, som på grund av fullmakten tillkommer fullmäktigen i förhållande till tredje man. Av vad som förut sagts framgår, att fullmäktigens befogenhet och hans behörighet icke nödvändigtvis behöva vara lika omfattande samt att fullmäktigen *kan äga befogenhet men sakna behörighet* och tvärtom."

Efter ett omnämnande av att fullmaktsinstitutet aldrig nådde fram till ett principiellt erkännande i den romerska rätten, anförde Obligationsrättskommittén att mandatet, som närmast motsvarade vad vi kallar uppdrag, "grundlade ursprungligen rättigheter och skyldigheter endast mellan mandanten och mandatarien. Men för att nå det resultat, som i den moderna rätten vinnes genom fullmaktsinstitutet, tillade man mandatet liknande rättsverkningar som detta. Härav blev en följd, att fullmakten kom att betraktas såsom *en yttre sida av mandatet och sammanblandades med detta*. /…/ Vad vårt eget land beträffar erkändes redan i landskapslagarna möjligheten att vid rättshandlingars företagande använda fullmäktig med den verkan, att rättshandlingen blev lika gild, som om fullmaktsgivaren själv företagit densamma. Däremot funnos ej i våra äldre rättskällor några allmänna stadganden angående rättsförhållandet mellan fullmaktsgivare och fullmäktig inbördes. När saknaden av dylika bestämmelser började göra sig kännbar, tog man sin tillflykt till den romerska rättens bestämmelser om mandat. Man *förmådde* emellertid icke skilja dessa från den inhemska rättens fullmaktsregler *utan sammanblandade de båda instituten och uppfattade fullmakten såsom en yttre sida av mandatet*. Denna *oklarhet* vidlåder ännu 1734 års lags stadganden i ämnet. Visserligen förekomma där på ett par ställen, nämligen i 10 kap. 1 § jordabalken och 1 kap. 8 § handelsbalken, rena fullmaktsregler, men i 18 kap. handelsbalken, som innehåller de allmänna bestämmelserna om fullmakt i förmögenhetsrättsliga förhållanden, äro dessa invävda i stadganden, vilka avse rättsförhållandet mellan fullmaktsgivare och fullmäktig. /…/ Sida vid sida med reglerna [om sysslomannaskap] finnas i nämnda kapitel bestämmelser om huvudmannens bundenhet gentemot tredje man.[5] Lagstiftaren har här

[4] Ett bättre ord hade varit "makt" som i fullmakt; "rätt" för tanken till uppdraget.

[5] 18 kap. 2 § handelsbalken lyder: "Vad ombudsman efter fullmakt gör och sluter, det vare så gillt, som huvudman det själv gjort och slutit hade. Går ombudsman vidare, än honom betrott är; rätte själv upp all skada, och huvudmannen vare saklös." I 1 § står att den som blivit ombedd att syssla och uträtta något för huvudmannen och som accepterat detta, ska ta fullmakt. Detta antyder att fullmakt vore något

tydligen *icke förmått frigöra sig från uppfattningen av fullmakten såsom ett bihang till sysslomannaskapet.* Denna uppfattning var också i det övriga Europa allmänt rådande inom doktrin och lagstiftning ända långt in på 1800-talet. Först i mitten av nämnda århundrade kom man till full *insikt* därom att fullmakt och mandat äro två skilda institut."

Det förvånar att den i övrigt så pragmatiska Obligationsrättskommittén använder ett så metafysiskt språk, som om grunden för huvudmannens bundenhet mot tredje man vore given av naturen och bara skulle upptäckas.

Obligationsrättskommittén avslutade: "Det torde sålunda närmast bero av historiska skäl, att man icke i dagligt tal eller ens alltid i juridiskt språkbruk så noga skiljer mellan fullmakten och det bakom denna liggande rättsförhållande, på grund varav fullmäktigen är verksam för fullmaktsgivarens räkning. *I avtalslagen är denna skillnad skarpt genomförd.* Uttrycket fullmakt användes allenast för att beteckna den viljeförklaring av fullmaktsgivaren, varigenom fullmäktigen förlänas behörighet att företaga rättshandlingar med bindande verkan för fullmaktsgivaren eller att företräda denne vid rättshandlingar, som skola företagas i förhållande till honom."

Avtalslagens 10 och 11 §§ har följande lydelse i svensk och norsk version. Den danska och finska lagtexten är praktiskt taget likalydande med den svenska.[6]

Sverige:
10 §. Den, som åt annan givit fullmakt att sluta avtal eller eljest företaga rättshandlingar, varder omedelbart berättigad och förpliktad i förhållande till tredje man genom rättshandling, som fullmäktigen inom fullmaktens gränser företager i fullmaktsgivarens namn.[7]

annat än ett uppdrag. I 4 § anges att om huvudmannen lider skada av vad fullmäktigen gör, "skylle sig själv, som sig ej bättre föreså̊g. Är ombudsman av försummelse, eller svek vållande till skadan; plikte då han som sagt är." Hur huvudmannens ansvar enligt 4 § går ihop med huvudmannens frihet från ansvar enligt 2 § vid överskridande av uppdraget kan diskuteras.

[6] I den danska lagen återfinns inte orden "särskilt inskränkande" framför instruktioner i 11 § första stycket. Viktigare, och märkligare, är att ordet "*beføjelse*" används som beteckning på både behörigheten i 10 § andra stycket (liksom i norska lagen) och befogenheten i 11 § första stycket (där den norska lagen undviker ordet). På dessa ställen borde den danska lagen, i enlighet med den bakomliggande teorin, ha haft olika termer. Lämpligt synes ha varit att använda beføjelse, som liknar det svenska uttrycket befogenhet, i 11 § första stycket och ett annat ord, t.ex. bemyndigelse, i 10 § andra stycket. Samma dubbeltydiga användning av beføjelse återkommer i dansk doktrin. Jfr Arnholm, Lærebok i avtalerett, 4 uppl. 1978, s. 122, § 14.III.

[7] I NJA 2014 s. 978 hade privatpersoner beställt en flygresa hos en resebyrå. Denna hade i samband med beställningen gett flygbolaget rätt att dra biljettpriset från resebyråns konto, eftersom beställningen annars inte skulle vara giltig. Därefter hade flygbolaget gått i konkurs, och resan hade ställts in. Efter konkursbeslutet överfördes betalningsbeloppet från resebyrån till konkursboet. Resebyrån yrkade i målet ersättning från resenärerna för utlägget av biljettpriset. – HD anförde inledningsvis att en huvudfråga i målet var om resebyrån hade handlat *för egen eller annans räkning* när resan beställdes. Resebyrån kunde enligt HD vara antingen förmedlare av eller part i avtalet. Sedan anfördes att det avgörande för om en fullmäktig handlar för annans eller egen räkning enligt avtalslagens förarbeten är huruvida den rättshandlande har gjort klart för tredje man att rättshandlingen företagits *i annans namn*; annars

Där någon såsom anställd i annans tjänst eller eljest i följd av avtal med annan intager en ställning, varmed enligt lag eller sedvänja följer viss behörighet att handla å dennes vägnar, anses han hava fullmakt att företaga rättshandlingar, som falla inom gränserna för denna behörighet.
11 §. Har fullmäktigen vid företagande av rättshandling handlat i strid mot särskilda inskränkande föreskrifter av fullmaktsgivaren, vare rättshandlingen ej gällande mot denne, såframt tredje man insåg eller bort inse, att fullmäktigen sålunda överskred sin befogenhet.

Är fullmakten av sådan beskaffenhet, som i 18 § avses, vare rättshandling, som fullmäktigen med överskridande av sin befogenhet företagit, icke gällande mot fullmaktsgivaren, ändå att tredje man var i god tro.

Norge:
10 §. Foretar fuldmægtigen en retshandel i fuldmagtsgiverens navn og indenfor fuldmagtens grænse, stifter retshandelen ret tog pligt umiddelbart for fuldmagtsgiveren.

Intar nogen ifølge avtale med anden en stilling, som efter lov eller sedvane medfører beføielse for ham til indenfor visse grænser at handle paa den andens vegne, ansees han at ha fuldmagt til at foreta retshandler, som falder indenfor disse grænser.
11 §. Har fuldmægtigen handlet i strid med forskrifter, som fuldmagtsgiveren har git ham, og forstod tredjemand det eller burde han forstaaet det, blir retshandelen ikke bindende for fuldmagtsgiveren, selv om den ligger indenfor fuldmagten.

Har fuldmagtsgiveren bare meddelt fuldmagten til fuldmægtigen (§ 18) gælder det samme, selv om tredjemand var i god tro.

Det framgår av lagarna att huvudmannens rättigheter och skyldigheter uppkommer med stöd av fullmakten (10 §), som i motiven förklaras vara ett åtagande av huvudmannen mot tredje man. Det bakom-

ska fullmäktigen anses ha handlat *i eget namn* (varvid den rättshandlande blir part i avtalet). HD fortsätter emellertid (p. 11) med att säga *att det sålunda finns en presumtion för att den som rättshandlar gör det för egen räkning*. Härvid förbiser HD emellertid att en mellanman kan handla *i eget namn men för annans räkning* (som kommissionär), varvid mellanmannen blir part i avtalet (se 1 och 24 §§ 2009 års kommissionslag). Den presumtion som behandlas i avtalslagens förarbeten gäller således frågan om *i vems namn* den avtalande handlar, vare sig han handlar för egen eller annans räkning. – HD kom, trots den s.k. presumtionen, så småningom fram till att resenärerna borde ha förstått att resebyrån uppträdde som förmedlare och inte som part. Därför hade resebyrån inte omedelbart ansvar för resans fullgörande. Emellertid hade resebyrån enligt HD gett resenärerna kredit, när resebyrån gett flygbolaget rätt att lyfta ett belopp motsvarande biljettpriset. Resenärerna hade därför enligt 4 och 29 §§ konsumentkreditlagen samma rätt att göra invändning om betalningsskyldighet mot resebyrån (finansiären) som de hade kunnat göra mot flygbolaget, som inte utförde tjänsten. Talan ogillades således. — Man kan emellertid fråga sig om resebyrån hade gett resenärerna kredit, eftersom resebyrån i hovrätten hade anfört att den för resenärerna omtalat att betalning av biljetterna skulle ske omgående (alltså ”utan anstånd”, se 2 § konsumentkreditlagen) och i HD anfört (p. 5) att resebyrån i enlighet med resenärernas uppdrag hade förskotterat biljettkostnaden, dock utan att medge någon kredit. — Slutligen noteras att konkursboet var skyldigt att återbetala vad konkursboet uppburit efter konkursbeslutet, eftersom konkursboet inte inträdde i avtalet och utförde transporten (jfr 63 § köplagen); privatpersonerna bör alltså ha haft rätt att själva eller genom resebyrån kräva återbetalning från konkursboet (jfr 57 i 1914 och 27 § i 2009 års kommissionslag rörande kravrättens placering). Efter HD:s dom borde fordringen mot konkursboet innehas av resebyrån.

liggande *uppdraget* (instruktionerna) till fullmäktigen har bara en negativ, inskränkande effekt eller, annorlunda uttryckt, *kan bara leda till obundenhet.*

Kritik av teorin

Avtalslagens fullmaktskonstruktion har kritiserats av många, bl.a. Ussing[8], Arnholm[9], Adlercreutz[10] och Grönfors[11].

Som bl.a. Arnholm har framhållit går det bra att i enlighet med den bakomliggande fullmaktsteorin identifiera en viljeförklaring från huvudmannen till tredje man, om huvudmannen utrustar fullmäktigen med ett dokument som är avsett att visas upp för tredje man eller om huvudmannen sätter in en annons om att en person har fullmakt. Med visst besvär kan man identifiera en viljeförklaring riktad till tredje man också vid ställningsfullmakt. Men det finns ingen viljeförklaring från huvudmannen till tredje man när fullmäktigen bara har fått ett muntligt uppdrag eller ett uppdrag i ett brev som inte är avsett att visas upp för tredje man, t.ex. därför att brevet dessutom innehåller instruktioner som inte ska komma till tredje mans kännedom. Detta framgår uttryckligen av 18 §.[12] I dessa fall kan fullmäktigen naturligtvis nämna för tredje man att han har fullmakt från huvudmannen, men det kan också hända att fullmäktigen inte säger något alls om en fullmakt utan bara sluter ett avtal i huvudmannens namn, d.v.s. med angivande av att huvudmannen ska vara part i avtalet.

Att avtalslagens fullmaktsteori är tillämplig även på § 18-fullmakter har försvarats av svensken Hult, som hävdar att fullmäktigen i dessa fall får anses vidarebefordra huvudmannens fullmaktsförklaring till tredje man som ett bud. Skulle fullmäktigen överskrida sitt uppdrag, får han anses ha förvanskat meddelandet. En sådan förvanskning binder inte huvudmannen enligt 32 § andra stycket, varför det råder full harmoni mellan fullmaktsteorin, 11 § andra stycket och 32 § andra stycket.[13]

Hults förklaring är teoretiskt oantastbar, men den utgör en fiktion. *Realiteten i § 18-fallen är att huvudmannen blir bunden av vad en syssloman gör i huvudmannens namn inom det givna uppdraget.* Såvitt jag vet har ingen — efter avtalslagens upphovsmän — bestritt detta, även avseende fallen där sysslomannen inte nämner något för tredje man om ett uppdrag eller en fullmakt.

[8] TfR 1930 s. 1 ff.
[9] T.ex. Lærebok i avtalerett, 4 uppl. 1978, s. 119 ff., § 14.
[10] Avtalsrätt I, 12 uppl. 2002, avsnitt 6.8.
[11] Avtalslagen, 3 uppl. s. 98. Karlgren skriver, oväntat tolerant, att den adopterade tyska läran — med sin abstraktion av fullmakten från det bakomliggande uppdragsförhållandet — kan leda till diskutabla resultat men att därmed inte vore sagt ”att ej läran dock i stort sett innefattar ett framsteg i förhållande till äldre åskådning på området”. Se hans anmälan i SvJT 1962 s. 257 ff. på s. 258 av Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap.
[12] 18 § inleds med orden: ”Fullmakt, som grundar sig allenast å fullmaktsgivarens meddelande till fullmäktigen”; i den norska texten: ”Er fuldmagten bare meddelt gjennem en erklæring fra fuldmagtsgiveren til fuldmægtigen”.
[13] Se Civilrättsliga spörsmål, 1939, s. 1 ff.

Grunden för huvudmannens bundenhet i § 18-fallen bygger alltså inte på ett självständigt meddelande från honom till tredje man. Grunden för huvudmannens bundenhet i dessa fall är i stället, reellt sett, huvudmannens uppdrag till sysslomannen och dennes handlande i enlighet med uppdraget i huvudmannens namn, alltså med angivande av huvudmannen som avtalspart.[14] Samma grund är *alternativt tillämplig och tillräcklig* också i de fall då huvudmannen lämnat tredje man ett meddelande som är oberoende av fullmäktigens medverkan, ifall fullmäktigen handlar inom uppdragets gränser. *Endast när fullmäktigen överskrider sitt uppdrag behöver tredje man falla tillbaka på huvudmannens självständiga meddelande eller beteende.* Tvärtemot vad Obligationsrättskommittén uttalat *kan fullmäktigen inte sakna behörighet* (makt att binda tredje man) *om han har befogenhet* (uppdrag att sluta avtalet i huvudmannens namn).

Att uppdraget är den primära och tillräckliga grunden för huvudmannens omedelbara bundenhet bestyrks av följande resonemang. Om huvudmannen vore obunden, skulle sysslomannen enligt 25 § avtalslagen bli skyldig att ersätta tredje man för den skada denne lider genom att inte kunna kräva huvudmannen, varefter sysslomannen skulle ha regressrätt mot huvudmannen med stöd av uppdraget. Varken huvudmannen eller tredje man har något att vinna på en sådan rundgång.[15]

Här kan man jämföra med 60 § i den gemensamma nordiska kommissionslagen tillkommen vid samma tid och med samma upphovsmän (30 § i den svenska lagen från 2009). Vid handelskommission är det kommissionären som har rätt att kräva tredje man (utom om kommissionären handlat oredligt eller gått i konkurs). En fullgörelse från tredje man till huvudmannen sker därför till fel person och är enligt den outtalade huvudregeln inte befriande. Om kommissionären inte lider skada av att prestationen sker direkt till huvudmannen (därför att kommissionären inte har behov av en panträtt eller kvittningsrätt för en fordran mot huvudmannen) är prestationen dock befriande. Det kan förklaras med att huvudmannen är den ytterst berättigade (enligt

[14] Se även Arnholm, Lærebok i avtalerätt, 4 uppl. s. 124, § 14.4: ”Hvis man her (vid § 18-fullmakter) opererer med en erklæring fra (fullmaktsgiveren) till (fullmæktigen), er det åpenbart bare en omskrivning av det forhold at (fullmaktsgiveren) blir bundet. En omskrivning, en överflødig omskrivning og en dårlig omskrivning.”

[15] Man skulle kunna tro att konstruktionen får betydelse för resultatet om huvudmannen är insolvent. Skulle inte fullmäktigen, när huvudmannen inte har meddelat tredje man att fullmakt finns, bli ansvarig mot tredje man för hela fullgörelsen, men därefter bara få en oprioriterad fordran i huvudmannens konkurs? Nej, enligt 25 § avtalslagen är ansvaret för en *falsus procurator* begränsat till den skada tredje man lider av att inte kunna göra sitt anspråk gällande mot huvudmannen, d.v.s. fullmäktigens ansvar går inte längre än utdelningsprocenten i huvudmannens konkurs. Om rätta tillämpningen av 10 och 25 §§ skulle anses vara att fullmäktigen i huvudmannens konkurs fick bevaka bara vad han utgett till tredje man (utdelningsprocenten) för att därefter få en utdelningsprocent beräknad på denna betalning, är det ytterligare ett argument för att huvudmannen bör bli bunden direkt mot tredje man när fullmäktigen har handlat inom uppdraget.

dansk och norsk teori t.o.m. ägare av fordringen, något som lämnas till rättsvetenskapen i de svenska förarbetena), men det kan också förklaras med att det annars bara skulle bli en onödig rundgång: tredje man skulle kunna återkräva prestationen utgiven till huvudmannen med stöd av regler om condictio indebiti men vara skyldig att prestera ännu en gång, nu till kommissionären, som i sin tur hade att vidarebefordra den prestationen utan något avdrag till huvudmannen.[16]

En jämförelse kan också göras med en kommissionärs *förfogandemakt* över kommissionsvaror. Huvudregeln i den gemensamma nordiska kommissionslagen införd på 1910-talet är enligt 56 § (24 § i 2009 års svenska lag) att tredje man får en fordran bara mot kommissionären, som handlat i eget namn (alltså som part), men inte mot dennes huvudman (kommittenten). Skulle kommissionären sälja en generiskt bestämd vara, t.ex. en borrmaskin av visst märke och viss modell, får tredje man således en fordran på leverans bara mot kommissionären även om en sådan borrmaskin vara ingick i kommissionslagret. Kommissionären kan ju, utan att begå kontraktsbrott, leverera vilken sådan borrmaskin som helst — även en som han skaffar från en annan tredje man eller som redan vid avtalet var hans egen. Men om kommissionären *inom ramen för uppdraget* säljer en individuellt bestämd vara, som ingår i kommissionslagret och därmed är kommittentens (se 53 § respektive 23 § kommissionslagen), blir kommittenten *omedelbart bunden av förfogandet.* Tredje man får alltså först och främst obligationsrättsligt bättre rätt till varan än kommittenten men blir t.o.m. separatist i kommissionärens konkurs utan att traditionsprincipen behöver iakttas (i de rättssystem där traditionsprincipen gäller) eftersom förfogandet avsåg något som inte ingick i kommissionärens förmögenhet.[17] Riktigheten av att kommittenten binds och tredje man omedelbart får bättre rätt än kommittenten till den individuellt bestämda och kommittenten tillhöriga varan, om kommissionären har handlat inom sitt uppdrag, understryks av 54 § kommissionslagen. Enligt denna bestämmelse kan tredje man — utan besittningstagande och således utan stöd av de generella bestämmelserna om godtrosförvärv till lösöre — vid god tro få bättre rätt än kommittenten även om kommissionären överskred sitt uppdrag.[18]

[16] Se NJA II 1914 s. 280 ff. och 287 f. Se även mina artiklar i Juridisk Tidskrift 2012-13 s. 972, Svaret finns i lagboken, och JT 2013-14 s. 448 ff., Bis in idem, med kritik av NJA 2009 N 40.

[17] Se NJA II 1914 s. 279 och 24 § andra stycket 2009 års svenska lag. Se även SOU 1988:63 s. 141 f. och Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. 1996, s. 234 ff. I norsk litteratur har Arnholm i Privatrett II, s. 197, uttalat att tredje man blir separatist om han har betalat ”komisjonsgodset” (alltså bara vid speciesköp?). Hov vänder sig med rätta mot förklaringen att betalningen just här skulle tillmätas betydelse för separationsrätten. Hovs slutsats är emellertid att tredje man aldrig har annat än en oprioriterad fordran i kommissionärens konkurs, se Avtalerett, 3 uppl. 1993, s. 406 not 5.

[18] Att bundenhet inträder även i detta fall får nog förklaras med att kommittenten genom överlämnandet av kommissionsvarorna till kommissionären har gett denne något som liknar en ställningsfullmakt att förfoga över dem; jfr 10 § andra stycket och 11 § första stycket avtalslagen.

Någon särskild viljeförklaring från huvudmannen till tredje man anses inte nödvändig för att huvudmannen ska bli omedelbart bunden av uppdragstagarens handlande inom ramen för uppdraget; vid kommission omnämns sällan att rättshandlingen företas för annans räkning. Men tredje mans omedelbara rätt gäller bara rätten till den bestämda varan som sådan; i andra avseenden blir kommissionären som part den förpliktade, t.ex. vad gäller anspråk på prisavdrag eller skadestånd på grund av fel (mangel).

En ny lagtext

Avtalslagens bestämmelser i 10 och 11 §§ leder inte till några felaktiga eller olämpliga rättsverkningar. Men lagtexten är bakvänd, den i motiven uppgivna grunden för bundenheten strider mot 18 § och kan till fullo förklaras bara med en fiktion. *Teorin om att huvudmannens fullmaktsförklaring riktad till tredje man som enda grund för huvudmannens bundenhet bör därför överges.* För att ge den självständiga fullmaktsförklaringen sina rätta proportioner, borde andra kapitlet i avtalslagen ha *inletts* med den behörighet (makt) som direkt följer av att sysslomannen handlar inom ramen för sitt uppdrag (jfr 11 § andra stycket) och ha *kompletterats* med en bestämmelse som svarar mot 11 § första stycket. Texten skulle ha kunnat formuleras på följande sätt (med redaktionella följdändringar i andra paragrafer i lagens andra kapitel):

> 10 §. Om någon ger annan uppdrag att rättshandla i uppdragsgivarens namn, får uppdragstagaren makt (*fullmakt*) att omedelbart berättiga och förplikta uppdragsgivaren genom en rättshandling i uppdragsgivarens namn inom uppdragets gränser.
> 11 §. Om uppdragstagaren handlar utom uppdragets gränser, blir uppdragsgivaren ändå bunden, om denne genom ett av uppdragstagaren oberoende meddelande eller annat beteende har gett tredje man befogad tillit till att uppdraget omfattar rättshandlingen och tredje man inte på grund av någon särskild omständighet inser eller borde inse att uppdraget överskrids.

Den här omvända — rättvända — uppläggningen ansluter till vad som gäller i övrigt inom förmögenhetsrätten och särskilt om betalning till annan än borgenären/kreditor (den materiellt berättigade). Den gemensamma nordiska skuldebrevslagen (gældbrevsloven) innehåller ingen bestämmelse om att *betalning till borgenären alltid befriar gäldenären från sin skuld*, men så är det även om gäldenären inte hade något som helst fog för att tro att betalningsmottagaren var borgenären. Om gäldenären skulle ha glömt vem som är borgenären och ha lagt in namnen på hela jordens befolkning i en tombola och slumpen gör att han drar borgenärens namn och betalar till denne, blir betalningen befriande. Skuldebrevslagen innehåller bara bestämmelser om när *betalning till fel person* undantagsvis blir befriande. Enligt 30 § är betalning av ett enkelt skuldebrev till annan än borgenären gill (befriande) om mottagaren åberopar en skriftlig överlåtelse från borgenären, även om överlåtelsen är ogiltig, utom om gäldenären ägde kunskap om den om-

ständighet som medförde ogiltigheten eller hade skälig anledning till misstanke därom. Även ett annat självständigt meddelande från borgenären till gäldenären, t.ex. ett telefonsamtal, om överlåtelse måste rimligen ha motsvarande effekt. Här har vi således precis samma *legitimerande* regel som i 11 § första stycket avtalslagen och som här rekommenderas som en ny 11 §, till *komplettering* av en underförstådd huvudregel (jfr 11 § andra stycket) som utgår från vad som *avtalats* mellan överlåtaren och förvärvaren, oavsett om detta avtal är känt för gäldenären.[19]

Till belysning av sambandet mellan åberopande av en fullmakt och en underrättelse om förvärv av en fordran kan följande tillfogas. När Draft Common Frame of Reference, DCFR, för EU utarbetades, vann den uppfattningen en omröstning, att en betalning av en fordran till en person, *som underrättat gäldenären om att han förvärvat fordringen*, alltid befriade gäldenären från skulden om gäldenären var i god tro, även om förvärvet aldrig ägt rum eller var ogiltigt. Man tänkte sig att den som uppträdde som förvärvare normalt var ett factoringbolag och gäldenären en konsument, som borde skyddas. Vid en slutgenomgång av DCFR gjorde jag för andra gången invändningen att uppfattningen måste vara felaktig, om den påstådda förvärvaren inte kunde stödja sig på en självständig överlåtelseförklaring från borgenären. Jag jämförde med situationen att betalning erlades till någon som kom in från gatan och *felaktigt påstod sig ha fullmakt* från borgenären att ta emot betalning utan att kunna stödja påståendet på ett självständigt meddelande från borgenären; betalning till denna *falsus procurator* borde i sådant fall inte vara befriande (se beträffande nordisk rätt 11 § andra stycket och 26 § avtalslagen). Trots att grundinställningen var att inte riva upp några beslut företogs då en ny omröstning, och utgången blev den motsatta. I slutversionen av DCFR överensstämmer regeln i III. – 5:119 (3) om befriande betalning till någon, som påstår sig vara förvärvare, i sak med fullmaktsregeln i II. – 6:103 (3) om behörighet oavsett uppdrag.[20]

Den här angivna alternativa formuleringen av 10 och 11 §§ avtalslagen ansluter således inte bara till skuldebrevslagens legitimationsregler utan även till vad som vad som i engelsk rätt kallas *apparent authority*, till DCFR II. – 6:103 (3) och till vad som i anslutning till nylig svensk praxis (NJA 2013 s. 659 och 2014 s. 684) kallas eller bör kallas *tillitsgrundad fullmakt*. Tilliten ska grunda sig på ett beteende som kan hänföras till huvudmannen och är oberoende av fullmäktigen. Genom denna

[19] Jfr mitt referat vid 1990 års Nordiska juristmöte, Reformering av de nordiske aftalelove?, s. 247 ff. på s. 271 f. Även Hov utgår från fullmäktigens materiella rätt när han skriver om materiell rätt och legitimation och tecknar två koncentriska cirklar, se Avtalerett, 3 uppl. 1993, s. 347 f.

[20] DCFR skiljer liksom avtalslagen strikt mellan å ena sidan uppdraget (*mandate*) som bara angår förhållandet mellan sysslomannen och huvudmannen (kap. IV D) och å andra sidan *representation*, som gäller det externa förhållande som genom representantens handlingar skapas mellan huvudmannen och tredje man samt representanten och tredje man (II. – 6:101), där den behörighetsskapande åtgärden är en tillitsgrundande åtgärd från huvudmannen eller en lagregel (II. – 6:103). Varken i kap. IV D eller i kap. II. – 6 nämns att handlande i huvudmannens namn med stöd av uppdrag binder huvudmannen.

övergripande konstruktion — helt i linje med den s.k. tillitsteorin bakom 32 § första stycket avtalslagen — kan vi numera överge alla mer detaljerade formler om särskild ställningsfullmakt[21], toleransfullmakt, kombinationsfullmakt, adfærdselfullmakt etc.

Det ovan skrivna betyder *sammanfattningsvis* att 10 och 11 §§ avtalslagen vid lämpligt tillfälle borde skrivas om i anslutning till romersk rätt. Intill dess bör man i litteraturen förkasta avtalslagens fullmaktsteori och framhäva att det i första hand är uppdraget som ger sysslomannen makt att omedelbart berättiga och förplikta huvudmannen mot tredje man. Därutöver blir huvudmannen bunden om han skapat (legitimerat) en befogad tillit hos tredje man att sysslomannen har ett uppdrag som täcker den aktuella rättshandlingen och tredje man inte på grund av någon särskild omständighet inser eller bör ha insett att uppdraget överskrids.

Intern ratihabition

Bestämmelsen i 25 § avtalslagen om fullmäktigens ansvar mot tredje man utgår från att huvudmannen kan *ratihabera* en rättshandling som inte binder huvudmannen. Det är självklart och i överensstämmelse med den bakomliggande fullmaktsteorin att sådan ratihabition blir effektiv om den görs direkt till tredje man. Men hur ska man se på en ratihabition som huvudmannen riktar bara till sysslomannen; kan tredje man åberopa den mot huvudmannen (när han senare får kännedom om ratihabitionen), och är tredje man bunden av den vid en talan mot sysslomannen enligt 25 §? Eftersom behörighet primärt skapas genom uppdraget och det som ovan nämnts annars bara blir en rundgång, borde en ratihabition till mellanmannen berättiga tredje man i förhållande till huvudmannen och befria mellanmannen från sitt ansvar.[22]

Några andra närliggande frågor

En då och då diskuterad fråga är om en tredje man kan stödja sig på *ett tillitsgrundande beteende* från huvudmannen, vilket faktiskt existerade men *som tredje mannen aldrig iakttagit*. Som exempel kan nämnas att en fullmäktig vid överskridande av sitt uppdrag har en skriftlig fullmakt

[21] Alltså sådan som inte grundar sig på lag eller sedvänja utan på en normativ bedömning av vad som vore en lämplig omfattning av den anställdes behörighet. Jfr NJA 2002 s. 244 på s. 253 andra stycket.

[22] Se NJA 2007 s. 86, sista frågan i HD:s dom: ”Godkännandet [hos sysslomannen] får anses gälla till förmån för (tredje man)”. Någon närmare motivering gavs inte i HD:s domskäl, vilket gör att alla teoretiska förklaringar som leder till angivet resultat ryms inom prejudikatet, men åtminstone för referenten (mig) var grunden den här angivna, och det torde vara svårt att lansera någon annan passande teori. En nackdel med detta återhållna skrivsätt — som hänger samman med att handläggningen var inriktad på en helt annan prejudikatfråga — är naturligtvis att vissa grundläggande ställningstaganden passerar tämligen obemärkta. Det sista ställningstagandet hade förtjänat en mening i rubriken.

som täcker rättshandlingen men som aldrig har visats upp för tredje man.[23] Det finns inte utrymme att ta upp den frågan här.

En brist i avtalslagens fullmaktskapitel är att det inte behandlar *påbud* avgivna av en fullmäktig. Grunden för huvudmannens obundenhet när uppdraget överskridits vid en § 18-fullmakt är att tredje man får skylla sig själv; han kunde ha låtit bli att sluta avtalet med tredje man och tog därmed en risk.[24] Men om fullmäktigen t.ex. säger upp ett hyresavtal eller häver ett köpavtal kan tredje man inte hålla sig undan. Samtidigt har tredje man behov av att veta huruvida rättshandlingen gäller mot honom och binder huvudmannen. Ibland kan behovet av vetskap vara omedelbart, t.ex. om tredje man har ett anbud som strax löper ut på en ersättningsaffär. Principen bör vara att tredje man — om han är beroende av omedelbar vetskap — har rätt att avvisa ett påbud om det avges under sådana omständigheter att huvudmannen, vid efterföljande förnekande av uppdrag, inte skulle vara bunden av påbudet (jfr aktiv legitimation vid krav på betalning). Skulle omedelbar vetskap inte behövas, får tredje man förmodligen nöja sig med att kräva att behörigheten dokumenteras inom skälig tid från hans invändning, även om en frist för påbudet därmed överskrids.[25]

Om tredje man var i god tro att ett avtal band huvudmannen, fastän så inte var fallet, har det ansetts att tredje man efter vunnen kännedom om det rätta förhållandet kan *frånträda avtalet fram till dess att huvudmannen har godkänt rättshandlingen.*[26] Men eftersom tredje man var i god tro, är det osannolikt att han senare inser att behörighet saknades. Därmed får huvudmannen en möjlighet att under avsevärd tid avvakta marknadsutvecklingen och spekulera på tredje mans bekostnad. Blir utvecklingen förmånlig för huvudmannen ratihaberar han (eller tiger), blir den oförmånlig för honom påstår han obundenhet. Ifall huvudmannan har måst inse att tredje man utgår från att rättshandlingen gäller mot huvudmannen, borde denne dock i analogi med 6 § andra stycket avtalslagen sakna rätt att frånträda om han inte utan oskäligt uppehåll meddelat tredje man om att behörighet saknades.

[23] Se t.ex. Ussing i TfR 1930 s. 22 och Aftaler s. 298, Arnholm, Lærebok i avtalerett, 4 uppl., s. 137 f., § 16.III, och Adlercreutz, Avtalsrätt I avsnitt 6.9.1. Ett motsvarande problem finns när annan än ägaren med lösöre i sin besittning har överlåtit lösöret till en godtroende förvärvare utan att förvärvaren har iakttagit besittningen, se Håstad, Tjänster utan uppdrag, 1973, s. 251 f.

[24] Almén, a.a. s. 55, NJA II 1915 s. 196.

[25] Se närmare Arnholm, Lærebok i avtalerett, 4 uppl., s. 151, Håstad, Tjänster utan uppdrag, 1973, s. 265 not 7 och s. 268 f.

[26] Se Almén, a.a. s. 85 och NJA 1949 s. 352. Arnholm anser emellertid att tredje man inte kan avvisa en ratihabition, även om den kommer efter tredje mans meddelande om att han frånträder; se Lærebok i avtalerett, 4 uppl., s. 150 f. Om tredje man visste om att fullmäktigen överskred sin behörighet men ändå slöt avtalet i huvudmannens namn, får tredje man anses ha lämnat huvudmannen en skälig frist att ratihabera.