

Svensk rättspraxis: Avtals- och obligationsrätt 2005–2019

Om förmögenhetsrättsliga förpliktelsers uppkomst, innehåll och avveckling

Av justitieråden JOHNNY HERRE och SVANTE O. JOHANSSON

I SvJT har översikter över svensk rättspraxis i förmögenhetsrätt (avtals- och obligationsrätt) presenterats sedan 1937, när professorn Håkan Nial publicerade en översikt för perioden 1931–1935 (SvJT 1937 s. 471 ff., cit. Nial, SvJT 1937). Nial täckte sedan i en översikt publicerad 1942 perioden 1936–1940 (SvJT 1942 s. 211 ff., cit. Nial, SvJT 1942). Härfter behandlade professorn Knut Rodhe vid fem skilda tillfällen perioden 1941–1977: SvJT 1946 s. 26 ff. (1941–1944), SvJT 1951 s. 581 ff. (1945–1949), SvJT 1961 s. 245 ff. (1950–1959), SvJT 1968 s. 177 ff. (1960–1965) samt SvJT 1979 s. 577 (1966–1977) (cit. Rodhe, SvJT 1946, SvJT 1951, SvJT 1961, SvJT 1968 respektive SvJT 1979). Åren 1978–2004 behandlades av Johnny Herre (SvJT 2005 s. 549 ff., cit. Herre, SvJT 2005).

Den nu föreliggande översikten behandlar rättsfall från åren 2005–2019. Ibland har det bedömts nödvändigt att också behandla tidigare avgöranden för att sätta in aktuella avgöranden i sitt sammanhang. Omfattningen av materialet har medfört att hänvisningarna till rättslig doktrin i vilken avgörandena eller problemställningarna närmare berörs eller belyses har begränsats och i de flesta fall helt uteslutits.

Arbetet har fördelats så, att Svante O. Johansson har författat kapitlet om förpliktelsers uppkomst (kapitel 1) och därmed avgöranden som rör avtals ingående, handlande för annans räkning, tredjemansavtal och liknande, mottagande av prestation som uppkomst av en förpliktelse, gåva och liknande, avtals ogiltighet och tolkning av avtal.

Johnny Herre har författat kapitlen om förpliktelseernas innehåll (kap. 2), underlåten uppfyllelse (kap. 3), påföljder (kap. 4) och förpliktelseernas förändringar och upphörande (kap. 5). Den av oss som inte författat ett avsnitt har dock granskat vad som anförts av den andre författaren och vi ansvarar därför gemensamt för den redovisning som ges.

Eftersom vi båda är aktiva justitieråd i Högsta domstolen har vi strävat efter att beskriva vad domstolen faktiskt kommit fram till i de olika avgörandena. Vi har därför i princip avhållit oss från att uttala oss om vilka mer generella slutsatser som kan dras av avgörandena för andra situationer och från kritik när man i och för sig skulle kunna ha tänkt sig att HD borde ha valt en annan väg.

Innehållsförteckning

1. Förpliktelsers uppkomst	828
1.1 Inledning	828
1.2 Avtals ingående	828
1.2.1 Bindande rättshandling	828
1.2.1.1 Avtalsbundenhet vid formalavtal	828
1.2.1.2 Avtalsbundenhet genom realhandlande	830
1.2.2 Passivitet, konkludent handlande och re integra-regeln	830
1.2.2.1 Passivitet	830
1.2.2.2 Konkludent handlande	832
1.2.2.3 Re integra-regeln	832
1.2.3 Avtalat formkrav	834
1.3 Handlande för annans räkning	834
1.3.1 Från tolerans- och kombinationsfullmakt till tillitsfullmakt	834
1.3.2 Fullmäktiges behörighet	835
1.3.3 Fullmaktens upphörande	837
1.3.4 Osäkerhet om vem som är avtalspart	838
1.3.5 Kommission, handelsagentur, återförsäljning m.m.	839
1.4 Tredjemansavtal och liknande frågor	841
1.5 Mottagande av prestation som grund för uppkomst av en förpliktelse	842
1.5.1 Återgång av prestation som skett i tro att en förpliktelse förelåg eller som annars skett av misstag (condictio indebiti)	842
1.5.2 Obehörig vinst	846
1.6 Gåva eller liknande utfästelser som grund för fordran	848
1.7 Bevisbördan för fordrans uppkomst m.m.	850
1.8 Avtals ogiltighet	853
1.8.1 Ocker	853
1.8.2 Förklaringsmisstag	854
1.8.3 Oskäligen avtalsvillkor	854
1.8.3.1 Friskrivningsklausuler	854
1.8.3.2 Internetauktion	859
1.8.3.3 Kollektivavtal	859
1.8.3.4 Abonnemangsavtal	860
1.9 Tolkning av avtal	861
1.9.1 Inledning	861
1.9.1.1 Subjektiva och objektiva moment	861
1.9.1.2 En tolkningsmetod med beaktande av avtalets särart	862
1.9.1.3 Inkorporering av standardvillkor m.m.	863
1.9.1.4 Tolkning, utfyllnad och korrigerering	864
1.9.2 Faktiska omständigheter i samband med avtalsslutet	865
1.9.3 Parternas gemensamma vilja	866
1.9.4 Objektivt inriktad tolkning	868

1.9.4.1	Språklig utformning av avtalet	868
1.9.4.1.1	Ordalydelsen	868
1.9.4.1.2	Ordalydelsen sätter en gräns för tolkningen	869
1.9.4.1.3	Motstridiga avtal	871
1.9.4.1.4	Betydelsen av rättslig kvalificering	872
1.9.4.2	Ändamål och syfte med avtalet	873
1.9.4.3	Avtalets systematisk	878
1.9.4.4	Bakgrundrätten som supplerande faktor	880
1.9.4.4.1	Inledning	880
1.9.4.4.2	Dispositiv rätt	881
1.9.4.4.3	Branschpraxis	883
1.9.4.5	Det affärsmässiga sammanhanget	884
1.9.4.6	Förarbeten till standardavtal	884
1.9.4.7	Tolkningsresultatets rimlighet	886
1.9.5	Prioriteringsregler	887
1.9.5.1	Inledning	887
1.9.5.2	Preciserade uppgifter går före generella uppgifter	887
1.9.5.3	Individuellt förhandlade villkor går före villkor av standardkaraktär	888
1.9.5.4	Betydelseregeln	889
1.9.6	Oklarhetsregeln	889
2.	Förpliktelseernas innehåll	890
2.1	Hur bestäms förpliktelseernas innehåll	890
2.1.1	Konsumentavtal och andra avtal	890
2.1.2	Finansiell rådgivning och försäkringsrådgivning	892
2.2	Vad ska presteras?	894
2.2.1	Gränsen mellan fast och lös egendom	894
2.3	Vilken kvantitet och kvalitet skall presteras?	895
2.3.1	Metoder för kvantitetsbestämning	895
2.3.2	Mäklares rätt till provision	897
2.3.3	Kvantiteten har lämnats obestämd	899
2.3.4	Kvalitet som ska presteras	900
2.3.5	Felbedömningen	902
2.3.5.1	Avvikelse från vad som avtalats	903
2.3.5.2	Avvikelse från köparens befogade förväntningar	904
2.3.5.3	Rådighetsfel och rättsligt fel	908
2.3.5.4	Undersökning före köpet vid köp av lös egendom	909
2.3.5.5	Beviskrav och bevisbörda för felets eller skadans orsak	910
2.3.5.6	Verkan av friskrivningsklausuler	912
2.4	När ska prestation ske?	914
2.5	Till vem skall prestation ske (representation, anvisning, deposition, cession, rätt mottagare och legitimerad mottagare)	915
2.5.1	Samäganderätt	915

2.5.2 Dold samäganderätt	919
2.5.3 Nedsättning av pengar hos myndighet	920
2.5.4 Cession	921
2.5.5 Betalning med befriande verkan	923
2.6 Vem ska prestera?	924
2.7 Gälldenären har flera förpliktelser gentemot samma borgenär	928
2.8 Förpliktelser i borgens- och borgensliknande situationer	930
2.9 Riskövergång	932
2.10 Avkastnings-, inkomst- och kostnadsfördelning mellan parterna	932
2.11 Verkan av personväxling på borgenärs- eller gälldenärssidan (inklusive negotiabilitet)	934
2.12 Bundenhet i långvariga avtal, rätt att säga upp avtalet och rätt till avgångsvederlag	938
3. Underlåten uppfyllelse	941
3.1 Reklamation och andra meddelanden såsom villkor för rätt att åberopa underlåten uppfyllelse	941
4. Påföljder	951
4.1 Rätt att hålla inne egen prestation	951
4.1.1 Retentionsrätt	951
4.1.2 Detentionsrätt	952
4.2 Naturaluppfyllelse (fullgörelse, avhjälpande, omleverans)	953
4.3 Rätt att häva ett avtal	957
4.3.1 Hävning av fastighetsköp	957
4.3.2 Hävningsliknande påföljder	957
4.3.3 Hävningsförklaringen	957
4.3.4 Verkan av återtagandeförbehåll	958
4.3.5 Rätt att kräva restitution efter hävning m.m.	959
4.3.6 Särskilt om förtida uppsägning	963
4.4 Prisavdrag	964
4.4.1 Förutsättningar för prisavdrag	965
4.4.2 Prisavdragets beräkning	965
4.4.3 Särskilt om nedsättning av hyra	965
4.5 Skadestånd	968
4.5.1 Förutsättningar för skadeståndsskyldighet	968
4.5.1.1 Vårdslöshet/oaktsamhet/culpa	968
4.5.1.2 Strikt ansvar	972
4.5.1.3 Ansvar för kontraktsmedhjälpare	972
4.5.1.4 Informationsansvar	973
4.5.1.5 Formalavtal och skadeståndsskyldighet	975
4.5.1.5 Gränsen mellan kontraktuellt och utomkontraktuellt ansvar	978
4.5.1.6 Direktkrav i kontraktskedjor – avtalskrav och utomobligatoriska krav	983

4.5.1.7 Det allmännas kontraktsansvar eller kontraktsliknande ansvar	992
4.5.1.8 Produktansvar	992
4.5.1.9 Konkurrerande skadeorsaker	993
4.5.1.10 Fastställelse av att skadeståndsskyldighet föreligger	994
4.5.2 Skadeståndets beräkning	996
4.5.2.1 Adekvat kausalitet	996
4.5.2.2 Medvållande	996
4.5.2.3 Skadebegränsningsskyldighet	999
4.5.2.4 Ersättning för s.k. fritidsförluster	1000
4.5.2.5 Avtalade viten	1001
4.5.2.6 Relationen mellan allmänna skadeståndsrättsliga regler och särlagstiftning	1002
4.5.2.7 Skadeståndsberäkning vid brott mot lagen om offentlig upphandling	1005
4.5.2.8 Skadeståndsberäkning vid ren förmögenhetsskada	1009
4.5.2.9 Ersättning för skada vid obehörigt nyttjande av något som har skydd	1010
4.5.2.10 Uppskattning av skadan till skäligt belopp (35 kap. 5 § RB)	1011
4.5.2.11 Särskilt om skadeståndsberäkning när en emissionsgaranti inte har fullgjorts	1013
4.5.2.12 Ersättning för rörelseskada	1014
4.5.2.13 Jämkning av skadeståndet	1018
4.6 Skälig ersättning för nyttjande	1019
4.6.1 Hyresfall	1019
4.6.2 Nyttjande i familjerättsliga sammanhang	1020
4.6.3 Upphovsrättslagsfall	1022
4.6.4 Skälig ersättning - Avkodningsutrustning	1024
4.7 Utbytesersättning	1026
4.7.1 Avkastningsränta	1026
4.8 Dröjsmålsränta	1030
4.9 Mot vem kan påföljder riktas	1035
5. Förpliktelseernas förändringar och upphörande	1038
5.1 Preskription	1038
5.1.1 Preskription enligt preskriptionslagen	1038
5.1.1.1 Vilka anspråk träffas?	1038
5.1.1.2 Tid när preskriptionsfristen inleds	1040
5.1.1.3 Preskriptionsavbrott	1042
5.3.2 Specialpreskription	1043
5.3.2.1 Förhållandet mellan preskriptionslagens regler och specialpreskriptionsregler	1043
5.3.2.2 Preskription och försäkring	1046
5.3.2.3 Preskription i jordabalksfall	1047

5.3.2.4 Preskription enligt skattepreskriptionslagen	1048
5.3.2.5 Specialpreskription övriga fall	1049
5.3.3 Preskriptionsavbrott	1050
5.3.4 Verkan av preskription	1053
5.3.5 Preklusion	1054
5.4 Förändring och upphörande av en förpliktelse genom en åtgärd som vidtas av gäldenären	1056
5.5 Skuldsanering som förändring av skuld	1060
5.6 Övergång till annan	1062
5.6.1 Inledning	1062
5.6.2 Avtal om hembud och förköpsrätt avseende fast egendom	1062
5.6.3 Överlåtelseförbud beträffande fast egendom	1065
5.6.4 Överlåtelseförbud och andra förfogandebegränsningar avseende lös egendom	1070

1 Förpliktelsers uppkomst

1.1 Inledning

Innehållet i och avvecklingen av ett skuldförhållande behandlas i obligationsrätten. Skuldförhållandet uppkommer ofta genom rättshandlingar i form av löften till en motpart, såväl ensidiga som ömsesidiga och löften till förmån för tredje man. Detta behandlas inom avtalsrätten. Ett skuldförhållande kan också uppkomma genom en skadeståndsgrundande handling (vilket behandlas inom skadeståndsrätten), inbegripet även gemensamt haveri (vilket behandlas inom sjö-rätten). Skuldförhållandet kan också uppkomma på annan särskild grund. Hit kan räknas grannelagsförhållanden, tjänster utan uppdrag (*negotiorum gestio*) inklusive bärgar- och hittelön, obehörig vinst och betalning utan rättsgrund (*conditio indebiti*).

I detta kapitel behandlas de avgöranden från HD som meddelats under den här behandlade perioden rörande uppkomsten av förpliktelser genom löften och på annan särskild grund.

1.2 Avtals ingående

1.2.1 Bindande rättshandling

1.2.1.1 Avtalsbundenhet vid formalavtal

Vid köp av fast egendom är en utfästelse om att i framtiden köpa eller sälja en fastighet enligt fast rättspraxis inte bindande (se "Överförmyndaren" NJA 2012 s. 1095 med hänvisning bl.a. till NJA 1923 s. 316, NJA 1929 s. 225, NJA 1932 s. 290. se Nial, SvJT 1937, s. 479, NJA 1940 s. 112, NJA 1941 s. 689, NJA 1947 s. 220 och NJA 2000 s. 747 I och II, se Herre, SvJT 2005, s. 556). Det huvudsakliga skälet för bindingsordningen är — enligt vad HD framhöll i NJA 2000 s. 747 I och II — att den sist undertecknande parten inte ska kunna utnyttja en oklarhet, när det gäller om ett avtal har ingåtts eller inte. Spekulation på motpartens bekostnad ska således inte tillåtas.

I "Överförmyndaren" NJA 2012 s. 1095 uppstod en tvist mellan ett bolag och ett dödsbo om gränsen mellan deras fastigheter. Parterna träffade ett skriftligt förlikningsavtal som bl.a. innebar att de skulle byta viss mark. I och för markbytet bildades en fastighet som bolaget överlät till dödsboet. Bolagets ställföreträdare skrev under fullföljdshandlingen och sände den till dödsboet. Handlingen undertecknades av dödsbodelägarna, varav en var underårig, samt den underåriges förmyndare och gavs in till överförmyndaren för godkännande. Överförmyndaren tecknade sitt godkännande på handlingen och skickade den därefter tillbaka till dödsboet. En kopia behölls hos överförmyndaren. Bolaget sålde senare fastigheten till en ställföreträdare för bolaget, vilken beviljades lagfart.

Dödsboet gjorde i HD gällande bättre rätt till fastigheten. Det hävdade i första hand att ett bindande överlåtelseavtal uppkom redan genom förlikningsavtalet. Fullföljdshandlingen skulle vara att betrakta

som ett köpebrev eller sådan annan ytterligare köpehandling som regleras i jordabalken. I andra hand gjorde dödsboet gällande att ett bindande avtal hade träffats genom att fullföljdshandlingen undertecknades av båda parter och fanns tillgänglig hos överförmyndaren.

Enligt NJA 2000 s. 747 I och NJA 2000 s. 747 II är det tillräckligt för avtalsbundenhet att den underskrivna köpehandlingen har lämnats till någon annan i förhållande till den sist undertecknande parten fristående person, hos vilken den först undertecknande parten kan inhämta upplysning om att köpet är avslutat. HD vidareutvecklade i "Överförmyndaren" NJA 2012 s. 1095 dessa uttalanden (se även avsnitt 4.2 och 4.5.1).

Mot bakgrund av ett resonemang om parternas olika skyddsintressen kom HD fram till att överlämnande av en av båda parter undertecknad köpehandling avseende fast egendom till en utomstående kan leda till avtalsbundenhet endast om tre förutsättningar är uppfyllda.

1. Den mottagande personen får inte beträffande köpehandlingen stå under den sist undertecknande partens instruktionsmakt; exempelvis får han eller hon inte vara skyldig att återlämna handlingen till denne.
2. Det bör av parternas avtal eller omständigheterna vid avtalsingåendet framgå för den först undertecknande parten att handlingen efter motpartens underskrift kommer eller kan komma att ges ut genom att lämnas till den fristående personen.
3. Det bör krävas att personen har en skyldighet att tillhandahålla handlingen så att den först undertecknande parten ensidigt kan vidta rättsliga dispositioner med stöd av avtalet, exempelvis genom att få till stånd en inskrivning av överlåtelsen.

När köpehandlingar undertecknas successivt, för att lämnas till någon utomstående, kan följande avtalsbindningsmönster iakttas. Den som har fått parternas gemensamma uppdrag att ta emot den undertecknade handlingen och ombesörja lagfart uppfyller de angivna kraven. Bundenhet uppkommer också alltid genom att den sist undertecknande parten ger ut handlingen till motparten eller till en person som har behörighet att med bindande verkan för denne ta emot handlingen, typiskt sett partens ombud. Vidare uppkommer bundenhet när den av båda parter underskrivna handlingen lämnas till en sådan mäklare som omfattas av fastighetsmäklarlagen (2011:666). Med hänsyn till fastighetsköpets särskilda natur måste bundenhet vidare antas uppkomma när den ges in till inskrivningsmyndigheten i ett inskrivningsärende eller — i fråga om överlåtelse av ett markområde — till fastighetsbildningsmyndigheten för fastighetsbildning. Det räcker däremot inte att den undertecknade köpehandlingen har lämnats till den sist undertecknande partens advokat (om nu han eller hon inte också skulle vara ombud).

I det enskilda fallet kom HD fram till att den funktion som en överförmyndare har vid en fastighetsöverlåtelse i vilken en underårig är

part medför att överförmyndaren inte kan anses vara en sådan fristående person som avses genom uppställandet av de angivna kraven. Det var alltså inte tillräckligt att fullföljdshandlingen med förbundenhet erforderliga underskrifter fanns hos överförmyndaren. Inte heller uppkom avtalsbundenhet genom att överförmyndaren lämnade originalet till företrädare för dödsboet.

1.2.1.2 Avtalsbundenhet genom realhandlande

I NJA 2011 s. 600 (se även avsnitt 1.9.1.3, 4.1.2 och 4.5.1) hade en patient genomgått en tandvårdsbehandling som blev misslyckad. Parterna var eniga om att behandlingen behövde göras om. Den offentliga vårdgivaren hade därför remitterat patienten till en specialisttandläkare. Vårdgivaren krävde att patienten först skulle betala hela beloppet för den ursprungliga behandlingen med hänvisning till sina allmänna villkor. Det gjordes i detta sammanhang gällande att patienten genom att vända sig till kliniken och erhålla tandvårdsbehandling blivit bunden av vårdgivarens allmänna villkor. Av dessa framgick att patienten skulle erlägga betalning under behandlingens gång, att en tvåårsgaranti gäller för tandbroar och att ”omgörning under garantitiden sker utan kostnad upp till betalt belopp”.

HD berörde detta påstående genom att konstatera att vissa typer av avtal ingås redan genom konsumentens faktiska handlande, s.k. realavtal. Det kan i dessa fall inte krävas att konsumenten senast vid avtalsingåendet får ett dokument som innehåller standardvillkoren. Däremot krävs att näringsidkaren vidtagit skäligen åtgärder för att uppmärksamma konsumenten på villkoren eller att konsumenten annars haft anledning att vara medveten om villkoren (se t.ex. NJA 1973 s. 674, se Rodhe, SvJT 1979 s. 588 och NJA 1981 s. 323, se Herre SvJT 2005, s. 557 och 628). Så var inte fallet här och patienten var därför inte bunden genom sitt realhandlande. Frågan om inkorporering av de allmänna villkoren på annat sätt behandlas i avsnitt 1.9.1.3.

1.2.2 Passivitet, konkludent handlande och re integra-regeln

1.2.2.1 Passivitet

Vid tillkomsten av avtalslagen ansågs det inte möjligt att uttömmande reglera vilken verkan passivitet skulle ha vid ingående av avtal. Lagstiftaren menade att det inte heller var meningsfullt att i avtalslagen införa en allmänt hållen, generell bestämmelse i ämnet. Utöver de bestämmelser som fanns i andra lagar kom därför endast vissa situationer att regleras, medan frågan om verkan av passivitet i övrigt lämnades till rättstillämpningen. Ett antal frågor, utöver de som finns i lagstiftningen, har sedan behandlats i rättstillämpningen. Frågor om passivitet dyker därför emellanåt upp i våra domstolar.

Passivitetsreglerna kan delas in i processuella bevisbörderegler och materiella regler. De förra har betydelse endast när det inte kan klarläggas vad som inträffat. I dessa fall behöver passiviteten inte åberopas utan ges vid bevisvärderingen effekt *ex officio*. De materiella reglerna gör passiviteten till ett rättsfaktum, som leder till avtalslut, när avtal annars inte förelåg, eller till ändring eller tillägg till ett avtals innehåll. Passivitet i denna mening är att betrakta som rättsfaktum och måste åberopas.

I NJA 2006 s. 638 hade ett bolag och ett landsting förhandlat och var överens om att läkarvårdsersättning skulle utgå för en person. Parterna fortsatte dock förhandlingarna för att slutreglera förhållandet. Ett möte hölls mellan parterna i december 2000 och ett brev sändes därefter från landstinget till bolaget. Brevet innehöll upplysningar om att de omtvistade siffrorna som sådana syntes väl underbyggda och genomgångna. Vidare ombads partens ombud att upprätta ett avtalsförslag. Ombudet sände därefter via mejl över ett dokument benämnt ”Slutlig överenskommelse”, ”för underskrift”. Dokumentet återkom aldrig men vissa utbetalningar skedde. Landstinget stämde då med krav på att det skulle utge ersättning enligt det översända dokumentet.

Det var ostridigt att parterna förhandlat med varandra om uteblivna arvoden, bl.a. vid mötet i december 2000. Av den som slutlig överenskommelse betecknade handlingen framgick enligt HD inte direkt att den utgjorde en bekräftelse av ett vid decembermötet ingånget avtal. Av orden i det kortfattade mejlet om att överenskommelsen översändes ”för underskrift”, följde emellertid enligt HD att dokumentet innehöll en bekräftelse av ett påstått avtal. Landstinget hörde inte av sig utan oskäligt uppehåll. Under sådana förhållanden ska landstinget anses ha ingått ett avtal med det innehåll som den översända handlingen har, om landstinget inte kan visa att sådant avtal inte ingåtts. Detta lyckades inte landstinget bevisa. Landstingets passivitet och bevisbördereglerna medförde således att det var bundet av den slutliga överenskommelsen.

Den rättsregel som HD tillämpade i fallet kan — enligt vad som förstås av justitierådet Håstads tillägg för egen del — antas vara en analog tillämpning av 21 § lagen (1991:351) om handelsagentur. I paragrafen anges att en tredje man som i egenskap av näringsidkare mottar ett anbud eller avtalsförslag, om han eller hon anser att avtalet eller anbudet är oriktigt återgivet, måste meddela huvudmannen detta utan oskäligt uppehåll. Gör tredje man inte det, och kan han eller hon inte heller visa att meddelandet var oriktigt, anses avtal ingånget med det innehåll som meddelandet från huvudmannen utvisar. HD upprätthåller i fallet restriktionen från agentlagen, att en passiv tredje man har rätt att styrka att en bekräftelses innehåll var felaktigt. Mot denna bakgrund får man anta att reglerna i 21 § lagen om handelsagentur enligt HD möjligen är att betrakta som ett uttryck för en allmän rättsgrundsats. En motsvarande omkastning av bevisbördan har även tillämpats utan att det varit fråga om ett mellanmansförhållande (se NJA 1930 s. 131).

Principen är emellertid begränsad till kommersiella förhållanden. Om en privatperson inte reklamerar mot en bekräftelse utan oskäligt uppehåll, medför inte det att privatpersonen utan vidare får bördan att bevisa att bekräftelsen var felaktig (se NJA 1962 s. 270, se Rohde, SvJT 1968 s. 183).

Passivitet kan i undantagsfall också leda till att innebörden av ett avtals innehåll klarläggs. Detta behandlas i avsnitt 1.9 om avtalstolkning.

1.2.2.2 Konkludent handlande

Frågan om ett avtal har ingåtts genom konkludent handlande uppkommer i olika situationer. En inte ovanlig situation är att en hyresgäst, sedan hyresförhållandet förklarats ha upphört, i verkställighetsärendet gör invändning om att ett nytt hyresförhållande uppkommit. Avhysning kan då ske endast om invändningen kan lämnas utan avseende (se 3 kap. 21 § UB). I NJA 2008 s. 910 aktualiserades åter ett sådant fall. Här hävdade hyrestagaren att hyresvärdens underlåtenhet att i rätt tid ansöka om verkställighet hade lett till att ett nytt hyresförhållande uppkommit och hon hade väckt talan vid tingsrätt med yrkande om fastställelse att så var fallet.

HD anförde i 2008 års fall, med hänvisning till NJA 1981 s. 409, att det av allmänna avtalsrättsliga principer följer att när hyresvärden fortsätter att ta emot hyra sedan ett hyresförhållande har upphört och under en längre tid underlåter att ansöka om avhysning, kan ett nytt hyresförhållande uppkomma. Att ett nytt avtal i en sådan situation ska anses slutet konkludent ansågs särskilt närliggande i hyresförhållanden. Sociala olägenheter kan då enligt HD uppstå för hyresgästen om frågan om verkställighetens genomförande hålls svävande under lång tid och hyresgästen blir beroende av hyresvärdens välvilja. Har hyresvärden dröjt med att begära verkställighet en längre tid och mottagit hyra för den tiden, innebär det normalt att motparten godtagits som hyresgäst igen.

I det aktuella fallet hade det gått mer än sex månader efter det att beslutet om att hyresförhållandet upphört till dess hyresvärden ansökte om verkställighet. Vidare hade det tagit närmare fyra månader från beslutet om upphörande innan hyresvärden påpekade att de ansåg att hyresbetalningen togs emot som eventuellt skadestånd. Med hänsyn härtill och till hyresgästens fastställsetalan kunde invändningen om nytt hyresförhållande inte lämnas utan avseende i verkställighetsärendet.

1.2.2.3 Re integra-regeln

Rättsfallet NJA 2016 s. 1195 handlar om avtalsbundenhet vid en internetauktion. HD fick här anledning att pröva *re integra*-regeln (se 39 § andra stycket AvtL). Det faktiska omständigheterna var följande.

En person lade ut en annons om försäljning av ett butiksskåp genom Facebookgruppen Köp & Sälj Piteå. Av annonsen framgick att skåpet

skulle säljas till högstbjudande samt att budgivningen började på 300 kr. I anslutning till annonsen, i den s.k. tråden, lämnades ett antal bud och skrevs ett flertal kommentarer. En av medlemmarna frågade om vid vilken tid som budgivningen skulle avslutas, varpå säljaren svarade att sluttiden var den 5 oktober kl. 15.00. När hon senare fick samma fråga av en annan medlem svarade hon av misstag att sluttiden var nämnda dag kl. 16.00. Den 5 oktober kl. 15.00 lämnade en person ett bud i auktionstråden om 1 200 kr, vilket var det dittills högsta budet. Strax därefter gjorde budgivaren ett inlägg i tråden att hon hade vunnit budgivningen. I ett privat mejl kl. 15.07 till säljaren skrev budgivaren att hon vunnit budgivningen och frågade om hon kunde hämta skåpet följande dag. I ett bekräftelsemejl kl. 15.10 meddelade säljaren att det gick bra att hämta skåpet hos henne den dagen.

I ett nytt privat mejl till budgivaren kl. 15.33 upplyste säljaren om misstaget beträffande den sista tidpunkten för budgivningen. Hon hade blivit kontaktad av andra spekulanter som påpekat att sluttiden hade ändrats till kl. 16.00. Säljaren lät budgivningen fortsätta till kl. 16.00 och sålde skåpet till den person som då hade lämnat det högsta budet i auktionstråden, 4 700 kr. Budgivaren krävde skadestånd. En första fråga var om bindande avtal hade uppkommit. Om så var fallet gjordes gällande om avtalet kunde lämnas utan avseende på annan grund (se om detta i avsnitt 1.8.2).

HD konstaterar först att avtal vid s.k. slagauktion i allmänhet ingås vid klubblaget som en bekräftande accept. När det gäller nätauktioner som avslutas vid en angiven tidpunkt, bör dessa enligt HD som huvudregel ges innebörden att klockslaget har samma funktion som ett klubbslag i förhållande till det högsta budet. När klockslaget passerats föreligger ett avtal, om inte auktionsvillkoren eller andra omständigheter medför en annan bedömning. Frågan var då om accepten kunde återkallas.

Bedömningen tar enligt huvudregeln i *re integra*-regeln (39 § AvtL) sikte på den tidpunkt då rättshandlingen kom till mottagarens kännedom. Om särskilda omständigheter föranleder det, kan dock hänsyn tas också till insikt som mottagaren haft eller borde ha haft efter den angivna tidpunkten men innan rättshandlingen har inverkat bestämmande på hans eller hennes handlingsätt. Denna huvudregel samspekar med 7 § om att ett anbud eller accept som återkallas inte är gällande där återkallelsen kommer mottagaren till handa innan han eller hon tagit del av anbudet eller accepten, eller samtidigt därmed. En återkallelse kan alltså under vissa förhållanden godtas sedan en accept nått mottagaren. HD lyfter även fram en annan regel i sammanhanget, nämligen 32 § AvtL som behandlar s.k. förklaringsmisstag. Där anges att den som avgett en viljeförklaring, vilken till följd av felskrivning eller annat misstag på hans eller hennes sida fått ett annat innehåll än som åsyftats, inte är bunden av viljeförklaringens innehåll, om mottagaren insåg eller bort inse misstaget.

I detta fall fann HD att avtal hade uppkommit redan genom bekräftelsemejlet, även om säljaren inte avsiktligt flyttat fram sluttiden för auktionen. När det mejlet skickades förelåg inget förklaringsmisstag från säljarens sida. Inte heller hade säljaren rätt att återkalla accepten som förelåg genom att sluttiden kl. 15.00 passerats. Med hänsyn till att det var fråga om ett auktionsförfarande tedde det sig inte obilligt mot säljaren att hon skulle vara bunden av accepten. Avtal hade således träffats genom att sluttiden kl. 15.00 passerats.

Genom att avtalet inte fullföljts hade säljaren utan grund hävt det. Skadestånd dömdes ut motsvarande skillnaden mellan priset enligt köpet och varans gängse pris (se 69 § KöpL). Gängse pris ansåg HD vara det belopp som säljaren slutligen kom att acceptera.

1.2.3 Avtalat formkrav

Parter i ett långvarigt avtal kan ha intresse av att avtalet inte förändras genom att tillämpningen av det förändras. De kan därför avtala om att ändringar ska ske skriftligen. Parterna kan också komma överens om att avvika från ett avtalat formkrav för ändringar.

I det i avsnitt 5.4 berörda NJA 2015 s. 186 var det var fråga om ett lägenhetsarrende i form av hyra av tio parkeringsplatser. Av villkoren framgick att uppsägning skulle ske skriftligen minst tre månader före avtalstidens utgång och att avtalet förlängdes med tre månader om det inte sades upp i rätt tid. Hyresgästen hade inte mottagit några hyresavier efter första kvartalet 2007 och hade vid den tidpunkten slutat att använda parkeringsplatserna. Trots det krävde hyresvärden ersättning för hyra under perioden den 1 april 2007–30 juni 2010. För lägenhetsarrenden gäller 8 kap. jordabalken. Av 8 § följer att en uppsägning ska vara skriftlig, om inte skriftligt erkännande av uppsägningen lämnas. Någon sådan hade inte skett. Frågan i målet var om arrendeavtalet kunde sägas upp genom konkludent handlande.

HD uttalade här allmänt om avtalad skriftform att det i princip inte finns något hinder mot att parter muntligen enas om att frånfalla ett avtalat skriftkrav eller muntligen avtalar om något som fordrar skriftlighet. Vidare bör gälla att om båda parter har inrättat sig efter en ordning som avviker från vad som har avtalats, så bör i regel detta leda till att en bindande konkludent överenskommelse föreligger trots att skriftkravet inte har efterlevts.

1.3 Handlande för annans räkning

1.3.1 Från tolerans- och kombinationsfullmakt till tillitsfullmakt

I den juridiska litteraturen har olika benämningar använts för skilda fullmaktstyper. De vanligaste benämningarna har varit ställningsfullmakt, toleransfullmakt och kombinationsfullmakt. Ställningsfullmakten sägs i 10 § andra stycket AvtL grunda sig på mellanmannens ställning och sedvänjan är här avgörande. Vid toleransfullmakt grundar sig behörigheten på en viss ställning tillsammans med att

huvudmannen tyst har accepterat (tolererat) mellanmannens åtgärder. Det är emellertid inte vanligt att enbart huvudmannens passivitet medför att mellanmannens handlande bundit huvudmannen. I stället kan man i rättspraxis se att det varit en kombination av fakta som tillsammans med en persons ställning medför att denne anses behörig att rättshandla för annan. Det är då inte fråga om en ställningsfullmakt grundad på sedvänja. En sådan fullmakt grundad på en kombination av omständigheter har kommit att benämnas kombinationsfullmakt.

HD etablerade under de närmaste åren efter millenieskiftet en fullmaktsform med rötter i ställningsfullmakten som innebar att bundenhet uppkommer om förhållandena är sådana att det finns fog för att de väckt förtroende hos tredje man att mellanmannen har fullmakt. I flera rättsfall prövade HD först om fullmakt kunde föreligga genom sedvänja, och då sådan behörighet inte förelåg gick domstolen vidare för att pröva huruvida bundenhet i stället uppkommit genom att handlandet väckt sådant förtroende. Exempel på det sagda finner man i rättsfallen NJA 2001 s. 191 I och NJA 2001 s. 191 II samt NJA 2002 s. 244 (se Herre, SvJT 2005 s. 571, 693 och 718). Av dessa framgår att tredje man kan förlita sig på de intryck han eller hon får av huvudmannens verksamhet utan att behöva undersöka om huvudmannen meddelat interna instruktioner som inskränker fullmäktigens befogenhet. Endast då det finns anledning för tredje man att känna ”beaktansvärd osäkerhet” behöver tredje man undersöka fullmaktsförhållandena närmare.

Genom de två rättsfallen NJA 2013 s. 659 och NJA 2014 s. 684 har HD övergivit dessa traditionella benämningar och skapat två huvudtyper av fullmakter; sådana som är grundade på huvudmannens vilja och sådana som är grundade på den tredje mannens (eller mellanmannens) befogade tillit, s.k. tillitsfullmakt. Dessa huvudtyper åtskiljs efter rekvisit som inte sammanfaller med den vanliga uppdelningen i ställningsfullmakt, toleransfullmakt och kombinationsfullmakt. Den nya tillitsfullmakten synes i princip konsumera de tidigare varianterna med tolerans- och kombinationsfullmakt.

1.3.2 Fullmäktiges behörighet

En tvist mellan researrangören Apollo och dess turkiska agentbolag kom upp till prövning i NJA 2013 s. 659. Bolaget utförde olika tjänster för Apollos räkning och förhållandena parterna emellan reglerades genom ett tillsvidareavtal. I samband med ett ägarbyte i Apollo ersattes tillsvidareavtalet av ett nytt avtal som sträckte sig över tre år. Det nya avtalet ingicks för Apollos räkning av en person anställd som VD i ett av Apollos dotterbolag. I tvisten gjorde Apollo gällande att VD:n saknat behörighet och befogenhet att ingå avtalet för Apollos räkning. Agentbolaget invände att han haft ställningsfullmakt, toleransfullmakt eller kombinationsfullmakt.

Efter att ha gått igenom olika traditionella fullmaktsförhållanden anförde HD att den som skapar en befogad tillit hos någon annan om att han eller hon företräds av en behörig person i en viss avtalssituation kan bli bunden av den personens handlande. Detta säger HD är en princip som gäller även i andra rättssystem och som avspeglas i olika internationella rättssammanställningar. Avgörande är de yttre förhållanden som härrör från huvudmannen och som tredje man har kunnat iaktta (HD hänvisar till artikel II. 6:103 (3) DCFR). Det är alltså fråga om ett konstaterande av vad som sker enligt tidigare rättspraxis och som återspeglas i många länder.

I bedömningen av det enskilda fallet uttalade HD att agentbolaget inte hade visat att det föreligger någon sådan sedvänja i resebranschen som har kunnat grunda ställningsfullmakt. Slutsatsen i övrigt blev att omständigheterna sammantagna hade varit sådana att agentbolagen inte hade kunnat hysa befogad tillit i fråga om att VD hade rätt att ingå treårsavtalet. Någon avtalsbundenhet uppkom alltså inte för Apollo. HD avgjorde således behörighetsfrågan helt och hållet på huruvida agentbolaget hade kunnat få befogad tillit till fullmäktigens handlande.

2013 års rättsfall följdes upp i NJA 2014 s. 684. Här var HD tydligare med att domstolen gått över till en tillitsfullmakt. Målet gällde ett bolag, Alvestabolaget, som hade sålt VVS-komponenter till Skanska. Dessa användes vid uppförandet av bostadshus. När ett antal komponenter sprack uppkom vattensador. Skanska kontaktade Alvestabolaget och dess VD. Förlikningsförhandlingar påbörjades då mellan VD:n och personer på Skanska. Medan förhandlingarna pågick fusionerades Alvestabolaget med Solar och vid tiden för slutandet av förlikningsavtalet, enligt vilket Solar skulle betala Skanska cirka 3 miljoner kronor, var VD:n inte längre VD utan divisionschef för Alvestadivisionen, en verksamhetsgren inom Solar. Tvist uppkom när Solar därefter gjorde gällande att divisionschefen inte hade varit behörig att för Solars räkning ingå förlikningsavtalet.

HD konstaterade till en början att det inte hade visats att det förelagat någon ställning för divisionschefen som medfört behörighet att ingå förlikningsavtalet enligt lag eller sedvänja. Härefter utvecklade HD under rubrikerna "Allmänt om tillitsgrundad fullmakt", "Närmare om kraven hänförliga till den tredje mannen (tillitskravet)", "Närmare om kraven hänförliga till huvudmannen (härrörandekravet)" och "Befogad tillit när en person i chefsställning rättshandlar" förutsättningarna för att bundenhet ska föreligga enligt en tillitsfullmakt. HD anförde bl.a. följande i dessa delar.

Beträffande tillitskravet anförde HD att en utgångspunkt för att en fullmakt ska kunna grundas på den tredje mannens uppfattning av mellanmannens behörighet är att det ska föreligga en faktisk tillit i det hänseendet. Men tilliten måste också vara befogad. Detta är i linje med

11 § första stycket AvtL. Enligt den bestämmelsen gäller att huvudmannen inte blir bunden om den tredje mannen insåg eller hade bort inse att fullmäktigen överskred sin befogenhet. Det räcker emellertid inte med att den tredje mannen har haft fog för att tro att mellanmannen var behörig att företräda huvudmannen. De omständigheter som ligger till grund för bedömningen att en befogad tillit har förelegat ska på ett relevant sätt kunna knytas till huvudmannen. Ett ytterligare krav är att huvudmannen har haft erforderlig insikt om att omständigheterna skulle kunna föranleda en tredje man att hysa befogad tillit i behörighetshänseende. Det finns här anledning att uppmärksamma bestämmelsen i 19 § AvtL. Där föreskrivs det att den som har lämnat en fullmakt i vissa fall är skyldig att ge den tredje mannen ett meddelande om att fullmakten inte längre gäller.

Slutsatsen blev beträffande divisionschefen att Skanska inte kunde anses ha haft befogad anledning att räkna med att divisionschefen var behörig att ingå det ifrågavarande avtalet för Solars räkning.

Genom rättsfallet har HD lagt fast att det finns en fullmaktstyp bortom huvudmannens vilja. Med tanke på hur fullmaktsläran utvecklats i rättspraxis förefaller det inte vara ett alltför omvälvande grepp som HD tagit. Möjligen har man till och med backat något med tanke på att härrörandekravet har framhävts så tydligt. Men fallen har åtminstone väckt liv i en gammal debatt i svensk rätt: är en rättshandling grundad på den handlandes vilja eller på mottagarens tillit till handlandet? (Se om debatten t.ex. Ola Svensson, Viljeförklaring och tillitsfullmakt, JT 2015–16 s. 330 ff., Konrad Lundberg, Ytterligare om tillitsfullmakter, JT 2015–16 s. 735 ff., Axel Adlercreutz, Lars Gorton och Eva Lindell-Frantz, Avtalsrätt I, 14 upplagan, 2016 s. 231 ff., Olle Wännström, En fullmaktslära i förändring — reflektioner kring NJA 2014 s. 684, SvJT 2019 s. 8 ff., Torgny Håstad, Befogad och obefogad tillit i fullmaktsläran, SvJT 2020 s. 323 ff. och Stefan Lindskog, Tillitsfullmakten — en replik, SvJT 2020 s. 785).

1.3.3 Fullmaktens upphörande

En fullmakt kan upphöra på flera olika sätt. Det vanligaste är att den återkallas, vilket i regel sker på samma sätt som den meddelas (se 12–20 §§ AvtL). Därutöver finns i lagen *särskilt* angivna förhållanden som kan påverka en fullmakts giltighet.

När en fullmaktsgivare dör fortsätter fullmakten i regel att gälla (21 § AvtL). Denna regel prövades i ”Fullmaktsgivarens död” (dom 9 april 2020, mål nr T 6146-18). Kort före sin död hade en person utfärdat en generalfullmakt till en vän. Fullmäktigen hade sedan beställt vissa tjänster, bl.a. städning av den avlidnes bostad och bevakning av mycket värdefulla veteranbilar, som fakturerats den avlidnes dödsbo. Boet väckte talan mot den avlidnes bank och hävdade bl.a. att fullmaktshavaren inte hade rätt att instruera banken att betala fakturorna och att banken därför inte skulle ha betalat dessa.

HD konstaterade bl.a. att om en fullmaktsgivare dör så gäller trots detta fullmakten om det inte föreligger särskilda omständigheter. Med särskilda omständigheter avses endast sådant som har ett starkt samband med fullmaktsgivarens person då denne levde och som förlorar sin mening i och med dödsfallet. Att betala tjänster som utförts med anledning av dödsfallet förlorade inte sin mening i och med dödsfallet.

Om fullmaktsgivaren får en förvaltare förordnad för sig är huvudregeln den motsatta, dvs. fullmakten förfaller (22 § AvtL). Möjligheten för den som har en förvaltare att utfärda en giltig fullmakt är kopplad till om han eller hon själv har rätt att råda över det som fullmakten avser. När det gäller rättegångsfullmakter har det ansetts att den som har fått en förvaltare förordnad för sig kan utfärda en giltig rättegångsfullmakt åt ett ombud att företräda honom eller henne i den omfattning som han eller hon, trots förvaltarskapet, själv får föra talan. Vilken processbehörighet den enskilde har i sådana situationer måste prövas från fall till fall, med beaktande bl.a. av karaktären på det mål eller ärende där frågan aktualiseras.

I 20 kap. 3 § första stycket FB regleras vem som får överklaga ett beslut om förvaltarskap. En sådan rätt har, förutom den som beslutet särskilt rör, var och en som har rätt att göra ansökan i saken (se 11 kap. 15 § första stycket FB). Det står klart att den som ansökan avser har rätt att överklaga. HD har i "Förvaltarskapsfullmakten" (beslut 6 mars 2020, mål nr Ö 5795-19) slagit fast att den som har rätt att klaga, också har rätt att lämna en fullmakt till någon för att för hans eller hennes räkning överklaga beslutet. I det aktuella fallet hade fullmakt utställts till förvaltaren, s.k. *förvaltarskapsfullmakt*. I ett sådant fall upphör alltså inte fullmakten bara för att personen ställs under förvaltarskap.

Om *fullmaktsgivaren försätts i konkurs*, uppkommer en situation som påminner om den där en person inte kan rättshandla. Huvudregeln är då också densamma; fullmakten förfaller (23 § AvtL). De i lagen angivna händelserna är inte de enda situationer där fullmakter upphör att gälla utan återkallelse. Också andra fall kan tänkas uppkomma. En sådan situation är att bolaget träder i likvidation. Det kan inte sägas föreligga någon principiell skillnad mellan en särskild firmatecknares och en fullmäktigs möjlighet att företräda bolaget gentemot tredje man. Det har bl.a. mot denna hävdats att de fullmakter som styrelsen eller verkställande direktören har utfärdat för andra att företräda bolaget får antas upphöra att gälla genom att likvidatorn tillträder sitt uppdrag. Detta synsätt har nu bekräftats av HD i NJA 2012 s. 328. HD anförde i rättsfallet att övervägande skäl talade för att en fullmakt som ett aktiebolags styrelse utfärdat för någon att företräda bolaget upphör att gälla när bolaget träder i likvidation och likvidator har utsetts.

1.3.4 Osäkerhet om vem som är avtalspart

I NJA 2014 s. 978 (se även avsnitt 4.1.1) uppkom frågan om vem som var part i avtalet. En resebyrå förskotterade här biljettpriset för

resenären för att sedan själv kräva resenären på betalning. Var det resebyrån som resenären hade haft kontakt med eller var det flygbolaget som utställde biljetter till den köpta resan? Frågan ställdes på sin spets genom att flygbolaget hade gått i konkurs och inte kunde genomföra flygningen. Resenären ville då inte betala för en flygning som inte skulle bli av medans resebyrån ville ha betalt för sitt utlägg. HD konstaterade i partsfrågan att resebyråverksamhet typiskt sett utmärks av att resebyrån för annan förmedlar ett avtal. Med hänsyn till denna resebyråns mellanmansrättsliga ställning valde HD att lösa frågeställningen utifrån ett fullmaktsresonemang. Domstolen uttalade att det avgörande för om en fullmäktig handlar i eget eller annans namn är om mellanmannen har handlat på ett sådant sätt att den gentemot vilken rättshandlingen företas har fått klart för sig att rättshandlingen ska grunda ett rättsförhållande mellan henne eller honom och huvudmannen. Har mellanmannen genom sitt uppträdande inte klargjort sin mening att handla i eget eller i annans namn, måste mellanmannen i allmänhet anses ha handlat i eget namn.

Enligt HD kunde rättsläget uppfattats på så sätt att det föreligger en presumtion för att den som rättshandlar gör det för egen räkning. Presumtionen grundar sig på att det vanligaste är att en part handlar för egen räkning. För att presumtionen ska brytas krävs ett klargörande att så inte är fallet. Har mellanmannen inte klargjort sin ställning, och det alltså råder osäkerhet om denna, talar rättspraxis för att det är tillräckligt att medkontrahenten har insett eller bort inse det rätta förhållandet. Resebyråns ställning som mellanman i förhållande till resenären kan framgå på olika sätt, t.ex. genom utformningen av annonser, reklamutskick eller hemsidor på internet, genom information när resenären vänder sig till resebyrån, brev- och mejlkonversation, utställda biljetter, bevis om resan eller fakturor.

I det aktuella fallet hade det av en mejlkonversation framgått att det var flera olika flygbolags rutter som diskuterades. Vidare angavs flygbolagets namn i den faktura som utställdes av resebyrån för det utlägg som gjorts. Resebyrån var således inte part i avtalet. Resenären behövde ändå inte betala resebyrån eftersom HD kom fram till att utlägget skulle bedömas enligt konsumentkreditlagen. Enligt den lagen får köparen framställa samma invändningar på grund av köpet mot kreditgivarens (resebyrån) krav på betalning som köparen (resenären) kan göra mot säljaren (flygbolaget). Eftersom ingen motprestation skulle komma att ske behövde resenären inte betala priset för biljetten.

1.3.5 Kommission, handelsagentur, återförsäljning m.m.

I många mål uppkommer fråga om i vilken egenskap en part uppträder. Handlar parten som fullmäktig, kommissionär, handelsagent, återförsäljare eller någon annan rättsfigur? Dessa frågor är inte alltid helt lätta att hantera och domstolarna får lägga ned viss möda på

att reda ut den rättsliga kvalificeringen mot bakgrund av de faktiska omständigheter som åberopas.

Ett exempel på det sagda är ”Malmbergsbagarn” NJA 2009 s. 672 (se även avsnitt 1.9.4.4.2 och 2.12). Där hade parterna ingått ett muntligt avtal om försäljning av bröd. Det var inte visat att parterna hade avtalat om uppsägningstid. HD konstaterar lakoniskt att brödförsäljaren hade köpt brödet från bagaren i fast räkning och sålt det vidare i eget namn, varför det inte är fråga om vare sig kommission eller handelsagentur utan om återförsäljning. Därefter avgjordes en fråga om uppsägningstid med en jämförelse med bl.a. de nämnda typerna av mellanmän. I det senare ”Traktoråterförsäljaren” NJA 2018 s. 19, där HD gav en mer konkret riktlinje för typfallen, var det klart att det var fråga om ett återförsäljaravtal (se vidare avsnitt 2.12).

Frågan om i vilken egenskap en mellanman uppträder fick avgörande betydelse i ”Cargo Center” NJA 2014 s.760 som gällde möjligheten till direktkrav (se avsnitt 4.5.1.6). Här hade beställaren ingått avtal med en speditör med uppdraget att ombesörja transporter av beställarens varor och speditören i sin tur ingått avtal med en förvarare om hanteringen av varorna på terminalerna på en flygplats. För båda avtalen hade parterna kommit överens om att NSAB 85 skulle tillämpas. HD uttalade här som grundsats att om parten i det främre ledet vid en kontraktskedja har råkat ut för en sakskada, kan han eller hon på utomobligatorisk skadeståndsrättslig grund vända sig direkt mot ett bakre led som vårdslöst har orsakat skadan, om inte något annat följer av en särskild rättsregel eller föranleds av avtal. Som en sådan särskild rättsregel anfördes kommissionsrättsliga regler. Eftersom mellanmannen såsom speditör ingick avtal i eget namn men syftet var att tjänsten skulle tillgodogöras av huvudmannen, kunde uppdraget ses som en särskild form av kommission (se Svante O. Johansson, Kommissionslagen, 2016, s. 15). Principiellt sett gäller alltså att kommittenten inte på utomobligatorisk grund kan få bättre rätt mot den tredje mannen än om han själv hade ingått avtalet med denne, vilket innebär att den tredje mannen inte blir sämre ställd av att det är kommittenten och inte kommissionären som är skadelidande. Den principen tillämpades även i det aktuella fallet och talan mot speditören ogillades.

Kvalificeringen av ett avtal får framför allt betydelse för de sakrättsliga verkningarna. I NJA 2012 s. 419 var fråga om bilar som av tillverkaren lämnats till en bilhandlare för försäljning kunde tas tillbaka. Parterna hade betecknat sitt mellanhavande som kommission. Men det förekommer att en person som i själva verket sålt en vara i fast räkning, i samförstånd med köparen försöker ge mellanhavandet sken av kommission för att få företräde framför köparens övriga borgenärer. För kommission förutsätts därför att återförsäljaren verkligen handlade för kommittentens räkning och inte för sin egen (se 1 och 23 §§ kommissionslagen). Enbart genom att beteckna mellanhavandet som kommission kan man inte uppnå sakrättsligt skydd. Efter en genomgång av

hela avtalsförhållandet kom HD fram till att det var fråga om verklig kommission och tillverkaren kunde ta tillbaka de bilar som lämnats i kommission till bilhandlaren sedan denne kommit i ekonomiska svårigheter.

1.4 Tredjemansavtal och liknande frågor

På det s.k. Frösakullsområdet i Halmstad finns cirka 60 arrendetomter som har arrenderats ut sedan 1930-talet. Fastigheten där tomterna är belägna ägdes av ett handelsbolag, som i sin tur upplät jorden till aktiebolaget Frösakull som lägenhetsarrende. Frösakull upplät i sin tur tomter för bostadsarrende till privatpersoner. Arrendeavgifterna för privatpersonerna var reglerade med konsumentprisindex och förhandlades i femårsperioder. Bolaget begärde arrendenämndens prövning av avgifterna för tre fastigheter. Denna fråga prövades slutligt av HD i NJA 2013 s. 491 (se även avsnitt 2.3.1). Domstolen kom till en början fram till att besittningsskyddet hade betydelse för den arrendeavgift som bostadsarrendatorerna hade att betala. I målet kunde konstateras att bostadsarrendatorerna hade ett begränsat besittningsskydd i förhållande till det besittningsskydd som skulle ha gällt om avtalet hade ingåtts direkt med jordägaren. Frågan blev därför om de på något annat sätt hade ett motsvarande besittningsskydd. Frösakull hade anfört att bostadsarrendatorerna enligt en bekräftelse mellan jordägaren och Frösakull har samma besittningsskydd som om Frösakull skulle ha varit jordägare. Detta innefattade enligt HD ett påstående om ett tredjemansavtal till förmån för arrendatorerna.

Tredjemansavtal har sedan lång tid godtagits i svensk rätt. Ett sådant avtal föreligger när två parter träffar ett avtal genom vilket de tillägger en tredje person en rättighet enligt avtalet. För att avtalet ska ge tredje man denna rätt krävs att båda avtalsparterna har avsett detta. Ett tredjemansavtal behöver inte utpeka något särskilt subjekt utan kan vända sig till ett kollektiv av personer (jfr artikel II-9:301 DCFR).

Ett annat krav för att det ska vara fråga om ett tredjemansavtal är att tredje man kan göra gällande rätten självständigt, dvs. utan att vara beroende av någon avtalspart (se bl.a. NJA 1956 s. 209). Frågan om tredje man har en sådan självständig rätt avgörs genom tolkning av avtalet enligt allmänna principer för avtalstolkning.

Av bekräftelsen mellan jordägaren och Frösakull framgick att jordägaren medgav samtliga arrendatorer ett besittningsskydd som om de hade ingått arrendeavtalet direkt med jordägaren. Detta sett isolerat från övrig text talade enligt HD i och för sig för tolkningen att avtalsparterna har avsett att ge alla arrendatorer en rätt motsvarande den som föreskrivs i lag för bostadsarrendatorer och att denna rätt skulle kunna göras gällande självständigt av bostadsarrendatorerna gentemot jordägaren. Emellertid framgick också att bekräftelsen tillkommit i samband med en förlikningsförhandling inför arrendenämnden för att

uppfylla en särskild paragraf i ett arrendeavtal. En paragraf med motsvarande innehåll saknades i de i målet aktuella arrendeavtalen. Detta medförde enligt HD att parterna i bekräftelsen knappast kunde sägas ha gett de nu aktuella bostadsarrendatorerna någon rätt som kan göras gällande mot jordägaren.

Vidare noterade HD att bekräftelsen, även om den skulle ha utgjort ett tredjemansavtal, inte innebar att jordägaren och lägenhetsarrendatorn förlorat sina möjligheter att disponera över sitt avtal. Endast en särskild utfästelse gjorde enligt HD ett löfte av detta slag oåterkalleligt. Utan en sådan utfästelse kunde avtalsparterna alltså när som helst ändra eller upphäva avtalet. Jordägaren kan också genom att överlåta marken åstadkomma att besittningsskyddet går om intet för bostadsarrendatorerna. Något bättre besittningsskydd uppkom således inte genom bekräftelsen för bostadsarrendatorerna. Detta invercade på arrendeavgifterna i sänkande riktning.

1.5 Mottagande av prestation som grund för uppkomst av en förpliktelse

1.5.1 Återgång av prestation som skett i tro att en förpliktelse förelåg eller som annars skett av misstag (*condictio indebiti*)

Principen om *condictio indebiti* tar sikte på fall där någon har betalat en skuld som inte fanns eller betalat ett för stort belopp, allt i den felaktiga tron att det fanns en betalningsskyldighet. Det rör sig alltså om betalningar som skett av misstag utan att rättslig grund förelagat. Huvudregeln har sedan gammalt ansetts vara att den betalande har rätt att kräva tillbaka det felaktigt eller för mycket erlagda (se t.ex. NJA 1933 s. 25 och NJA 1935 s. 507 [se Nial, SvJT 1942 s. 473], NJA 1944 s. 653, se Nial, SvJT 1946 s. 37, NJA 1951 s. 187, se Rohde, SvJT 1961 s. 259 och 173, NJA 1961 s. 18, NJA 1970 s. 539, se Rohde, SvJT 1979 s. 601, NJA 1989 s. 224, NJA 2001 s. 353, se Herre, SvJT 2005 s. 581, 583 och 710, NJA 2005 s. 142, se Herre, SvJT 2005 s. 610, 686 och 758, mål T 4233-01, "Skattekontot I" NJA 2011 s. 739, "Tryckerimomsen I" NJA 2015 s. 1072 och NJA 2016 s. 1074). Avvägningen av de motstående intressen som gör sig gällande har dock lett till åtskilliga modifieringar. Detta särskilt i fall då den som tagit emot betalningen varit i god tro (godtroskravet) och förbrukat det uppburna beloppet eller annars har inrättat sig (inrättandekravet) efter betalningen. För det fall både godtros- och inrättandekravet är uppfyllda ska det ske en intresseavvägning varvid skilda hänsyn gör sig gällande.

I det praktiska rättslivet är det särskilt vanligt att en arbetstagarare åberopar principerna för *condictio indebiti* för att undgå återbetalningsskyldighet av för mycket utbetald lön. Det är då ofta fråga om huruvida arbetstagararen borde ha insett att utbetalningen skett av misstag. I AD 2006 nr 105 hade en officer beviljats tjänstledighet under sex månader. Av misstag utbetalades full lön under tjänstledigheten. Fråga uppstod om officeren varit i god tro när han mottog och förbrukade medlen.

Med hänsyn till att det skett en utbetalning när beslutet om tjänstledighet mottogs och att det av beslutet inte framgick att avdrag skulle ske, ansåg AD att det var förklarligt att uppfatta det som en bekräftelse på att löneavdrag inte skulle göras. Återbetalningskravet ogillades därför. (Jfr även AD 2008 nr 23, AD 2010 nr 77 och AD 2017 nr 66.)

Även i andra förhållanden uppkommer frågor om *condictio indebiti*. I NJA 2005 s. 142 hade en överdebitering av leasingavgifter skett i strid med en ränteklausul (se föregående översikt i Herre, SvJT 2005 s. 610, 686 och 758, mål T 4233-01). Leasegivaren ansvarade för fastställandet av leasingavgifterna och borde därför ha insett att överdebitering skedde. Det förhållandet att leasegivaren må ha inrättat sig efter betalningarna saknade därför enligt HD betydelse.

Under den här aktuella perioden har det förekommit ett par rättsfall som rör misstagsbetalningar av skatt. I det första rättsfallet, ”Skattekontot I” NJA 2011 s. 739, hade företaget Registreringstjänst upprättat deklaration för bolagen A och B. Skatteverkets fordran mot A uppgick enligt deklarationen till drygt 12 000 kr och fordran mot B till drygt 180 000 kr. Registreringstjänst betalade den 18 augusti 2008 beloppen över internet, varvid emellertid A:s OCR-nummer av misstag kom att anges vid båda betalningarna. Bägge bolagens skattebelopp enligt deklarationerna bokfördes härfter på A:s skattekonto. I bolaget A inleddes företagsrekonstruktion och Skatteverket gjorde en avräkning mot det överskott som uppkommit på A:s skattekonto om drygt 89 000 kr. Registreringstjänst, som täckte underskottet på B:s skattekonto och övertog B:s fordran mot Skatteverket, kontaktade Skatteverket och påtalade att det hade skett en felaktig betalning. Skatteverket ville dock inte omföra beloppet som hade betalats in på A:s konto till B:s konto.

Registreringstjänst gjorde i första hand gällande att Skatteverket var skyldigt att återbetala det felaktigt betalda beloppet enligt principerna om *condictio indebiti*. Skatteverket menade att dessa principer inte var tillämpliga i det aktuella fallet. HD uttalade följande om vad som skulle anses vara en misstagsbetalning. ”Huruvida en felaktig betalning har skett på grund av villfarelse eller ren felskrivning eller om en felaktig betalning har gjorts i samband med betalningsuppdrag eller betalningsförmedling är av underordnad betydelse. Avgörande är i stället om betalningen har skett utan rättsgrund och att betalningen inte utgör en disposition, dvs. en betalning där den betalande frivilligt väljer att betala oavsett om betalningsskyldighet faktiskt föreligger.” Härfter konstaterar HD att den aktuella betalningen hade skett för B:s räkning utan att det fanns någon rättsgrund för betalning till A:s skattekonto. Betalningen utgjorde därför en sådan felaktig betalning på vilken principerna om *condictio indebiti* var tillämpliga. Skatteverket, som inte ansågs vara i god tro vid avstämningstidpunkten, skulle således återbetala pengarna.

I det senare rättsfallet NJA 2016 s. 1074 hade en betalning till fel skattekonto gjorts på grund av att betalaren förväxlade ordningen på

två siffror i sitt personnummer. Beloppet krediterades därför annans skattekonto, som kom att visa överskott. Detta utmättes för enskilda borgenärers fordringar. Betalaren krävde att Skatteverket skulle betala tillbaka beloppet.

När HD resonerade kring misstagsbetalningens väsen i detta senare avgörande kan man skönja en något annorlunda inställning i förhållande till 2011 års fall. Enligt HD i 2016 års fall låter det sig i och för sig diskuteras om läran om *condictio indebiti* är tillämplig på en sådan betalning. Det rörde sig nämligen inte om en betalning utan rättsgrund utan om en åsyftad betalning som av misstag har förenats med felaktig information och därför krediterats fel skattekonto. Men slutsatsen blev att det även om det inte rörde sig om ett renodlat fall av betalning utan rättsgrund, så skulle frågan om Skatteverkets återbetalningsskyldighet prövas enligt läran om *condictio indebiti*. Man kan förmoda att 2011 års fall här satte gränser för resonemanget i 2016 års fall.

När det sedan gällde det aktuella felet ansåg HD att utredningen inte gav stöd för att Skatteverket — genom insikt hos någon befattningshavare eller genom kontosystemets konstruktion — hade haft anledning att misstänka att uppgiften var oriktig, dvs. att betalningen inte skulle krediteras det angivna kontot. Skatteverket ansågs därför vara i god tro. Eftersom utmätningen skett utan att Skatteverket kunde lastas för det, ansågs också inrättandekravet uppfyllt. Den intresseavvägning som ska göras enligt läran om *condictio indebiti* föll i det aktuella fallet ut till Skatteverkets fördel. HD ansåg att den som gör en inbetalning har lätt att kontrollera att skattekontot har krediterats. Det skulle ställas mot att Skatteverket svårigen kan säkerställa att varje betalning till ett skattekonto svarar mot betalarens avsikt. Återbetalning skulle därför inte ske.

Mervärdesskatt är en viktig form av skatt eftersom den bidrar till en stor del av statens inkomster. Den har blivit allt mer reglerad av unionslagstiftningen. Detta exemplifieras klart i de mål som förekommit beträffande s.k. tryckerimoms. Detta är en mervärdesskatt som läggs på tryckeritjänster. Tryckeriet fakturerar tryckerikunden med den mervärdesskatt som de levererade tjänsterna är förknippade med. Före 2010 hade Sverige en mervärdesskatt för tryckeritjänster motsvarande 25 procent av priset. Det momsbelopp som läggs på fakturan betalas sedan av tryckerierna in till Skatteverket.

I början av 2010 meddelade EU-domstolen dom i målet *Graphic Procédé*, C-88/09, EU:C:2010:76. Skatteverket reviderade på grund av domen verkets tidigare uppfattning, att mervärdesskatt skulle tas ut med en skattesats om 25 procent. Tryckeritjänster skulle i stället beskattas med en skattesats om 6 procent. Tryckerierna började härefter att begära återbetalning från Skatteverket med ett belopp motsvarande mellanskillnaden mellan de båda skattesatserna. Skatteverket betalade också ut beloppet. Totalt uppgick tillbakabetalningarna till mycket stora belopp; enligt uppgift kring 3–4 miljarder kronor. Senare beslu-

tade Skatteverket om efterbeskattning av tryckerikunderna, motsvarande skillnaden mellan de båda skattesatserna. HFD slog också fast, utan närmare redovisning av grunderna för det ställningstagandet, att det fanns rättsliga förutsättningar för att genom efterbeskattning sänka tryckerikundernas avdrag för ingående skatt. Detta berodde delvis på att det enligt HFD inte fanns någon grund för att det skulle vara omöjligt eller orimligt svårt att få ersättning från tryckeriet för den felaktigt betalda mervärdesskatten. Det ansågs då inte heller uppenbart att en efterbeskattning av bolaget skulle vara oskäligen (se HFD 2014 ref. 14). Detta kanske något vågade uttalande från HFD ledde till att tryckerikunderna krävde att av tryckerierna återfå ett belopp motsvarande vad de efterbeskattats med. Det förekom ett stort antal sådana mål både i domstol och inför skiljenämnder där utgångarna gick åt olika håll.

Slutligen tog HD upp ett sådant mål genom ”Tryckerimomsen I” NJA 2015 s. 1072. Efter en allmän redogörelse av de principer som genomsyrar *condictio indebiti*, som i viss mån sammanfattar tidigare rättsfall, gick HD in på det aktuella fallet. Härvid kom domstolen fram till att tryckerikundens betalningen av mervärdesskatt varit utan rättsgrund men att skattesatsen var allmänt godtagen, varför godtroskravet var uppfyllt. Däremot hade tryckeriet inte inrättat sig efter den gjorda betalningen. I detta avseende är ju säljaren av tjänster närmast att betrakta som en administratör av mervärdesskatten för att på detta sätt uppnå neutralitet i fråga om skattebördan. Tryckeriet hade därför inte rätt att behålla den av tryckerikunden betalade mervärdesskatten.

Vid tillämpning av *condictio indebiti* uppkommer också frågor om vilken ränta som ska utgå på det belopp som ska betalas tillbaka. Detta behandlas i rättsfallen NJA 2016 s. 799 och NJA 2005 s. 142 (se vidare avsnitt 4.7).

I NJA 2009 s. 182 berördes frågor som har en betydande koppling till principerna om *condictio indebiti*. Men det rörde närmast sakrättsliga aspekter på felöverförda pengar. I rättsfallet hade ett företag skulder till sin bank. Inkommande betalningar gick enligt avtal med banken i avräkning mot skulden då kontot krediterades. Vid ett tillfälle betalade ett annat företag från sin bank av misstag för mycket till det första företaget (betalningsmottagaren). Mottagaren, men inte mottagarens bank, kände till misstaget innan kontot krediterades. Fråga uppstod om betalarens rätt till återbäring från banken. Grunden för talan var att banken inte kunde få bättre rätt än mottagaren eftersom det fick anses vara en enkel fordran. Sådana kan inte godtrosvärvas (se 31 § andra stycket skuldebrevslagen).

HD ansåg dock att bestämmelserna i 3 kap. skuldebrevslagen inte kunde anses tillämpliga på förfoganden över banktillgodohavanden i nu berörda avseenden. Sedan fortsatte domstolen och konstaterade att eftersom det var ostridigt att banken vid kvittningen var i god tro om betalarens misstag, skulle bolagets krav på återbäring från banken ogillas.

HD tillämpade alltså inte skuldebrevslagen. Man kan man fråga sig vilka regler domstolen då egentligen använde. Det är svårt att se det på något annat sätt än att domstolen tillämpade samma principer som om det hade rört sig om en överföring av kontanter.

1.5.2 Obehörig vinst

Med obehörig vinst avses en vinst som en part gjort på en annan parts bekostnad utan stöd i avtal eller lag. I skandinavisk rätt finns — eller har i vart fall funnits — en viss motvilja mot att godta obehörig vinst som generell rättsgrund. Det anses inte i svensk rätt finnas någon skyldighet att återbetala en sådan vinst utan stöd av lag. Man kan dock iakttä ett ökat intresse för rättsinstitutet på senare år.

I NJA 2007 s. 519 (se även 4.6.1) ställdes HD inför frågan om ett konkursbo som använt en hyreslokal efter det att hyresavtalet upphört att gälla, har ådragit sig massaansvar för hyresvärdens fordran på ersättning motsvarande skälig hyra för nyttjandet av lokalen eller om hyresvärdens fordran skal utgå som skadestånd ur konkursboet. HD diskuterade först NJA 1999 s. 617 som gällde huruvida ett konkursbo — när ett hyresavtal löper mellan hyresvärden och konkursgäldenären — svarar gentemot hyresvärden för förpliktelser enligt hyresavtalet eller däremot svarande skadestånd. HD slog fast att så inte var fallet, om inte konkursboet åtagit sig ansvaret enligt avtalet. Genom ny lagstiftning (se 12 kap. 31 § JB) har det problemet lösts.

I NJA 2007 s. 519 var situationen en annan. Hyresavtalet med hyresvärden upphörde att gälla strax efter konkursutbrottet. Skyldighet att omedelbart avflytta inträdde då för konkursboet, men konkursboet fortsatte att faktiskt nyttja lokalen i ytterligare två månader. HD ansåg att den situationen tedde sig likartad med den som förelåg i NJA 1993 s. 13, där HD slagit fast att den som använder en lokal utan avtalsstöd ska utge ersättning motsvarande skälig hyra för nyttjandet. Utgången i det målet fick enligt HD i 2007 års avgörande antas närmast ha grundats på allmänna förmögenhetsrättsliga principer om obehörig vinst. Mot bakgrund av detta uttalande HD i det enskilda fallet att konkursboet genom att nyttja lokalen efter det att hyresrätten upphört har unddragit hyresvärden möjligheten att själv använda lokalen. Ersättningsskyldighet i ett sådant fall uppkommer oberoende av avtalsförpliktelse och förutsätter inte heller att skadan har vållats genom brott. Detta avgörande är således uppenbarligen grundat på en allmän princip om obehörig vinst.

HD fick senare tillfälle att utveckla sin syn på obehörig vinst i ”Den betalande sambon” NJA 2019 s. 23. Ett sambopar bodde tillsammans på den fastighet som kvinnan ägde sedan tidigare. Vid flera tillfällen från hösten 2012 fram till sommaren 2013 betalade mannen fakturor ställda på kvinnan uppgående till sammanlagt 255 643 kr. Det var fråga om installationer på fastigheten bestående av bl.a. utbyggnad av hus, en braskamin, en bod och målningsarbeten. Mannen betalade även i

oktober 2012, i samband med att kvinnan bytte bil, prisskillnaden på 40 000 kr mellan hennes inbytesbil och den nya bilen som kostade 70 000 kr. Samboförhållandet upphörde vid midsommar 2013. Mannen gjorde till en början gällande att det var fråga om försträckning. Detta lyckades han dock inte föra i bevis. Då gjorde han gällande att de ekonomiska tillskott han gjort ger en rätt till ersättning på den grunden att kvinnan gjort en obehörig vinst.

HD:s majoritet (3 justitieråd) anförde att det visserligen inte var helt uteslutet att använda obehörig vinst som rättsgrund för ett ersättningskrav. Samtidigt fanns enligt majoriteten flera — och samverkande — skäl mot en särskild ersättningsrätt. En rätt grundad på obehörig vinst skulle primärt vara ett sätt att hantera följderna av att ett samboförhållande upphör. En utgångspunkt för sambolagen var enligt majoriteten att lagen ska innehålla bestämmelser om det som är oundgängligt att reglera, medan sambor i övrigt har möjlighet att ordna sina ekonomiska mellanhavanden genom bl.a. avtal, testamenten och försäkringar. Mot denna bakgrund fanns enligt majoriteten anledning till viss återhållsamhet, när det gäller att genom en rättsutveckling i domstolspraxis knyta nya rättsföljder till själva det förhållandet att sambor separerar. Frågan om obehörig vinst som rättsgrund kunde leda till framgång för ersättningskravet i det aktuella fallet besvarades alltså nekande.

Minoriteten var av annan åsikt. De anförde att det kan uppkomma en situation där den som tillskjuter medel till motpartens egendom, där sambon inte själv får någon nytta — eller bara begränsad nytta — av sitt ekonomiska tillskott därför att detta har skett kort före upplösningen av parrelationen. Frågan var då om det — åtminstone i vissa situationer — fanns skäl att se annorlunda på sådana tillskott och om den tillskjutande sambon borde ha rätt till ersättning från den andra sambon. I den situationen där en sambos egendom förbättras av den andra sambons tillskott kan det enligt minoriteten sägas att den mottagande sambon som äger egendomen — och som då visar sig ensam dra nytta av investeringen — gör en obehörig vinst, om han eller hon inte behöver ersätta den sambo som bekostat förbättringen. En sambo som gjort ett större ekonomiskt tillskott borde enligt minoriteten i dessa fall kunna få ersättning grundad på principen om obehörig vinst.

Det kan noteras att rättsläget i andra nordiska länder uppmärksammades i rättsfallet. Där finns möjlighet för en sambo att under vissa förutsättningar få ersättning efter ett samboförhållandes upplösning baserat på principer om obehörig vinst. I norsk och dansk rätt har en sambo som har bekostat eller utfört arbete på den andra sambons egendom i fall där beloppen eller insatserna nått en viss nivå ansetts berättigad till ersättning i vissa fall, med motiveringen att den andra sambon annars skulle göra en obehörig vinst (se Rt-1984-497 och Rt-2000-1089 samt U.1986.765/3H). I finländsk rätt anges numera i lag att en sambo

har rätt till gottgörelse, om han eller hon genom sin insats för det gemensamma hushållet har hjälpt den andra sambon att öka eller bevara dennes egendom, bl.a. genom placering av medel i egendom som ägs av den andra sambon. (Se 3 kap. 8 § lagen om upplösning av sambors gemensamma hushåll 14.1.2011/26.) Lagstiftningen utgör en kodifiering av den praxis som dessförinnan hade utvecklats i finländsk rätt (se HD 1988:27, HD 1988:28 och HD 1993:168).

1.6 Gåva eller liknande utfästelser som grund för fordran

Som inledningsvis anförts kan en fordring uppkomma också genom en ensidig rättshandling riktad mot en motpart. Detta kallas gåva. En gåva är en benefik rättshandling där egendom byter ägare utan att motprestation krävs. Har gåvan föranletts av en prestation kallas detta en remuneratorisk gåva. Ett löfte eller utfästelse om gåva är inte bindande (1 § GåvoL). Gåvan är fullbordad när egendomen kommit i gåvotagarens besittning. Om löfte om gåva skett i form av skuldebrev är den bindande när skuldebrevet är mottaget. Dock är en sådan gåva inte gällande mot givarens borgenärer utan här krävs andra åtgärder för att sakrättsligt skydd ska uppnås.

I vad mån en värdeöverföring är att anse som gåva beror i viss mån på i vilket sammanhang frågan uppkommer (jfr bl.a. Bertil Bengtsson. Om gåvobegreppet i civilrätten, SvJT 1962 s. 689 ff.). Även om det rättsliga begreppet gåva kännetecknas av vissa allmänna kriterier såsom värdeöverföring, frivillighet och gåvoavsikt, kan någon närmare bestämning inte göras utan att hänsyn tas till ändamålet för den rättsnorm vars tillämpning är aktuell. Begreppet behöver t.ex. inte ha samma innebörd vid återvinning i konkurs som det har beträffande en överlåtarens hemulsansvar. Innebörden kan på detta sätt vara en annan i stämpel-skattehanseende än vad som gäller vid realisationsbeskattning (eller, tidigare, gåvobeskattning). Gåvobegreppet är således inte helt klarlagt och det förekommer en del rättsfall kring tillämpningen av detta begrepp.

I NJA 2008 s. 457 förvärvade en man en fastighet i Helsingborg enligt ett gåvobrev av mannens far. Gåvobrevet innehöll föreskrifter om att fastigheten inte fick överlåtas eller pantsättas utan medgivande av mannens farföräldrar och att fastigheten skulle utgöra mannens enskilda egendom. I enlighet med villkoren i gåvobrevet övertog mannen betalningsansvaret för lån med säkerhet i fastigheten om sammanlagt 222 155 kr och utfärdade dessutom en revers till fadern på 240 000 kr jämte ränta, med pantbrev i fastigheten på motsvarande belopp som säkerhet. Det var alltså fråga om en gåva mot visst vederlag, s.k. blandad gåva. Reversen efterskänktes senare av fadern. Under löptiden hade räntan betalats men däremot inga avbetalningar gjorts. Fastighetens taxeringsvärde vid gåvotillfället, fastställt 1983, var 550 000 kr.

Mannen gifte sig 1993. Äktenskapsskillnad meddelades mellan makarna 2001. Kvinnan klandrade den bodelning som upprättades av bodelningsförrättare. Fråga uppkom om giltigheten av ett villkor att fastigheten skulle utgöra mottagarens enskilda egendom. Makes enskilda egendom är enligt 7 kap. 2 § ÄktB bl.a. sådan som maken fått i gåva av någon annan än den andra maken med det villkoret att egendomen skall vara mottagarens enskilda. När villkoret har ställts upp vid ett förvärv som inte är uteslutande benefikt utan också har onerösa inslag, blir frågan hur den omständigheten att visst vederlag förekommit påverkar giltigheten och tillämpligheten av villkoret att egendomen skall vara mottagarens enskilda.

Enligt HD var det avgörande för bedömningen om en blandad gåva kan anses falla under gåvobegreppet i 7 kap. 2 § ÄktB. Sedan noterade HD att man i andra sammanhang inom civilrätten, exekutionsrätten och skatterätten har ansett det naturligt att låta en blandad gåva omfattas av samma regler som en ren gåva, under förutsättning att den som helhet har gåvokaraktär. (Jfr t.ex. NJA 1991 s. 376 och NJA 1984 s. 673.) Samma synsätt skulle enligt HD anläggas i det aktuella fallet. Vid bedömningen av rättshandlingens karaktär var enligt HD samtliga omständigheter vid denna av betydelse, inte minst vederlagets storlek och art samt vad som kan utrönas angående gåvoavsikt. I det konkreta fallet anförde HD att det av utredningen framgick att fadern avsett att fastigheten skulle utgöra en gåva till sonen och att föreskriften om enskild egendom skulle omfatta hela fastigheten för att den, som hade förvärvats av farfadern, skulle kvarbli i släktens ägo. Gåvoavsikten var sålunda klarlagd. Vederlagets storlek och karaktär utgjorde enligt HD inte något hinder för att överlåtelsen skall anses vara benefikt. Förbehållet att fastigheten skall utgöra enskilda egendom var därför gällande.

På vissa förvärv av fastighet ska stämpelskatt betalas. Vilka förvärv av fast egendom som är stämpelskattepliktiga framgår av 4 § lagen (1984:404) om stämpelskatt vid inskrivningsmyndigheter. Stämpelskatt utgår för bl.a. köp och byte, tillskott till bolag och vissa tvångsförvärv. Andra förvärv, däribland gåva, är stämpelskattefria.

Fråga om det förelåg stämpelskattepliktigt förvärv uppkom i NJA 2008 s. 1129. HD anförde här att det i syfte att förhindra att stämpelskatt undandras genom att ett förvärv som i realiteten har karaktär av köp betecknas som gåva och därmed blir fritt från stämpelskatt utvecklades en praxis, som sedermera har lagfästs i 5 § stämpelskattelagen. Bestämmelsen innebär att stämpelskatt alltid utgår, om vederlaget beräknat enligt 9 § stämpelskattelagen uppgår till minst 85 procent av taxeringsvärdet året före det år då ansökan om lagfart beviljas. I dessa fall tillämpas alltså en schablon och beskattningsmyndigheten behöver inte ta ställning till förvärvets innebörd. Schablonregeln bör enligt HD inte läsas motsatsvis så att ett förvärv som betecknas som gåva alltid skulle vara stämpelskattefritt, om vederlaget understiger 85 procent av taxeringsvärdet. I sådana fall får det i stället enligt HD bedömas med

hänsyn till alla omständigheter i det enskilda fallet om det är en gåva eller ett stämpelskattepliktigt förvärv.

I det aktuella fallet var det fråga om en som gåva betecknad överlåtelse mellan ett moderbolag och ett helägt dotterbolag. Av moderbolagets uppgifter i målet framgick att transaktionen genomfördes av affärsmässiga skäl. Någon gåvoavsikt förelåg alltså inte från moderbolagets sida enligt HD och det värde som dotterbolaget har mottagit har karaktären av ett tillskott. Dotterbolagets förvärv är således skattepliktigt enligt stämpelskattelagen.

1.7 Bevisbördan för fordrans uppkomst m.m.

I svensk rätt har sedan länge ansetts gälla "att det i en rättegång om betalning på grund av försträckning otvivelaktigt i princip åligger borgenären att styrka att en försträckning ägt rum." (Se "Hakvin och Elvira" NJA 1975 s. 577, jfr härtill Rodhe, SvJT 1979 s. 591). Denna rättsgrundsats har under den här redovisade perioden prövats i olika situationer.

I "Klädpartiet och avräkningen" NJA 2009 s. 64 gjordes gällande att borgenären hade två fordringar mot gäldenären. Den ena (F¹) var manifesterad i ett skuldebrev daterat den 7 juni 2004 i vilket gäldenären utfäst sig att betala 300 000 kr jämte ränta. Denna fordran var ostridig mellan parterna. Mellan parterna var även ostridigt att gäldenären den 22 och 23 februari 2005 hade betalat 350 000 kr till borgenären. Däremot var den andra fordran (F²) omtvistad mellan parterna. Det var ostridigt mellan parterna att borgenären i juli 2004 satt in 300 000 kr på gäldenärens konto. Borgenären hävdade att denna betalning avsåg ytterligare ett lån till gäldenären. Detta bestred gäldenären som menade att det inte förelåg några andra fordringsförhållanden.

HD:s majoritet anförde att om den fordran som avräkning påstås ha skett mot är omtvistad måste bevisbördan för fordringens existens ligga på borgenären själv. Detta följer redan av den allmänna regeln om att borgenären har att styrka sin fordran och att det är lättare för denne än för motparten att säkerställa bevisning för fordrans existens (se "Hakvin och Elvira" NJA 1975 s. 577). Vidare anförde majoriteten att en motsatt regel skulle tvinga gäldenären att alltid, dvs. också i fall där det bara föreligger en fordran, destinera betalning eller ta kvitto där ändamålet med betalningen anges. Härefter konstaterar HD att mot gäldenärens bestridande och version av vad betalningarna i juli 2004 avsåg kunde inte slutsatsen dras att dessa utgjorde en ny försträckning till gäldenären eller att ett fordringsförhållande på annat sätt uppkom. Borgenären hade inte infört någon egen bevisning och hade således inte lyckats visa att han hade haft någon andra fordran. Gäldenärens betalningsskyldighet enligt skuldebrevet (F¹) hade därför bortfallit genom hans betalning i februari 2005. Käromålet skulle därför ogillas.

En betalningsskyldighet kan efterges av en medgäldenär. Detta är att betrakta som en gåva. Enligt "De påtecknade reverserna" NJA 1987

s. 40 gäller som princip att en gäldenär, som påstår att en medgäldenär eftergett den regressrätt denne har enligt skuldebrevslagen, har bevisbördan för att så har skett. Ifall det görs gällande att rätten har efterskänkts, krävs att det står klart att rättshandlingen är uttryck för en verklig gåvoavsikt och syftar till rättsverkan utan någon ytterligare åtgärd, i linje med vad som gäller vid efterskänkande av en enkel fordran. I ”Mammas borgen” NJA 2012 s. 804 uppkom fråga om samma princip skulle gälla i en närståenderelation. HD kom fram till att det förhållandet att medgäldenärerna står varandra nära inte bör medföra att bevisbördan omkastas eller att beviskravet sänks. Även i sådana fall måste bevisbördan ligga på den som påstår att regressfordran har upphört genom en ensidig eftergift. En särskild ordning för bevisbörda och beviskrav i närståendefallen skulle enligt HD medföra avgränsningssvårigheter.

Här ska slutligen uppmärksammas en serie rättsfall där bevisbördan kommit att få en del uppmärksamhet. Dessa rättsfall är ”Tandläkarens olycka” NJA 2014 s. 364, ”Terrys restaurang” NJA 2017 s. 1094 och ”Den betalande sambon” NJA 2019 s. 23. (Se om diskussionen bl.a. Alexander Hardenberger, Bevisbördans placering i fordringsmål — en rättsfallsstudie, SvJT 2018 s. 360 ff. och densamme, Bevisbördans placering i fordringsmål II — särskilt om förhållandet mellan den civilrättsliga regeln och föremålet för bevisbördan, SvJT 2019 s. 705 ff. samt Stefan Lindskog, Prövningsordningen vid återkrav av överlämnad egendom, SvJT 2020 s. 297 ff.)

I ”Tandläkarens olycka” NJA 2014 s. 364 bedrev en person en tandläkarpraktik där en annan person var anställd som tandsköterska. Tandläkaren överförde den 3 april 2009 ett belopp om 100 000 kr från sitt bankkonto till tandsköterskans bankkonto. Enligt tandläkaren utgjorde överföringen ett lån från honom till tandsköterskan. Den aktuella dagen hade han varit med om en trafikolycka och tandsköterskan hade gett honom skjuts hem från olycksplatsen. Då hon återigen bad om att få låna pengar gick han med på det. Tandsköterskan gjorde gällande att beloppet var en gåva. Hon har berättat bl.a. följande. Hon har inte bett om att få låna pengar. I samband med att hon lämnade tandläkarens bostad överlämnade han ett papper som han sade att hon fick läsa först när hon kom hem. När hon senare tittade på pappret såg hon att det var en kvittens på en överföring av 100 000 kr. Den fråga som HD hade att pröva var därför om det rörde sig om ett lån eller en gåva.

Den som i en rättegång kräver betalning på grund av ett påstått penninglån (försträckning) har som princip att styrka sitt påstående enligt vad som följer av ”Hakvin och Elvira” NJA 1975 s. 577. Den principen tar dock enligt HD inte sikte på det fallet att det står klart att ett visst belopp har förts över från en person till en annan och det råder oenighet om överföringens innebörd. Som skäl för bevisbördans placering i ”Mammas borgen” NJA 2012 s. 804 framhöll HD bl.a. intresset av att

hindra oöverlagda förmögenhetsöverföringar. Domstolen uttalade vidare att en sådan ordning ger större anledning för de inblandade att säkra bevisning. Det skälet gör sig enligt HD gällande även när frågan, som i 2014 års fall, gäller huruvida en överföring av ett belopp har utgjort ett lån eller en gåva. Det anförda innebär således att bevisbördan för att ett mottaget belopp har utgjort en gåva vilar på mottagaren.

I ”Terrys restaurang” NJA 2017 s. 1094 var förhållandena följande. I april 2012 förde B över 600 000 kr till A:s bankkonto. Samma månad förvärvade A aktier i Terrys Restaurang. Ungefär en månad senare överlät A aktier i restaurangen till B:s son. B gjorde gällande att överföringen på 600 000 kr avsåg ett lån. Enligt honom ville A köpa aktier i Terrys Restaurang men hade inte tillräckligt med pengar för förvärvet. B erbjöd därför A ett lån. Han har vid flera tillfällen försökt att få tillbaka pengarna utan att lyckas. A har gjort gällande att överföringen avsåg betalning för aktier i Terrys Restaurang. B kunde dock, av ekonomiska skäl, inte stå som ägare till aktierna. Det bestämdes därför att B:s son skulle stå som aktieägare. Efter att A förvärvat aktier i Terrys Restaurang överlät han 30 procent av aktierna till B:s son. Frågan i målet var vem av parterna som har bevisbördan i en situation där det är ostriktigt att en överföring har skett men det råder oenighet om det rör sig om försträckning (ett penninglån) eller betalning (i det här fallet för aktier i en restaurang).

HD anförde att de skäl som anförs i ”Tandläkarens olycka” NJA 2014 s. 364 och ”Mammas borgen” NJA 2012 s. 804 rörande bevisbördans placering i huvudsak bygger på att ett påstående om försträckning står emot ett påstående av benefik karaktär. De kan därför enligt HD inte anses göra sig gällande med samma styrka när ett påstående om försträckning står emot ett påstående om betalning. Mot denna bakgrund fanns anledning att i det i det aktuella målet falla tillbaka på huvudregeln, nämligen att den som påstår försträckning har bevisbördan för påståendet, dvs. principen från ”Hakvin och Elvira” NJA 1975 s. 577.

Slutligen har vi det tidigare berörda fallet ”Den betalande sambon” NJA 2019 s. 23 rörande obehörig vinst (se avsnitt 1.5.3). Här hade en sambo betalat fakturor som avsett den andra sambons egendom som inte var samboegendom men som användes av samborna gemensamt. Den undantagsregel som för vissa fall följer av ”Tandläkarens olycka” NJA 2014 s. 364 ansågs emellertid stå i mindre god överensstämmelse med utgångspunkterna för sambors förmögenhetsförhållanden. Med hänsyn till den ekonomiska gemenskap som sambor lever i och som normalt innefattar ett mycket stort antal ekonomiska händelser, bör enligt HD bevisbördan för att fråga är om försträckning — i enlighet med huvudregeln — ligga på den som påstår sig ha en fordran, t.ex. med anledning av en investering i den andra sambons egendom. Den betalande sambon ålades alltså bevisbördan för sitt påstående att betalningen utgjorde ett penninglån.

Följande kan sägas om rättsläget. I ”Tandläkarens olycka” NJA 2014 s. 364 stod försträckningspåståendet mot ett påstående om gåva. HD lade då bevisbördan för sin version av vad som avtalats på den påstådda gäldenären. I ”Terrys restaurang” NJA 2017 s. 1094 invände borgenären att överföringen varit en betalning till honom. I det fallet ålades gäldenären bevisbördan i enlighet med huvudregeln i ”Hakvin och Elvira” NJA 1975 s. 577. I ”Den betalande sambon” NJA 2019 s. 23, förklarade borgenären ett flertal betalningar av fakturor till tredje man som normala bidrag till parternas levnadsomkostnader alternativt gåvor. Även i detta fall ålade HD gäldenären att bevisa att betalningarna varit lån till borgenären.

Som framgår har vissa klarlägganden gjorts beträffande vilka principer som ska tillämpas. Det får dock förmodas att ytterligare avgöranden behövs för att precisera och eventuellt utveckla bevisrätten i nämnda avseenden.

1.8 Avtals ogiltighet

1.8.1 Ocker

Ogiltighet på grund av ocker föreligger enligt 31 § AvtL då någon utnyttjat någon annans trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroende ställning för att ta eller betinga sig förmåner mot ett vederlag som står i uppenbart missförhållande till vederlaget eller framtida prestationsskyldighet. Av allmänna rättsgrundsatser som utvecklats i rättstillämpningen följer att, om ett avtal är ogiltigt, vardera kontrahenten är förpliktad att återbära vad han på grund av avtalet uppburit. Det är således inte fråga om att jämka avtalet så att den förfördelade ska utge en skälig gottgörelse. Ockerstadgandet är också sanktionerat straffrättsligt genom den motsvarande bestämmelsen i 9 kap. 5 § brottsbalken. Vissa jämförelser kan därför göras med straffrättsliga mål.

I det straffrättsliga NJA 2013 s. 1130 hade en änka, som led av psykisk sjukdom vilken uppträdde i skov, givit gåvor till sin syster i form av dels aktier och obligationer till ett värde av sammanlagt drygt 600 000 kr, dels ett penningbelopp om 800 000 kr som fördes över från änkans konto till systemens och dels en fastighet med ett taxeringsvärde om 655 000 kr. Frågan i målet var om systemen hade begagnat sig av oförstånd hos änkan, eller av en beroende ställning som änkan hade i förhållande till sin syster, för att bereda sig förmåner för vilket inte något vederlag skulle utgå.

Änkan hade tillsammans med sin dåvarande make upprättat ett inbördes testamente till förmån för Lunds universitet. Sedan maken gått bort hade änkan upprättat ett nytt testamente till förmån för sin syster. Enligt systemen var det också änkans vilja att föra över egendom till henne. Tanken var enligt systemen att hon och hennes dotter skulle bo tillsammans med änkan och att systemen skulle ta ansvaret för änkan, inklusive hennes ekonomi. Den avlidne maken hade bett systemen om

detta strax innan han dog. Systemen hade alltid haft en nära relation till makarna, och de litade på henne.

HD:s majoritet (3 justitieråd) konstaterade till en början att det inte fanns någon utredning om att systemen förmådde eller påverkade änkan att lämna värdepappren eller fastigheten i gåva till henne. När det gällde de överförda pengarna fann HD inte bevisat, med det beviskrav som uppställs i brottmål, att änkan handlat i oförstånd enligt ockerbestämmelsens mening. Eftersom systemen tagit över omvårdnaden av änkan och hennes ekonomi ansåg HD att änkan däremot stod i beroendeställning till systemen.

Genom överföringen av pengar uppnåddes enligt HD de önskemål som änkan fick anses ha gett uttryck för, nämligen att skapa förutsättningar för en gemensam bostad för systrarna, undvika att förordnandet om efterarv kunde verkställas och skapa skydd mot oönskade påtryckningar från släktingar. Mot bakgrund av detta kunde det enligt HD inte anses visat att det var änkans beroende ställning som föranledde eller påverkade hennes beslut att godta att systemen gjorde överföringen. Systemen kunde därför inte anses ha begagnat sig av änkans beroende ställning för att skaffa sig en förmån. HD fortsatte med att konstatera att pengarna överfördes för att användas av systrarna gemensamt för bostadsändamål. Det var bl.a. med hänsyn till detta inte klarlagt att förmånen stod i ett uppenbart missförhållande till vederlaget. En minoritet kom fram till systemen hade utnyttjat änkans oförstånd och behövde då inte pröva beroendeställningen.

1.8.2 Förklaringsmisstag

I det på annat ställe redovisade NJA 2016 s. 1195 (se avsnitt 1.2.2) om internetauktionen diskuterades bl.a. den i 39 § AvtL upptagna *re integra*-regelns förhållande till de i 32 § första stycket införda reglerna om förklaringsmisstag. I det fallet framgick dock av omständigheterna att en accept inte hade lämnats. Det blev således inte aktuellt att tillämpa reglerna om förklaringsmisstag.

1.8.3 Oskäligen avtalsvillkor

1.8.3.1 Friskrivningsklausuler

I NJA 2007 s. 962 uppkom fråga om jämkning av en friskrivningsklausul i ett avtal om s.k. överlåtelsebesiktning. Av utredningen framgick att två makar vid ett telefonsamtal uppdragit åt en besiktningsman att utföra en överlåtelsebesiktning av en fastighet som de avsåg att förvärva. Besiktningsmannen accepterade uppdraget. Besiktningsmannen överände omgående en skriftlig orderbekräftelse som påtecknades och returnerades av en av makarna samma dag. Besiktningen utfördes i närvaro av denne några dagar senare. Ytterligare ett par dagar därefter tillställdes makarna resultatet av det utförda uppdraget i form av ett besiktningsutlåtande i vilket den i målet aktuella bestämmelsen om ansvarsbegränsning ingick som en del.

I ansvarsbegränsningen angavs bl.a. följande. En besiktningsförrättare var ansvarig för skada som besiktningsförrättaren orsakade genom vårdslöshet eller försummelse vid utförandet av överlåtelsebesiktning. För detta ansvar gällde vissa angivna begränsningar. Krav mot besiktningsförrättaren skulle anmälas (reklamera) till denne inom skälig tid efter att skadan märkts eller bort märkas. Reklamation fick dock inte ske senare än två år efter uppdragets avslutande. Uppdraget angavs vara avslutat när besiktningsförrättaren begär betalning för besiktningen. Skedde inte reklamation inom föreskriven tid var eventuell rätt till ersättning förlorad oavsett grunden för anspråket.

HD prövade till en början om klausulens preskriptionsbestämmelse skulle lämnas utan avseende enligt 36 § AvtL. Som utgångspunkt angavs bl.a. följande. En överlåtelsebesiktning är att betrakta som en immateriell tjänst. Sådana tjänster faller utanför konsumenttjänstlagens (1985:716) tillämpningsområde. Om det aktuella preskriptionsvillkoret inte skulle utgöra avtalsinnehåll mellan parterna följer av 2 § preskriptionslagen (1981:130), att makarnas eventuella fordran preskriberas tio år efter tillkomsten. Det var alltså betydande skillnad beroende på om klausulen skulle stå sig eller inte.

HD anförde att den aktuella preskriptionsbestämmelsen, mot bakgrund av reglerna om verkan av utebliven reklamation inom tre år, till sitt innehåll inte kunde anses vara påtagligt överraskande eller tyngande för en beställare av en överlåtelsebesiktning. I detta sammanhang hänvisade HD till reglerna i 23 § KKöpl om fel i en köpt vara samt i 17 och 18 §§ KTjL vid arbete utfört på lös sak. Det förhållandet att preskriptionstiden var tre år kunde enligt HD inte i sig anses medföra att en två-årig preskriptionstid generellt sett är oskälig i ett avtal som faller utanför tillämpningsområdet för de angivna tvingande bestämmelserna. Inte heller var omständigheterna i övrigt sådana att villkoret kunde anses oskäligt i det aktuella fallet.

Målet innefattade även en fråga om ansvarsbegränsningen hade inkorporerats i avtalet, vilket behandlas i avsnitt 1.9.1.3.

Frågor om jämkning av friskrivningsklausul i ett avtal avseende besiktning vid överlåtelse av fast egendom kom upp också i ”Den övertagna överlåtelsebesiktningen” NJA 2017 s. 113. Där gjorde HD några intressanta uttalanden om hur man ska angripa frågan om en avtalspart med verkan kan friskriva sig från ansvar för skada som har vållats uppsåtligt eller av grov vårdslöshet. I rättsfallet hade säljarna utfört en s.k. överlåtelsebesiktning inför en kommande försäljning av en bostadsfastighet. För övertagandet av rättigheter och skyldigheter enligt besiktningsutlåtandet betalade köparna 3 900 kr. I det priset ingick en genomgång av besiktningsutlåtandet med besiktningsmannen. Bland kontraktshandlingarna fanns en uppdragsbekräftelse och till denna fogades allmänna villkor. Av dessa framgick att besiktningsmannens skadeståndsskyldighet var begränsad till ett belopp motsvarande skillnaden mellan fastighetens värde vid överlåtelse tillfället med respektive

utan fel i besiktningsutlåtandet och inte i något fall översteg 15 prisbasbelopp enligt lagen om allmän försäkring vid den tidpunkt då avtal om överlåtelsebesiktning träffades. Det var i målet ostridigt att takbeloppet enligt bestämmelsen svarade mot 636 000 kr.

Det prövningstillstånd som meddelats i HD innebar att hovrättens bedömningar skulle ligga till grund för prövningen. Av dessa följde att HD hade att utgå från att besiktningsmannen av vårdslöshet hade underlåtit att i besiktningsutlåtandet notera de fel i fastigheten som hovrätten hade funnit klarlagda och att detta orsakat köparna skada motsvarande 1 802 558 kr. Graden av vårdslösheten var dock öppen för prövning. Frågan var således om ansvarsbegränsningsklausulen skulle stå sig gentemot köparna på grund av besiktningsmannens vårdslöshet.

Till en början fick HD ägna en del utrymme åt frågan om vilken rätt köparna egentligen hade övertagit mot besiktningsmannen. Slutsatsen blev att besiktningsmannen fick anses ha tagit på sig ett i skadeståndshänseende självständigt ansvar mot köparna för riktigheten av överlåtelsebesiktningen. Köparna hade alltså rätt till ersättning för skada som de hade lidit till följd av sådana fel eller risker som besiktningsmannen av oaktsamhet har underlåtit att anmärka i det övertagna besiktningsutlåtandet. Att besiktningen hade utförts på säljarens uppdrag hade dock viss betydelse för bedömningen av skäligheten.

När det sedan gällde frågan om ansvarsbegränsningens verkan uttalade HD att det i doktrinen hävdats att det är en viktig, men okodifierad, rättsprincip att en part inte med rättslig verkan kan friskriva sig från ansvar för skada som har vållats uppsåtligen eller av grov vårdslöshet. Det fanns emellertid också enligt HD den uppfattningen att rättsläget beträffande friskrivningar från egen grov vårdslöshet och anställdas handlingar som gjorde att rättsläget fick betraktas som mer eller mindre osäkert, särskilt med hänsyn att grov vårdslöshet beror på det rättsliga sammanhang där frågan kommer upp och att begreppet därför ger dålig vägledning. Mot den bakgrunden anslöt sig HD till en uppfattning som, efter tillkomsten av 36 § AvtL, vunnit insteg i den juridiska litteraturen, nämligen att frågan huruvida det finns skäl för att åsidosätta en ansvarsbegränsning på grund av en skadegörarens klandervärda agerande, inbegripet hans eventuellt grova vårdslöshet eller uppsåtliga handlande, lämpligen bör hanteras inom ramen för 36 §.

Det framgår således att HD ger uttryck för att man ska bedöma frågor om ansvarsfriskrivning vid grov vårdslöshet enligt 36 § AvtL i stället för den traditionella synen där graden av vårdslöshet är avgörande. Rättsfallet ger således inte uttryck för en rättsgrundsats utan avser mer vilken metod som ska användas när ansvarsfriskrivningar ska bedömas. Som HD själv anförde kan detta ge möjlighet till en mer flexibel tillämpning anpassad till förhållandena i det enskilda fallet. Det utesluter enligt HD inte att grövre oaktsamhet på löftesgivarens sida vid en jämningsprövning skulle kunna vara skäl nog för att helt sätta åt sidan en ansvarsbegränsning.

Vid den helhetsbedömning som ska göras skulle hänsyn enligt HD tas till olika omständigheter i det enskilda fallet. Förutom arten och graden av överträdelsen också till effekten av villkoret, om det innebar en rimlig omfördelning av risken för skada, och vilka skyddsbehov som gjorde sig gällande. HD förde kring dessa omständigheter ett utförligt resonemang vilket resulterade i att det inte fanns tillräckliga skäl att jämka ansvarsfriskrivningen.

En tillämpning av 36 § AvtL måste anses vara mer ägnad att leda till ett tillfredsställande materiellt resultat i det enskilda fallet än om enbart skuldgraden skulle bli avgörande. Tillämpningen av en helhetsbedömning kan göra det svårare att förutse rättsläget, men näppeligen inte i högre grad än vad som blir fallet utifrån en bedömning enligt skuldgraden.

Med de ställningstaganden som HD gjorde i ”Den övertagna överlåtelsebesiktningen” NJA 2017 s. 113 aktualiserades inte frågan om hur jämkningen ska ske. Här finns många intressanta frågeställningar som det säkert finns anledning att återkomma till, särskilt mot bakgrund av den rättspraxis som EU-domstolen utvecklat i anslutning till avtalsvillkorsdirektivet.

Försäkringsvillkor utsätts ofta för en skälighetsprövning. I NJA 2005 s. 745 hade ett rättsskyddsombud utfört arbete för en klient. Klienten hade en rättsskyddsförsäkring och ombudet begärde ersättning för arbetet under den försäkringen. Försäkringsbolaget bestred ersättningskyldighet med hänvisning till att försäkringstagaren inte hade rätt till ersättning för kostnader för ombudet enligt ett villkor i försäkringen. Villkoret hade följande lydelse.

6.2 Val om ombud

Den försäkrade måste anlita ombud. Om försäkrad inte anlitar ombud eller om han anlitar annat ombud än vad som sägs nedan, gäller inte försäkringen.

Som ombud skall anlitas den som är lämplig med hänsyn till den försäkrades bostadsort och ärendets natur och som ...

3. kan visa att han någon gång under de senaste tre åren förordnats till biträde enligt rättshjälpslagen i tvist av liknande beskaffenhet och fortfarande är lämplig som sådant biträde

4. på annat tillfredsställande sätt visat att han har särskild lämplighet för uppdraget eller som vid skattemål är anställd hos och utsedd av LRF Konsult.

För att den försäkrade skall få anlita ombud enligt .3 och .4 ovan krävs att ombudets lämplighet prövas av Försäkringsbolagens Rättsskyddsnämnd.

Det var i målet utrett att ombudets lämplighet hade prövats två gånger och att biträdet två gånger av Försäkringsbolagens Rättsskyddsnämnd som då funnit att det inte var visat att biträdet uppfyllde kraven i försäkringsvillkoren.

HD ansåg till en början att det av utformning av villkoret fick anses framgå att det var en förutsättning för ersättning av ombudskostnader

att Försäkringsbolagens Rättsskyddsämnd vid prövning funnit att ombudet uppfyller försäkringsvillkorens krav på lämplighet. Någon förnyad bedömning skulle inte ske i domstol.

Då uppstod frågan om villkorets giltighet. Rådets direktiv 87/344/EEG av den 22 juni 1987 om samordning av lagar och andra författningar angående rättsskydds försäkring, det s.k. rättsskydds försäkringsdirektivet, hade genomförts genom lagen (1993:1303) om vissa avtalsvillkor för rättsskydds försäkring. I 3 § i den lagen föreskrivs att ett avtal om rättsskydds försäkring ska ge den försäkrade rätt att vid försäkringsfall efter eget val utse en advokat eller en annan lämplig person att biträda honom samt att denna rätt får inskränkas endast undantagsvis.

HD ansåg att på det sätt rättsskydds försäkringsdirektivet genomförts i svensk rätt innebär det att den försäkrade inte är skyldig att avvakta något besked från försäkringsgivaren innan han eller hon utser ett ombud samt att, med vissa undantag, försäkringsgivaren inte får uppställa något annat krav på ombudet än att han eller hon är lämplig. I den mån ett ombud uppfyller de krav som lagen kan anses ställa får försäkringsgivaren alltså inte ställa upp några ytterligare krav när det gäller ombudets lämplighet. De villkor som uppställts i villkoret 6.2 punkterna 3 och 4 ansåg HD innebära en sådan inskränkning av rätten att efter eget val få utse ombud som stod i strid mot de tvingande bestämmelserna i 3 § lagen om vissa avtalsvillkor för rättsskydds försäkring (efter lagändring framgår det numera uttryckligen att regeln är tvingande). Domstolen antydde att den nog inte hade varit främmande för att jämka avtalsvillkoret — som ansågs stå i strid med marknadsrättslig reglering — med stöd av 36 § AvtL för det fall regeln i 3 § hade ansetts vara dispositiv.

Twistefrågan i NJA 2009 s. 408 gick tillbaka på en brand i en maskinhall och i en panncentral belägna på en fastighet. Byggnaderna, som brann ned till grunden, var försäkrade. Sedan ägaren väckt talan mot försäkringsbolaget i fråga om rätt till försäkrings ersättning fastställdes att ägaren var berättigad till försäkrings ersättning för den skada han åsamkats till följd av branden. Härefter uppstod tvist mellan parterna om på vilket sätt och med vilket belopp skadan skulle ersättas. Försäkringsbolag hade under brandförsäkringen rätt att, i stället för att utge kontant ersättning för skada på egendom, föreskriva att skadan skulle återställas. Som framställningen återkommer till kunde detta villkor inte tolkas eller jämkas så att försäkringsbolaget hade en skyldighet att återställa egendomen (se avsnitt 1.9.4.1). Däremot användes 36 § AvtL för att jämka avtalet i ett annat avseende.

Enligt försäkringsbolaget skulle skaderegleringen enligt brandförsäkringen ske så att ägaren själv skulle bekosta återställandet av byggnaderna. Först när den försäkrade egendomen återställts, skulle försäkrings ersättning betalas senast en månad efter det att den försäkrade

visat att så skett. HD fann att en skadereglering på det sätt som försäkringsavtalet föreskrev i praktiken medförde att ägaren saknade möjlighet att få rätt till ersättning från försäkringen vid en tillämpning av villkoret enligt dess lydelse. Den möjlighet som i den uppkomna situationen fanns var att med stöd av 36 § AvtL jämka försäkringsvillkoren som uppenbart oskäligen när det gäller sättet för utbetalning av försäkringsersättning. Frågan om jämkning hade dock inte prövats av hovrätten varför målet återförvisades dit för fortsatt handläggning.

1.8.3.2 Internetauktion

I det i avsnitt 1.2.2.3 redovisade NJA 2016 s. 1195 kom HD fram till att en säljare var bunden till ett avtal genom att sluttiden för en *internetauktion* hade passerats. Frågan var då om avtalet skulle lämnas utan avseende enligt 36 § AvtL. HD var kort i sin motivering i denna del och anförde att den uppkomna oklarheten rörande sluttiden för auktionen hade orsakats av säljaren. Varken omständigheterna vid eller efter avtalets tillkomst såsom prisskillnaden mellan buden motiverade en tillämpning av 36 § AvtL.

1.8.3.3 Kollektivavtal

Frågan om utrymmet för att med stöd av 36 § AvtL jämka villkor i kollektivavtal har ansetts vara mycket begränsat (se SOU 1974:83 s. 62, 113, 117 och 147, prop. 1975/76:81 s. 114, Tore Sigeman, 36 § AvtL och arbetsrätten, Festskrift till Jan Hellner, 1984, s. 587 ff.).

HD fick anledning att i NJA 2011 s. 67 ta ställning till frågan. I målet gällde för medlemmar i Sveriges Frisörföretagare ett kollektivavtal med Handelsanställdas förbund. Av kollektivavtalet följde en skyldighet för arbetsgivare att teckna avtal hos Fora i enlighet med vissa försäkringsvillkor. Enligt § 15 i försäkringsvillkoren debiterades arbetsgivare som förbundit sig att teckna försäkringsavtal men försummar att göra det, premie från den tidpunkt då kollektivavtalet trädde i kraft. Fora yrkade att frisörföretaget Mandalay, som inte hade tecknat försäkring hos Fora, skulle förpliktas att till Fora för vissa försäkringar (AFA-försäkringar och Avtalspension SAF-LO) betala premier avseende åren 2000–2004 jämte ränta och avgifter enligt villkoren. Frågan var om ett sådant villkor var oskäligt.

HD ansåg att Mandalays talan inte avsåg jämkning av kollektivavtalet som sådant utan det individuella avtalsförhållandet som uppkommit mellan parterna som en följd av det tecknade kollektivavtalet. Även om således kollektivavtalet inte kunde jämkas fanns det enligt HD inget som utesluter jämkning i ett enskilt rättsförhållande vars innehåll bestäms av kollektivavtalet. Beträffande bedömningen av villkorets skälighet var det centralt att Mandalay fått beskedet från Handels Borås om att försäkring kunde tecknas hos annat försäkringsbolag. Det beskedet saknade dock avtalsverkan med hänsyn till reglerna i medbestämmandelagen. Att då genom jämkning åstadkomma en motsvarande verkan

kunde enligt HD inte komma i fråga. Inte heller argument kopplade till den fria konkurrensen kunde föranleda jämkning. Villkoret skulle således tillämpas enligt sin lydelse och premien betalas.

Här ska noteras att Arbetsdomstolen i AD 2015 nr 70 gett klart svar på frågan om det är möjligt att jämka ett kollektivavtal. Tvist hade uppkommit huruvida stridsåtgärder riktade mot fartyget *Sava Star* för att få ägarna att teckna kollektivavtal var otillåtna och om kollektivavtalen i så fall var ogiltiga eller oskäliga. Fartygsägarna yrkade att förbundet skulle dels återbetala vissa avgifter som ägarna i enlighet med kollektivavtalen hade betalat till förbunden, dels betala skadestånd för ekonomisk förlust som bolaget lidit till följd av stridsåtgärderna. Arbetsdomstolen inhämtade förhandsavgörande (se AD 2012 nr 10 och Fonnship, C-83/13, EU:C:2014:2053). Arbetsdomstolens kom i sitt avgörande 2015 fram till att bolaget var tillhandahållare av de sjötransporttjänster som utfördes med *Sava Star* och att sjötransporttjänsterna omfattades av reglerna om fri rörlighet för tjänster. Arbetsdomstolen anförde vidare att stridsåtgärderna försvarade för bolaget att utöva rätten till fri rörlighet för tjänster. Även om syftet med stridsåtgärderna utgjorde berättigade mål hade stridsåtgärderna gått utöver vad som varit nödvändigt för att uppnå målen med dem och stridsåtgärderna hade därför stått i strid med EU-rätten. Med beaktande av bl.a. den i EU tillämpade s.k. likvärdighetsprincipen lämnade Arbetsdomstolen kollektivavtalen utan avseende enligt 36 § AvtL. Återbetalning av avgifter enligt kollektivavtalet skulle därför ske och skadestånd skulle utgå till ägarna. Den förmögenhetsrättsliga generalklausulen kan således i speciella situationer vara ett verktyg för att komma till rätta med oskäliga kollektivavtal på samma sätt som gäller för andra avtal.

1.8.3.4 Abonnemangsavtal

Villkor om automatisk förlängning av tidsbestämda avtal, även kallade abonnemangsavtal, förekom tidigare relativt allmänt vid olika typer av avtal mellan näringsidkare och konsument. Sådana villkor var särskilt vanliga på vissa områden, bl.a. när det gäller avtal om TV-abonnemang, mobiltelefonabonnemang, gymkort och internetdejting. I allmänhet var avtalsvillkoren utformade så att den bestämda tidsperioden förlängdes om konsumenten inte sade upp avtalet senast vid en viss tidpunkt innan avtalstiden löpte ut. Avtalet förlängdes alltså utan ett aktivt godkännande från konsumenten eller en påminnelse från näringsidkaren.

I NJA 2012 s. 776 fick HD anledning att bedöma ett avtalsvillkor om automatisk förlängning vid avtal om gymkort. Avtalsförhållandet var ett konsumentförhållande som varade under tolv månader och förlängdes automatiskt om det inte sades upp. Av misstag sade gymkunden inte upp avtalet i tid. Förlängningen innebar en inte obetydlig ekonomisk belastning. Vid bedömningen av om avtalsvillkoret var oskäligt ansågs det vara av betydelse om kunden i lämplig form och i rimlig tid påmints

om att uppsägning skulle ske och konsekvenserna av en utebliven uppsägning. Att gymkunden vid incheckning vid sina besök i träningslokalen påmints om avtalet och avtalstiden genom en bildskärm som stått uppställd på mottagningsdisken i lokalen ansågs inte tillräckligt. Avtalet jämkades och gymmets talan om att få ut abonnemangsavgiften ogillades. Rättsfallet påminner om det som var uppe till bedömning i MD 2005:34 rörande ett digitalt TV-abonnemang.

Det ska noteras att lagstiftaren, trots att frågan hanterats i rättstillämpningen, såg sig föranledd att lagstifta mot förlängningsklausuler. I lagen (2014:1449) om konsumentskydd vid automatisk avtalsförlängning ges regler för avtal som innehåller villkor om att avtalet förlängs om konsumenten inte säger upp det, om det inte finns särskilda bestämmelser om förlängning av ett avtal eller om konsumenten efter förlängningen kan säga upp avtalet till upphörande inom tre månader från uppsägningen. Enligt lagen åläggs näringsidkaren att inför en förlängning påminna konsumenten om att avtalet förlängs om inte uppsägning sker.

1.9 Tolkning av avtal

1.9.1 Inledning

1.9.1.1 Subjektiva och objektiva moment

Ett avtalsinnehåll speglar i en idealvärld den gemensamma partsavsikten, dvs. vad parterna faktiskt gemensamt kommit överens om genom avtalet. Detta är också utgångspunkten vid tolkning av avtal. Hur parterna har tänkt och diskuterat vid avtalets ingående och liknande utgör sådana omständigheter som kan ge uttryck för den gemensamma partsavsikten (se t.ex. "Det andra bolaget" NJA 2014 s. 960). Emellertid är en sådan subjektiv utgångspunkt för avtalstolkning problematisk eftersom det i de situationer där en tolkningsfråga uppkommer inte går att utröna den gemensamma partsavsikten. Analysen blir därför konstlad och fiktiv. I stället måste en helt annan metod tillämpas som är inriktad mot de objektiva omständigheterna.

Ibland uttalar HD att domstolen tillämpar en objektiv metod. Så skedde i NJA 2017 s. 94 där parterna i en arbetstvist på grund av avskedande hade ingått en förlikning. Denna stadfästes av domstolen i dom på så sätt att arbetsgivaren ålades att betala ett visst belopp i allt för ett. Arbetsgivaren fullgjorde sin betalningsskyldighet enligt domen genom att göra skatteavdrag på beloppet vid utbetalning av förlikningsersättningen till arbetstagaren. HD angav att en förlikning ska tolkas objektivt. En tolkning som innebär att beloppet avsåg ersättningen till arbetstagare efter avdrag för skatt framstod som långsökt. Dessutom skulle den enligt HD innebära att bolaget i praktiken betalade en högre ersättning till honom än vad domen ger uttryck för. Ytterligare belopp skulle alltså inte utgå.

Hur denna objektivt inriktade metod närmare är beskaffad är dock inte lätt att sammanfatta. Emellertid har vissa principer successivt utvecklats av HD i samverkan med den juridiska litteraturen. Även om det ligger en fara i att alltför mycket systematisera tolkningsförfarandet finns det ändå en tendens att vilja hantera tolkningsmaterialet utefter en differentierad metod där ett antal olika faktorer skapar ett mönster.

I de rättsfall som förekommer under den här redovisade perioden har HD framhållit några olika faktorer som viktiga för att klarlägga avtalets innebörd. Hur parterna har diskuterat vid *avtalsförhandlingarna* och liknande utgör sådana omständigheter som kan ge uttryck för den gemensamma partsavsikten. Sådana omständigheter kan givetvis även få betydelse i en objektivt inriktad tolkning. Det centrala är emellertid ofta det omtvistade villkorets *ordalydelse*. När detta inte ger något besked ska ledning sökas *i systematiken och de övriga villkoren i avtalet*; det gäller särskilt när bestämmelserna i avtalet är avsedda att utgöra ett sammanhängande system. Avtalets *ändamål* och *syfte* är också faktorer att ta hänsyn till. Närliggande syftet och ändamålet är också det *affärsmässiga sammanhanget* som ett villkor förekommer i. Detta beaktas givetvis också vid den objektivt inriktade tolkningen. Även *förarbeten till standardavtal*, som utgör ett s.k. *agreed document*, kan ge ledning för att utröna innebörden av avtalet. När inte heller detta ger någon ledning ska avtalsvillkoret tolkas i ljuset av *bakomliggande dispositiv rätt* eller andra närliggande normer. Den dispositiva rättens genomslagskraft kan dock behöva begränsas, t.ex. om en rättsregel passar illa in i avtalsystemet. Ytterst och sist ska det göras en mer övergripande *rimlighetsbedömning*. I denna kan ingå ändamålsöverväganden och intresseavvägningar av olika slag.

Principuttalanden av detta slag förekommer i ett betydande antal avgöranden under den aktuella perioden. I andra avgöranden har dessa principuttalanden tillämpats utan vidare kommentarer. Här kan hänvisas exempelvis till "Skadorna på Läckebys arbeten" NJA 2013 s. 271, "Det andra bolaget" NJA 2014 s. 960, "Den uteblivna slutbesiktningen" NJA 2015 s. 862, "De enstegstätade fasaderna II" NJA 2015 s. 1040, "Bygglovet och särskoleplaceringen" NJA 2017 s. 237, "Högskoleavgiften" NJA 2018 s. 266, "NSAB-försäkringen" NJA 2018 s. 301 och "De ingjutna rören" NJA 2018 s. 653.

I olika sammanhang har domstolen angett att vissa faktorer är viktigare än andra (jfr "Den uteblivna slutbesiktningen" NJA 2015 s. 862), men i andra situationer är det inte görligt att generellt ange vilken eller vilka tolkningsfaktorer som ska vara utslagsgivande, utan får avgöras utifrån en helhetsbedömning i det enskilda fallet (se "Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen" NJA 2018 s. 834).

1.9.1.2 En tolkningsmetod med beaktande av avtalets särart

Beträffande särskilt försäkringsavtal har diskuterats huruvida det föreligger en egen tolkningstradition. Detta främst mot bakgrund av

att HD i ett par rättsfall möjligen antytt att så skulle vara fallet (se NJA 2001 s. 750 och NJA 2006 s. 53). På senare tid har dock domstolen i några andra rättsfall gått mot en mer generell tolkningsstil även beträffande försäkringsvillkor (jfr ”BWE:s rättsskyddsförsäkring” NJA 2013 s. 253 p. 6, ”Bygglovet och särskoleplaceringen” NJA 2017 s. 237 p. 14, ”Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen” NJA 2018 s. 834 och ”Connecta” NJA 2019 s. 638 II).

Domstolen har i dessa senare fall framhållit att flera olika faktorer ska beaktas vid tolkningen av såväl försäkringsvillkor som avtal i allmänhet. Därvid är det naturligt att avtalstypens affärsmässiga sammanhang (se t.ex. NJA 2010 s. 559) och de underliggande standardavtalens särdrag får betydelse för urvalet och avvägningen av de olika tolkningsfaktorerna. Detta gäller givetvis vid tolkning av alla typer av avtal och är inte speciellt för just försäkringsavtal. Att avtalets affärsmässiga realiteter och det sammanhang där det förekommer beaktas, innebär inte att det har utbildats en egen avtalstolkningsmetod för just den aktuella avtalstypen.

1.9.1.3 Inkorporering av standardvillkor m.m.

I det i avsnitt 1.8.3.1 redovisade NJA 2007 s. 962, rörande en ansvarsfriskrivning i ett avtal om besiktningssuppdrag, uppkom även en fråga om en friskrivningsklausul hade införlivats i ett avtal om s.k. överlåtelsebesiktning. Besiktningsmannen översände omgående efter beställning av besiktningstjänsten en skriftlig orderbekräftelse som påtecknades och returnerades av en av de beställande makarna samma dag. Ett par dagar efter besiktningen tillställdes makarna resultatet av det utförda uppdraget i form av ett besiktningsutlåtande i vilket den i målet aktuella bestämmelsen om ansvarsbegränsning ingick.

I frågan om ansvarsbegränsningen ingick som en del i parternas avtal lade HD vikt vid att beställningen skedde per telefon utan någon föregående diskussion eller skriftväxling samt att tjänsten inte var av helt okomplicerad karaktär. Makarna hade därför anledning att räkna med att de närmare villkoren för uppdragets utförande skulle kunna komma att preciseras genom att besiktningsmannen i nära anslutning till beställningen av uppdraget och innan det utförts skulle översända eller på annat sätt meddela de villkor som gällde. Om de inte ville bli bundna av villkoren hade de i så fall haft en skyldighet att klargöra detta för besiktningsmannen. Emellertid innehöll i detta fall inte orderbekräftelsen någon precisering av avtalsinnehållet, utan endast en bekräftelse på tid och plats för utförandet av besiktningen. Det förhållandet att det aktuella villkoret hade intagits i själva besiktningsutlåtandet och att makarna inte gjorde någon invändning mot detta kunde enligt HD inte medföra att de blivit bundna av villkoret. Med hänsyn härtill kunde den i målet aktuella tidsmässiga ansvarsbegränsningen inte anses utgöra avtalsinnehåll. Makarna hade därmed inte förlorat sin rätt att framställa krav med anledning av det påstådda felet i den

utförda besiktningstjänsten. Målet innefattade även en fråga om ansvarsbegränsningens skälighet (se vidare avsnitt 1.8.3.1).

I NJA 2011 s. 600 (se även avsnitt 1.2.1.2, 4.1.2 och 4.5.1) hade en patient genomgått en tandvårdsbehandling som blev misslyckad. Parterna var eniga om att behandlingen behövde göras om. Vårdgivaren, Karolinska institutet som del av den offentliga vården, hade därför remitterat patienten till en specialisttandläkare. Vårdgivaren krävde dock att patienten först skulle betala hela beloppet för den ursprungliga behandlingen enligt sina allmänna villkor. En fråga som uppkom var om de avtalsvillkor beträffande betalning som vårdgivaren använde var tillämpliga mellan parterna.

I den frågan gjorde HD följande allmänna uttalanden. Huvudregeln för att ett avtal ska anses införlivat är att standardvillkor måste bringas till motpartens kännedom före avtalslutet för att bli en del av avtalet. Beträffande villkor som inte varit föremål för individuell förhandling, dvs. villkor som konsumenten inte har beretts möjlighet att påverka, krävs att näringsidkaren vidtagit skäligen åtgärder för att uppmärksamma konsumenten på dem senast i samband med avtalsingåendet. När standardvillkoren sammanförs med de individuellt förhandlade villkoren i samma text anses detta tillräckligt för att standardvillkoren ska anses utgöra en del av avtalet mellan parterna. När standardvillkoren är tryckta på baksidan av avtalsdokumentet krävs en tydlig hänvisning till standardvillkoren på framsidan för att villkoren ska anses utgöra del av avtalet. En tydlig hänvisning bland de individuella villkoren krävs också när standardvillkoren återfinns i en särskild bifogad handling. Något krav på att konsumenten faktiskt tagit del av villkoren ställs dock inte upp. Strängare krav än annars ställs upp i fråga om oväntade, överraskande och särskilt tyngande klausuler i standardvillkor.

I det aktuella fallet hade patienten inte informerats om villkoren eller på annat sätt agerat så att han blev bunden av dem. Som framgår är HD:s uttalanden om införlivande av standardvillkor av allmän karaktär. Det är egentligen inget nytt som tillförs frågan genom rättsfallet utan avgörandet kan ses som en uppsummering av rättsläget.

1.9.1.4 Tolkning, utfyllnad och korrigerings

Traditionellt har man skiljt mellan *avtalsstolkning* och *utfyllnad* av ett avtal. Tolkning sker av avtalet sådant det kommit till uttryck medan utfyllnad avser att avtalet fylls ut eller kompletteras, ofta med sikte på vilka verkningar det har. Det framhålls emellanåt att det är lönlöst att upprätthålla en strikt skillnad mellan tolkning och utfyllnad av avtalet (se t.ex. NJA 2010 s. 416 p. 5, som rörde beräkning av priset på den sålda hästen Ramses). Såvitt framkommer av innevarande periods rättsfall förekommer det inte att HD i sin rättstillämpning gör någon skillnad härvidlag.

I ”Den uteblivna slutbesiktningen” NJA 2015 s. 862 (se avsnitt 1.9.4.3, 1.9.4.7 och 5.1.1.2) var frågan i målet om preskriptionstiden skulle räk-

nas från den tidpunkt vid vilken slutbesiktning av hela entreprenaden skulle ha genomförts. Någon slutbesiktning av totalentreprenaden hade dock aldrig genomförts. Avtalet var i denna del oklart då det enligt ordalydelsen knöt preskriptionen till att slutbesiktning skett, men avtalets systematik talade i annan riktning. HD:s majoritet uttalade att när det gäller en avtalad preskriptionsregel bör en utfyllande tolkning godtas bara om det finns klara hållpunkter för det.

I ”Det andra bolaget” NJA 2019 s. 960 anförde HD att det ytterst och sist ska göras en mer övergripande rimlighetsbedömning, som undantagsvis kan innebära att en avtalslucka fylls ut med en till det specifika avtalet tillpassad regel, t.ex. vid tvingande ansvarsförsäkring till en skadelidandes fördel (jfr NJA 2009 s. 355 och ”Cremonas ansvarsförsäkring” NJA 2017 s. 601). Detta är ett uttryck för att domstolen inte tvekar att fylla ut ett avtal om det skulle visa sig nödvändigt.

Även korrigerande tolkning kan iakttas i vissa rättsfall. I det tidigare behandlade (se avsnitt 1.8.3.1) avgörandet ”Den övertagna överlåtelsebesiktningen” NJA 2017 s. 113 om en besiktningsmans ansvar, framgick av ordalydelsen att besiktningsmannen ansvarade för uppdragsgivarens skada och att det var rätten till ersättning för denna skada som den andra personen skulle ”överta”. HD menade att det sammanhang i vilket övertagandet skett innebar att besiktningsmannen åtagit sig ansvar för övertagarens skada.

Att det finns gränser för en korrigerande tolkning framgår av NJA 2009 s. 408. Här hade ett försäkringsbolag under en brandförsäkring rätt att, i stället för att utge kontant ersättning för skada på egendom, föreskriva att skadan skulle återställas. Enligt HD kunde detta villkor inte tolkas så att försäkringsbolaget hade en skyldighet att återställa egendomen. Inte heller kunde en jämkning av försäkringsvillkoren ge underlag för att ålägga försäkringsbolaget en sådan skyldighet, något som skulle innebära en alltför drastisk förändring av rättsförhållandet mellan försäkringsbolaget och försäkringstagaren. Däremot användes 36 § AvtL för att jämka avtalet i ett annat avseende (se avsnitt 1.8.3.1).

Ett typexempel på när korrigering av avtalets ordalydelse ska ske är när den strider mot tvingande lag. Men korrigering av ordalydelsen kan aktualiseras även av andra orsaker. Detta framgår av t.ex. ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203 och ”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171 (se avsnitt 3.1 och 1.9.3). Möjligen kan även det i avsnitt 1.5.1 redovisade NJA 2005 s. 142 räknas hit.

1.9.2 Faktiska omständigheter i samband med avtalsslutet

Alla omständigheter som föreligger innan avtalet har ingåtts kan ge ledning för hur avtalet ska tolkas. Således kan s.k. avtalspreliminärer och vad som sagts vid avtalsförhandlingar ge viss ledning för hur parterna tänkt sig avtalet, och på så sätt kan i undantagsfall den gemensamma partsavsikten fastställas. Emellertid måste vad parterna sagt eller gjort före avtalets ingående betraktas med viss skepsis; vad

som förekommit vid en viss förhandlingsrunda kan part uttryckligen eller underförstått ha tagit avstånd från.

Under den här aktuella perioden har det inte i något rättsfall förekommit att domstolen kunnat konstatera en gemensam partsvilja. Hur parterna agerat före avtalets ingående får i stället huvudsakligen betydelse som en faktor att beakta vid en objektivt inriktad tolkning.

På samma sätt som med omständigheter före avtalsingåendet kan man resonera med *parternas handlande efter avtalet*. Sådant handlande utgör ofta underlag som en objektiv faktor för att fastställa avtalsinnehållet. I tolkningssammanhang kan parternas agerande efter avtalsslutet knappast ligga till grund för en subjektivt inriktad tolkning. Avtalet har ju redan slutits och den gemensamma partsviljan tar sikte på vad parterna var överens om vid avtalsslutet. Möjligen kan parternas agerande efter avtalsslutet påverka huruvida ett nytt avtalsförhållande inträtt eller hur avtalet annars ska förstås.

I NJA 2010 s. 559 hade musikförlaget EMI gett ut en CD-skiva med sång och musik av Evert Taube. På CD-omslagets framsida förekommer en bild av Evert Taube, tagen av en fotograf. EMI distribuerade skivan till Åhléns som är en av EMI:s återförsäljare. Åhléns hade en s.k. film- och CD-rea i oktober 2003. I samband härmed gav Åhléns ut en reklamkatalog som innehöll titlar på olika filmer och CD-skivor. En av CD-skivorna utgjordes av den nämnda skivan med Evert Taube. I katalogen fanns en bild som återgav CD-omslagets framsida. Det framgick inte vem som tagit bilden på Evert Taube. Fotografen gjorde gällande att Åhléns inte hade rätt att använda bilden i reklamkatalogen utan hans samtycke och utan att hans namn angavs och därför skulle betala skadestånd. Majoriteten behövde inte ta ställning till efterföljande agerande eftersom den ansåg att rätten att använda fotografiet låg konkludent i avtalet (se nästa avsnitt). Minoriteten ansåg däremot att parternas kommunikation efter avtalstidpunkten var relevant för att fastställa avtalsinnehållet och lade den ena parten till last att oklarheten inte hade retts ut.

1.9.3 Parternas gemensamma vilja

Subjektiv avtalstolkning är problematisk eftersom det i de situationer där en tolkningsfråga uppkommer normalt inte är möjligt att utröna den gemensamma partsavsikten; är det möjligt uppstår det ingen tolkningsfråga. Emellanåt kan det gå att få fram fakta som visar på *parternas syfte* med avtalet, men det är då i första hand avsiktsförklaringen och inte avsikten som kommer fram. Då är det fråga om ett objektivt moment i tolkningsprocessen och inte om en subjektiv tolkning. Så är fallet i allmänhet vid avtal som ingås mot bakgrund av villkor av standardkaraktär. Detta belyser HD i "Belgor" NJA 2019 s. 171, som rörde tolkning av en standardiserad skiljeklausul. HD uttalade följande angående parternas vilja. "Skiljeavtal är ofta standardmässigt

utformade. Det finns därför sällan hållpunkter för att i det enskilda fallet utröna en specifik partsavsikt.”

Vid avtal med många parter har HD i ”Partneravtalet” NJA 2015 s. 741 framhållit att det på samma sätt som vid användning av standardavtal inte är relevant att försöka fastställa en gemensam partsavsikt. Vad de olika parterna kan ha avsett är alltså inte möjligt att fastställa i efterhand. I fallet var det fråga om ett partneravtal i en revisionsbyrå där personkretsen utgjordes av drygt 100 personer. Tolkningen gjordes i stället utifrån objektiva faktorer där syftet med avtalet spelade en avgörande roll (se även avsnitt 1.9.4).

I vissa fall har domstolarna vid subjektiv tolkning hänfört sig till *underförstådda villkor* i avtalet som uttryck för parternas gemensamma vilja. Det i föregående avsnitt redovisade NJA 2010 s. 559, där frågan var om intrång hade skett i upphovsrätten till ett fotografi, kan tjäna som exempel. HD uttalade här att om inte annat har klargjorts av upphovsrättsinnehavaren får det, vid ett avtal om upplåtelse av rätt att använda ett verk på förpackningen till en vara avsedd för vidareförsäljning till konsumenter, i regel anses vara underförstått att upplåtelsen även omfattar en rätt för producenten och för försäljare i senare led att utnyttja förpackningen för marknadsföring av varan på vedertaget sätt. Som framgår av det anförda är det i sådana fall egentligen inte fråga om parternas gemensamma vilja. Det går inte av omständigheterna att sluta sig till någon partsvilja utan domstolen drar en slutsats utifrån sakförhållandena, dvs. från objektiva moment i talan och den till grund för talan liggande juridiken.

Ondtrosregeln (även kallad *dolusregeln*) innebär att den part som känt till att motparten uppfattat avtalet på ett annat sätt än parten själv, blir bunden av motpartens uppfattning. Den ondtroende bär alltså ansvar för missförståndet. Denna regel, som grundar sig på 6 § andra stycket AvtL, brukar åberopas för att man kan tala om en subjektiv tolkningsmetod. Genom denna regel får passivitet viss verkan vid avtalstolkning. De materiella reglerna gör passiviteten till ett rättsfaktum, som i avtalstolkningssituationen leder till ändring eller tillägg till avtalets innehåll.

Ett exempel på fall där ondrosregeln kan tillämpas är det i avsnitt 1.2.2.1 redovisade NJA 2006 s. 638, där ett bolag och ett landsting förhandlat och var överens om att läkarvårdsersättning skulle utgå för en person, men där de närmare villkoren inte var fastsatta. Landstingets passivitet och bevisbördereglerna i 21 § agentlagen, som tillämpades analogt, medförde att landstinget var bundet av den slutliga överenskommelsen.

HD behandlade ondrosregeln även i ”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171. Här var det fråga om en leksaksaffärs hyresavtal hade ändrats på grund av fastighetsägarens passivitet med att kräva omsättningshyra i tillägg till grundhyran. Domstolen anförde att om en parts passivitet ska få den följden att ett befintligt avtal anses ändrat, måste

passiviteten typiskt sett kunna ges verkan som en viljeförklaring. Det gäller fall där parterna gemensamt får anses ha ändrat avtalet, liksom när motparten har fått det befogade intrycket att den part som har tillämpat ett avtal generöst har permanent avstått från sin rätt att åberopa det eller de avtalsvillkor som avviker från den generösa tillämpningen. För att passiviteten ska kunna uppfattas som en bindande viljeförklaring krävs som huvudregel att den passiva avtalsparten har varit medveten om att avtalstillämpningen avviker från vad som ursprungligen avtalats. För att parts passivitet ska kunna medföra att avtalsinnehållet ändras på detta sätt uppställdes alltså två krav. Dessa är dels att den passiva parten varit medveten om att han eller hon avviker från avtalets ordalydelse genom att inte kräva något som avtalet ger rätt till, dels att motparten fått ett befogat intryck att den passiva parten permanent avstått från sin rätt enligt avtalet. I det aktuella fallet medförde förhållandena att hyresvärden alltså hade rätt till omsättningshyra för kommande perioder men inte för förfluten tid.

Det ska uppmärksammas att det inte heller vid tillämpning av ond-trosregeln är fråga om att parterna har en gemensam avsikt med villkoret. Snarare är det så att avtalet ges ett visst innehåll trots att parterna inte har en gemensam avsikt.

1.9.4 Objektivt inriktad tolkning

1.9.4.1 Språklig utformning av avtalet

1.9.4.1.1 Ordalydelsen

Ordalydelsen har naturligt nog i flera rättsfall lyfts fram som utgångspunkt för en objektivt inriktad tolkning I "Skadorna på Läckebys arbeten" NJA 2013 s. 271, som rörde tolkningen av ett avtal ingående i den s.k. AB-familjen om entreprenad, angav HD på vilket stadium den språkliga utformningen av avtalet kommer in i tolkningen. Enligt HD bör tolkningen inriktas på villkorets ordalydelse när någon gemensam partsavsikt inte kan anses föreligga och det inte heller finns några omständigheter vid sidan av avtalstexten som kan klargöra hur parterna uppfattade ett omtvistat standardvillkor.

NJA 2006 s. 53 kan här tjäna som ett exempel på ordalydelsens betydelse. Tolkningsfrågan gällde i det målet ett villkor i en kollektiv olycksfallsförsäkring. Enligt försäkringsvillkoren avsågs med en olycksfallskada "kroppsskada som drabbat den försäkrade ofrivilligt genom plötslig yttre händelse (olycksfall)". HD anförde, med hänvisning till NJA 2001 s. 750, att försäkringsvillkor av standardkaraktär bör tolkas med hänsyn tagen till ordalydelsen, klausulens syfte, försäkringens och kundkretsens art, traditioner i fråga om formulering, anslutning till uttryckssätt i relevant lagstiftning, gängse praxis osv. I det aktuella fallet framstod enligt HD *främst ordalydelsen som viktig*. Tolkningen gällde alltså ordalydelsen av villkoret som kan delas in i fyra kriterier, nämligen ofrivillighetskriteriet, oförutseddhetskriteriet, yttrekriteriet och plötslighetskriteriet. HD:s majoritet kom fram till att det i själva ordet

olycksfall får anses ligga att det är fråga om en kortvarig händelse, låt vara att skadan kan ha uppkommit successivt under en längre tid efter ett inledande kort moment som varit avgörande för den fortsatta utvecklingen av skadan. I det enskilda fallet hade en betongarbetare under en inte kort tidsrymd legat på knäna i sina av betongen genomvätta byxor. Det var därför enligt HD övervägande sannolikt att hans skador inte drabbat honom genom en plötslig händelse.

Liknande uttalanden om ordalydelsens betydelse för tolkningsprocessen gör HD också i rättsfallen NJA 2007 s. 35, som rörde standardavtal i AB-familjen, "Det andra bolaget" NJA 2014 s. 960, som också rörde villkor i avtal inom AB-familjen, "Bygglovets och särskoleplaceringen" NJA 2017 s. 237, som rörde frågan huruvida uttrycket "ansvarsskada som inträffar under den tid försäkringen är i kraft" skulle ges någon särskild innebörd när det är fråga om ren förmögenhetsskada, "Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen" NJA 2018 s. 834, som rörde en ansvarsförsäkring i entreprenadverksamhet och "Connecta" NJA 2019 s. 638 II, som rörde tvingande ansvarsförsäkring.

När domstolen har konstaterat att ordalydelsen är den utgångspunkt där tolkningen ska börja, är det en befogad fråga vilken ordalydelse som avses. Är det den gängse betydelsen eller är det en mer specifik fackmässig betydelse? I NJA 2007 s. 35 angav HD att det var textens normala språkliga betydelse som skulle bilda utgångspunkten. Men i "Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen" NJA 2018 s. 834 p. 12 utvecklade domstolen detta en aning. Termer som definieras i villkoren eller sådana där innebörden utvecklats i branschpraxis kan accepteras även om de avviker från ordets gängse betydelse (se även NJA 2009 s. 388); saknas denna typ av konkretiserad betydelse får ordalydelsen antas ha det innehåll som följer av ordets gängse betydelse.

Sammanfattningsvis kan som tumregel sägas att facktermer kan användas i avtal mellan näringsidkare. I konsumentförhållanden gäller fackspråk om det kan sägas falla ut till konsumentens fördel eller om det inte alltför mycket strider mot allmänt språkbruk.

1.9.4.1.2 Ordalydelsen sätter en gräns för tolkningen

I rättsfall angående tolkning av avtal går domstolen inte gärna längre än vad ordalydelsen tillåter. Ofta finner domstolen också att det föreligger sakliga skäl för en restriktiv tolkning, särskilt när en klausul ålägger en part en betungande skyldighet eller får drastiska följder.

NJA 2005 N 29 gällde inskrivning i sjöfartsregistret. Ett bolag hade förvärvat fritidsmotorfartyget *Windcatcher* av två säljare. En minst sagt infekterad tvist hade pågått under längre tid mellan parterna. Slutligen lyckades parterna uppnå en förlikning. I en av punkterna i förlikningen hade angivits följande angående avslutande av tvisten. "Med denna uppgörelse är parternas samtliga mellanhavanden i detta mål slutligt reglerade. [Bolagets] köp av *Windcatcher* är därigenom fullbordat."

Bolaget hade sökt inskrivning av sitt ursprungliga förvärv, men den ansökan hade avslagits eftersom köpet inte ansågs fullbordat. Frågan i målet blev då om bolaget hade styrkt sitt förvärv av skeppet i enlighet med sin ursprungliga anmälan samt om detta förvärv i så fall fullbordats genom förlikningsavtalet. En avgörande fråga var om ordet ”däri-genom” syftade enbart på parternas förlikningsöverenskommelse eller om ordet avsåg fullgörande av köpeavtalet förpliktelser. Om ordet tolkades på det förra sättet hade säljarna avstått hävningsrätten, annars inte.

HD kom fram till att det mot bakgrund av parternas långdragna tvist, där betalning och leverans uteblivit vid flera tillfällen, framstod som osannolikt att säljarna genom förlikningsavtalet frånhänt sig rätten att häva det omtvistade köpet och behålla skeppet om betalning inte erlades på avtalad tid. Domstolen fann i detta fall vissa sakliga skäl att inte gå längre än vad ordalydelsen gav vid handen.

I avgörandet NJA 2009 s. 877 hade ett företag som sålde musikinstrument tecknat försäkring hos Länsförsäkringar innefattande bl.a. inbrottsförsäkring. Försäkringen gällde för skada genom bl.a. stöld i lokal förövad av person som tagit sig in i lokal, vilken uppfyller ställda skydds-krav, genom inbrott eller med för låset avsedd nyckel, kod eller låskombination som åtkommit genom rån eller inbrott i lokal som uppfyller skyddskraven. Med inbrott förstods enligt försäkringen att någon olovligt med våld brutit sig in i lokal eller med dyrk tagit sig in i lokal. I avgörandet uppkom fråga hur ordet ”inbrott” i försäkringen skulle tolkas. Omständigheterna var följande. En natt drabbades företagets försäkrade affärslokal av stöld som innebar att musikinstrument m.m. till ett betydande värde stals. Det var ostridigt att gärningsmännen vid stölden klippt upp ett hänglås på en gallergrind som funnits bakom den fönsterförsedda entrédörren och som varit fäst på samma dörrram som entrédörren. Entrédörren var försedd med två lås, ett tillhållarlås och ett cylinderlås. Dessa hade dock inte brutits upp utan låsts upp med nyckel eller dyrk. Länsförsäkringar menade att varje slag av våld inte kunde medföra att det blev fråga om ett inbrott.

HD anförde att det i och för sig inte fanns anledning att betvivla att Länsförsäkringar har avsett att försäkringsvillkoren skulle ha den innebörd som bolaget hävdade, men något sådant har inte kommit till uttryck i villkorstexten. Det kunde därför inte göras gällande mot försäkringstagaren och företagets krav på försäkringsersättning kunde bifallas. Även detta fall visar att HD ogärna lägger in mer i ordalydelsen än vad som kan läsas ut ur texten.

I ”Firefly” NJA 2012 s. 3 (hade det gjorts undantag för arbetsskada i en företagsförsäkring. Ett svenskt företag hade levererat brandskyddsutrustning till ett företag i Michigan, USA. Det uppstod brand i det amerikanska företagets lokaler och två arbetare försökte släcka branden. På grund av tvister i USA om arbetsskador i samband med branden uppstod kostnader för det svenska företaget. Dessa ville de ha

täckta under företagsförsäkringen. Försäkringsbolaget hävdade att undantaget var tillämpligt eftersom det gällde alla arbetsskador.

HD anförde att tillkomsthistorien talade för att undantagsklausulen var avsedd för sådana arbetsskador som försäkringstagarens anställda drabbas av. Emellertid kunde en sådan tolkning av begreppet arbetsskada möta svårigheter, bl.a. därför att innebörden var beroende av sammanhanget. Det kunde avse såväl en ren arbetsskada, utan koppling till viss försäkringstagare, som en arbetsskada som drabbade försäkringstagarens anställda. En helhetsbedömning blev därför nödvändig och den utföll till försäkringstagarens fördel. Undantagsbestämelsen tolkades därför enligt sin naturliga läsning och ersättning utgick (se vidare avsnitt 1.9.4.5).

Flera olika frågor kom i dagen i NJA 2012 s. 697 (se om direktkrav avsnitt 4.5.1.6). Som tolkningsfråga uppstod tvivel om vad en rättegångsfullmakt omfattar. En advokat hade biträtt en klient i en fastighetstvist. Motparterna ålades att betala rättegångskostnader. Emellertid betalades dessa vid verkställighet ut till klienten där de utmättes för skulder. Advokaten hävdade då bl.a. att klientens fordran överlåtits till honom och att han denuncierat motpartsombudet, varför han hade gjort ett sakrättsligt skyddat förvärv. För att kunna avgöra om motpartsombudet var behörigt att motta denuntiation krävdes enligt HD tolkning av fullmakten, varvid viss restriktivitet enligt vad som förespråkades i den juridiska litteraturen skulle iakttas. Av fullmakten framgick att motpartsombudet hade rätt att vidta en rad olika uppgifter som också följde av lag (se bl.a. reglering i 12 kap. 14 § första stycket 7 RB om att rättegångsfullmakt ger behörighet för ombudet att uppbära parten tillerkänd ersättning för rättegångskostnad som bl.a. medför att om motparten har betalat till ombudet så är beloppet fredat från andra borgenärers anspråk). Till detta hade motpartombudet behörighet att i alla övriga avseenden företräda sina klienters intressen rörande ”skadestånd å pool”. Enligt HD omfattade detta inte uttryckligen behörighet att ta emot en denuntiation. Den aktuella fullmakten kunde alltså inte anses ge sådan behörighet varför denuntiation inte skett på så sätt att sakrättsligt skyddat förvärv skett. Här har HD begränsat tolkningen så att omfattningen av fullmaktens behörighet inte utan sakliga argument går utöver vad ordalydelsen gav stöd för.

1.9.4.1.3 Motstridiga avtal

Normalt sett är det motstridigheter eller oklarheter i ett avtal som blir föremål för tolkning. Vid fastighetsköp är det vanligt att dubbla köpehandlingar förekommer. Det är då viktigt att samma formuleringar används i båda handlingarna så att motstridigheter undviks. I NJA 2016 s. 689 hade dock objekten för överlåtelsen formulerats på olika sätt i köpekontrakt respektive köpebrev. I köpekontraktet angavs ”Fastigheten Strängnäs Plångsta Fäboda 1:1, del av enl. bif. kartsbild ett område om ca 13 Ha, Plångsta Fäboda 1, 635 04

Eskilstuna.” I köpebrevet saknades inskottet ”del av enl. bif. kartskiss ett område om ca 13 Ha” Med stöd av köpebrevet beviljades köparna lagfart på hela fastigheten Strängnäs Plångsta Fäboda 1:1. Säljaren hävdade då att förvärvet avsåg fastigheten med undantag för det som framgick av kartskissen. Efter att ha redogjort för bruket med dubbla köpehandlingar konkluderade HD att man vid diskrepans mellan handlingarna måste undersöka orsakerna till den och vad den består i. Även om parterna genom köpekontraktet bundit sig till överlåtelsen kan de exempelvis ha avsett att lämna utrymme för att en precisering kring ett visst avtalsvillkor ska ske i samband med att köpebrevet upprättas. Vid en sammanvägning av omständigheterna, bl.a. avstyckningskostnader och det efterföljande köpebrevets betydelse, ansåg HD att det inte framkommit att parterna angående egendomens omfattning avsett något annat än vad som framgick av köpekontraktet.

1.9.4.1.4 Betydelsen av rättslig kvalificering

Den rättsliga kvalificeringen kan ha betydelser för vilka regler som kommer att tillämpas. I NJA 2009 s. 388 hade en entreprenad utförts där AB 72 var tillämpligt. I avtalet användes termen ”generalentreprenad”. HD konstaterade att den beteckningen har att göra med sättet för upphandlingen. Den rätta beteckningen för den entreprenadform som var aktuell i målet var utförandeentreprenad. Den beteckningen utvisar att entreprenören ska utföra sitt arbete i enlighet med beställarens ritningar och föreskrifter m.m. Motsatsen till utförandeentreprenad är totalentreprenad där entreprenören, i vart fall huvudsakligen, svarar för projekteringen samt för utförande. Denna entreprenadform regleras i allmänna bestämmelser ABT 06. Utifrån denna kvalificering av begreppet generalentreprenad gjorde HD sedan sin bedömning (se avsnitt 2.3.5.1).

Kvalificeringen av ett avtal kan också få betydelse för de sakrättsliga verkningarna. I NJA 2012 s. 419 var frågan om bilar som av tillverkaren lämnats till en bilhandlare för försäljning kunde tas tillbaka. Parterna hade betecknat sitt mellanhavande som kommission. Men det förekommer att en person som i själva verket säljer en vara i fast räkning, i samförstånd med köparen försöker ge mellanhavandet sken av kommission för att få företräde framför köparens övriga borgenärer. För kommission förutsätts därför att återförsäljaren verkligen handlade för kommittentens räkning och inte för sin egen (se 1 och 23 §§ kommissionslagen). Enbart genom att beteckna mellanhavandet som kommission kan man inte uppnå sakrättsligt skydd. Efter en genomgång av hela avtalsförhållandet kom HD fram till att det var fråga om verklig kommission. Tillverkaren kunde därför ta tillbaka de bilar som lämnats i kommission till bilhandlaren sedan denne kommit i ekonomiska svårigheter.

I de båda tidigare berörda rättsfallen NJA 2012 s. 419 och ”Cargo Center” NJA 2014 s. 760 berördes även den rättsliga kvalificeringen av

avtalsförhållandet. I det förra fallet hade det kanske inte så stor betydelse för utgången men det påverkar helt klart tolkningen av avtalet och hur den ska utföras. I det andra fallet hade kvalificeringen inte så stor betydelse för tolkningsfrågorna men den hade avgörande betydelse för utgången av målet (se avsnitt 1.3 och avsnitt 4.5.1.5 och 4.5.1.6).

1.9.4.2 Ändamål och syfte med avtalet

Ändamål och syfte med avtalet utgör ett viktigt underlag för en objektivt inriktad tolkning. Det kan vara fråga om ändamålet med avtalet eller syftet med en viss klausul. Exempel i tidigare rätts-tillämpning är t.ex. undantag från täckningsfältet i ett försäkringsavtal (se NJA 2001 s. 750, se Herre, SvJT 2015 s. 629) och avtalsingressens betydelse (se NJA 1993 s. 436, se Herre, SvJT 2015 s. 614, 626 och 708).

Under innevarande period kan NJA 2005 s. 142 (se avsnitt 1.5.1) uppmärksammas som exempel på att syftet med en viss klausul har betydelse. Det var i det fallet en indexklausul i ett leasingavtal som var föremål för tolkning. Klausulen föreskrev att om ränteläget ändrades på marknaden där leasegivaren finansierar sin verksamhet, äger leasegivaren i motsvarande mån ändra angiven leasingavgift. Enligt HD fick syftet antas vara att säkerställa att leasegivaren skulle erhålla täckning för ökade upplåningskostnader för leasingverksamheten till följd av höjda räntor på marknaden. Det fick enligt HD ankomma på leasegivaren att tillämpa klausulen på ett lojalt och konsekvent sätt. Därför skulle också sänkningar av kostnader för leasegivaren komma leasetagaren till godo.

Ett annat rättsfall där syftet med ett visst villkor tillades betydelse är NJA 2010 s. 227. Här sålde en person som köpt en bil på avbetalning med återtagande- och äganderättsförbehåll bilen vidare innan skulden på bilen var betald. Den nye köparen tecknade vagnskadeförsäkring för bilen. Eftersom avbetalningsköparens skuld inte betalades sade avbetalningssäljaren upp krediten och krävde tillbaka bilen från den nye köparen. Bilen förstördes genom brand när den nye köparen fortfarande hade bilen i sin besittning. Denne krävde ersättning för bilen under vagnskadeförsäkringen. Fråga uppkom då om den nye ägaren var att anse som ”verklig ägare” till bilen. Tolkningen av uttrycket ”verklig ägare” i försäkringsavtalet fick enligt HD i första hand utgå från villkorens syfte och funktion.

HD noterade att uttrycket ”verklig ägare” har en nära koppling till det intresse som försäkringstagaren har i egendomen. Ett av syftena med villkoren om verklig ägare var att en försäkringsgivare inte ska behöva betala ersättning för egendom som tidigare varit föremål för tillgrepp. Andra exempel på syftet med klausulen skulle enligt HD kunna vara att förhindra att försäkringsersättning betalas ut i bulvanförhållanden eller att utesluta låntagare från rätten till försäkringsersättning, när den i stället tillkommer ägaren. Detta syfte ansåg HD uppenbart vara

legitimt och lade vikt vid det i tolkningssituationen. I själva tolkningsfrågan ansåg HD att den nye köparen inte vara i god tro vid förvärvet och något sakrättsligt skyddat förvärv hade inte skett. Denne kunde därför inte anses ha ett försäkrat intresse i bilen och därmed inte heller vara verklig ägare till den i försäkringsvilkorens mening.

Även i NJA 2008 s. 668 hade HD att ta ställning till vem som var ägare — ett finansbolag eller avbetalningssäljaren — i den mening som gällde finansbolagets krav på ersättning under en restskuldsförsäkring. Eftersom en avbetalningssäljare tillägnar sig varan redan genom själva återtagandet och därefter stod risken för varan, skulle enligt HD säljaren eller dennes rättsinnehavare åtminstone i de nu aktuella försäkringsvilkorens mening anses som ägare av det återtagna fordonet. I ett särskilt tillägg utvecklade justitierådet Håstad sin syn på rekvisitet ”äger” i försäkringsvilkoren. Han diskuterade här särskilt frågan om säljaren kunde anses ägare till egendomen om den sålts med återtagandeförbehåll men inte äganderättsförbehåll och stulits före avlämnandet. Han konstaterade här särskilt att äganderättsbegreppet i svensk rätt är relativt och att svaret på frågan beror på vilken situation som är föremål för prövning, t.ex. köparens skydd mot säljarens borgenärer eller säljarens skydd mot köparens borgenärer.

I NJA 2007 s. 35 kom fråga upp om tolkningen av uttrycket ”skadan upptäckts” i § 6.8 i ABK 96. Uttrycket hade betydelse för tidsfristen för preskription. HD konstaterade att uttrycket inte var definierat i avtalet och att det genomgående användes i olika betydelser i avtalet. Mot bakgrund av detta ansåg HD att med ”skada” i § 6.8 avsågs den ekonomiska skada som konsulten orsakat beställaren och inte den fysiska skadan på det objekt som uppdraget avsett. Eftersom det var oegentligt att tala om att en ekonomisk skada ”upptäcks” gick HD in på syftet med avtalet. Härvid angav domstolen att en avvägning måste göras mellan beställarens och konsultens motstående intressen. Det kunde därvid å ena sidan inte vara aktuellt att betrakta skadan som upptäckt så snart beställaren kan ana eller misstänka att han eller hon kan drabbas av t.ex. skadeståndsskyldighet mot sin uppdragsgivare. Å andra sidan var det inte heller rimligt att konsulten skulle behöva vänta på beställarens krav till dess att beställaren fått fullständig klarhet om sin skadeståndsskyldighet. Med hänsyn härtill ansåg HD att det i allmänhet bör gälla att tiden för framställande av krav på skadestånd ska börja löpa när det för beställaren framstår som sannolikt att han eller hon är ansvarig mot sin uppdragsgivare och det föreligger skälig anledning för honom att anta att konsulten är ansvarig för skadan. Skadeståndskravet var med en sådan tolkning framställt inom rätt tid. Syftet med avtalet att få tillstånd en rimlig intresseavvägning mellan parterna blev därmed utslagsgivande för tolkningen av avtalet.

I ett avtal om företagsförsäkring får det föreskrivas att den som gör gällande anspråk på försäkringsersättning måste anmäla detta inom viss tid för att rätten till ersättning ska vara bevarad (se 8 kap. 20 § FAL).

Syftet med sådana villkor är att försäkringsbolagets betalningsskyldighet inte ska hållas svävande alltför länge. I ett avtal om företagsförsäkring får det föreskrivas att den som gör gällande anspråk på försäkringsersättning måste anmäla detta inom viss tid för att ha kvar sin rätt. Syftet med sådana villkor är att försäkringsbolagets betalningsskyldighet inte ska hållas svävande alltför länge (se ”BWE:s rättsskyddsförsäkring” NJA 2013 s. 253 p. 7, ”Cremonas ansvarsförsäkring” NJA 2017 s. 601 p. 17 och ”Kioskförsäkringen” NJA 2019 s. 136 p. 15). HD har i några avgöranden haft anledning att ta ställning till frågor avseende regleringen.

”BWE:s rättsskyddsförsäkring” NJA 2013 s. 253 gällde tolkningen av ett försäkringsavtal där anmälan skulle göras inom ett år från det försäkringstagaren ”fått kännedom om sin fordran”. HD konstaterade att avtalsvillkoret knöt an till den tvingande lagregleringen. Syftet med det i målet aktuella avtalsvillkoret fick vidare antas överensstämma med det som ligger bakom lagens bestämmelser. Slutligen anförde HD att uttrycket kunde få olika innehåll beroende på vilken försäkring det rörde sig om. I det här fallet rörde det en rättsskyddsförsäkring. En förutsättning för försäkringsskyddet var alltså att försäkringstagaren anlitate ett ombud i saken. Någon fordran på grund av försäkringen kunde därmed inte anses ha uppkommit redan när tvisten uppstod.

Det ska noteras att det i lagregeln numera anges, genom en lagändring år 2013, att tiden inte får vara kortare än ”ett år från tidpunkten när det förhållande som enligt försäkringsavtalet berättigar till försäkringsskyddet inträdde” (se 8 kap. 20 § tredje stycket FAL, dåvarande 20 § andra stycket).

Region Gotland hade i NJA 2015 s. 3 av Secora beställt muddringsarbeten i Slite hamn. Parternas avtal hänvisade till AB 04. Under arbetet stötte entreprenören på hårt kalkberg som bolagets mudderverk inte klarade av. Entreprenören hade därför utfört sprängningsarbeten, för vilka man krävt ytterligare ersättning från Regionen. I avtalet fanns en klausul som angav att om det vid tiden för avgivande av anbud saknas uppgifter som avser arbetsområdet eller det område som berörs av entreprenaden ska förhållandena antas vara sådana som kunnat förutses vid en fackmässig bedömning. Frågan i HD blev då hur fackmässigheten skulle avgöras. HD utgick härvid från syftet med avtalet. Enligt utredningen i målet framgick att regleringen i AB 04 syftar till ett rationellt och kostnadseffektivt genomförande av byggprojekt. Genom konkurrens mellan olika anbudsgivare som utgår från ett kalkylerbart förfrågningsunderlag ska beställaren få anbud som är jämförbara. Utiifrån detta bedömde HD att de utförda sprängningsarbetena legat inom ramen för entreprenörens fullgörande av kontraktet. Entreprenören kunde därför inte få ytterligare ersättning med stöd av entreprenadavtal.

HD framhöll i ”Partneravtalet” NJA 2015 s. 741 (se avsnitt 1.9.3) att det inte var relevant att försöka fastställa en gemensam partsavsikt. Fal-

let rörde ett partneravtal mellan många parter i en revisionsbyrå. Partneravtalets angav som en förutsättning för skadeståndsskyldighet för tidigare delägare att en partner hade utträtt ur partnerskapet. Eftersom den som har lämnat partnerskapet inte längre är part i partneravtalet, har avtalet i denna del enligt HD en avtalad efterverkan för partnern, i vart fall under den återstående avtalstiden. Frågan blev då om skadeståndsskyldigheten kunde aktualiseras av revisionsbyrån trots att avtalet i sig hade upphört att gälla. Regleringen om avtalstid i avtalet berörde inte den frågan. Avtalets ordalydelse gav alltså inte något besked om skadeståndsskyldighet förelåg. I stället löste HD tolkningsfrågan utifrån syftet med avtalets skadeståndsreglering. Enligt HD framgick av utredningen att syftet med skadeståndsskyldigheten var att hålla ihop partnerkretsen och att skydda verksamheten. Skyldigheten fick visserligen anses vara klart betungande för den som ville lämna samarbetet. Den hade emellertid motiverats med att den skulle verka avskräckande samt skydda revisionsbyrån och aktieägarna mot skada på grund av intäktsförlust. Någon avgörande vikt kunde inte fästas vid att skyldigheten var betungande. Det angivna syftet talade enligt HD tydligt för att skadeståndsbestämmelsens tillämplighet inte var begränsad till avtalets löptid. Slutsatsen blev att bestämmelsen skulle ges den tolkningen att den har verkan enligt förutsättningarna utan hinder av att partneravtalet hade upphört att gälla.

Ett avtal som innebar att överprövning av skiljedom inte tilläts prövades i NJA 2015 s. 991. Frågan var om också en negativ behörighetsdom, dvs. avvisning, från skiljenämnden omfattades av avtalet. Ordalydelsen gav inget bestämt svar. HD tillmätte här syftet betydelse. Genom att välja skiljeförfarande som tvistlösningsmekanism angavs syftet vara att så långt som möjligt lösa eventuella tvister genom ett sådant förfarande. Enligt HD var det inte förenligt med den avsikten att ett negativt behörighetsbeslut av skiljenämnden skulle undantas från en överprövning enligt skiljeförfarandelagen. En överprövning av just sådana beslut främjar ju det centrala syftet med regleringen, nämligen att så långt som det låter sig göras lösa tvister genom skiljeförfarande. Det syftet skulle vara avgörande för tolkningen enligt HD.

I "Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen" NJA 2018 s. 834 diskuterades bl.a. ändamål och syfte med avtalet (se även nästa avsnitt beträffande systematiken i avtalet). Ett försäkringbolag åberopade mot krav på försäkringsersättning avseende kontraktsvite en klausul som angav att försäkringen inte omfattade böter, vite eller straffskadestånd (punitive damages) såvida det inte var fråga om sådan skadeståndsskyldighet som bortsett från benämningen böter, vite eller straffskadestånd omfattades av försäkringen. HD konstaterade att målet rörde en ansvarsförsäkring och att en sådan syftar till att ge den försäkrade skydd mot skadeståndsansvar. Den försäkrades rätt till försäkringsersättning förutsätter i princip ett däremot svarande ansvar mot en skadelidande tredje man. Vidare anförde HD att försäkringen i första hand syftar till

att skydda den försäkrade mot de ekonomiska följderna av ansvar för tredje mans skada. Försäkringen aktualiseras typiskt sett genom att en skadelidande tredje man hos den försäkrade får en skadeståndsfordran som utlöser ett anspråk mot försäkringsbolaget på försäkringsersättning. Utifrån dessa principuttalanden anförde HD att det fanns en del omständigheter som talade för att försäkringsbolaget genom villkoret önskat befria sig från ansvaret för sådant där försäkringstagaren och den skadelidande, utan hänsyn till vanliga skadeståndsrättsliga regler, bestämt vilka konsekvenserna ska bli av ett visst agerande.

Emellertid låg det enligt HD i vitets natur att det kunde ersätta något mer eller annat än skadestånd, eftersom det utgör ett på förhand normerat skadestånd som ofta syftar till att parterna inte ska behöva tvista om förhållandena i det enskilda fallet. Det var därför möjligt och kanske till och med troligt att syftet med undantaget varit att försäkringen inte ska gälla för viten i bakre led som förs vidare som skadeståndskrav riktade mot försäkringstagaren. Ett sådant syfte kommer emellertid inte till klart uttryck i ordalydelsen tolkad i ljuset av villkorens övriga bestämmelser. När ordalydelsen talade för försäkringstagarens tolkning borde det enligt HD krävas skäl av viss tyngd för att ändå tolka villkoret på ett sätt som överensstämmer med villkorets antagna syfte. Bland annat mot bakgrund av detta resonemang kring syftet skulle undantaget inte anses omfatta vite som utgetts till bakre led.

I ”Bygglovets och särskoleplaceringen” NJA 2017 s. 237 hade en kommun under åren 2002–2009 en s.k. kommunförsäkring hos Länsförsäkringar. I försäkringen ingick en ansvarsförsäkring som gällde för ”ansvarsskada som inträffar under den tid försäkringen är i kraft (försäkringstiden)”.

Mot kommunen riktades sedermera två skadeståndsanspråk, betecknade som ”bygglovsärendet” och ”särskoleärendet”. I bygglovsärendet var omständigheterna följande. Kommunen hade i september 2008 beviljat bygglov för uppförande av en byggnad. Vid byggsamråd i oktober samma år antecknades att byggstart skulle ske snarast, och vid besiktning i oktober 2009 framkom att byggnaden var nästan färdigställd. I december samma år upphävde länsstyrelsen bygglovets, eftersom detta ansågs strida mot detaljplan. Länsstyrelsens beslut vann laga kraft i september 2012. Fastighetsägaren riktade därefter skadeståndsanspråk mot kommunen, motsvarande kostnaderna för uppförande och rivning av byggnaden. I särskoleärendet hade kommunen hösten 2002 beslutat att placera en elev i särskola. Särskoleutbildningen påbörjades höstterminen 2005. År 2010 framkom det att särskoleplaceringen inte var motiverad. Eleven, som avslutade särskoleutbildningen år 2012, riktade därefter skadeståndsanspråk mot kommunen. Det begärda skadeståndet angavs motsvara bl.a. kostnaderna för studielån för kompletterande studier och, sedermera, inkomstförlust för försenat inträde på

arbetsmarknaden. Länsförsäkringar avböjde i båda fallen att utge försäkringsersättning med hänvisning till att de påstådda skadorna hade inträffat efter försäkringstidens utgång.

Det finns olika modeller för att bestämma om en skada faller inom försäkringens tidsmässiga täckningsfält. Modellerna innebär att det som bestämmer om försäkringen omfattar en skada är när den skadegörande handling för vilken försäkringstagaren ansvarar företas ("orsaksprincipen"), när skadan inträffar hos den skadelidande ("inträffandeprincipen"), när skadan upptäcks hos den skadelidande ("upptäcktsprincipen") respektive när skadeståndskrav framställs mot försäkringstagaren ("claims made-principen"). När som i fallet inträffandeprincipen ska tillämpas, uppkommer frågan när den skadelidandes skada kan anses ha inträffat.

HD angav först de allmänna tolkningsfaktorerna. Ordalydelsen gav enligt domstolen viss ledning men inte tillräcklig. Vidare angavs att inget tydde på att det fanns någon tydlig branschsedvänja när det gäller den aktuella typen av försäkring. Det avgörande för HD blev då villkorets syfte. Här framhöll HD att ansvarsförsäkringen även innehöll ett moment som innebar att försäkringsbolaget skulle ta hand om skaderegleringsprocessen. Det talade för att försäkringen borde kunna aktiveras så snart det föreligger omständigheter som tyder på att en skadereglering kommer att bli nödvändig. Att någon skada då ännu inte kunnat bekräftas eller värderas borde alltså sakna betydelse. Det framstod, trots vissa ändamålsskäl som talade i annan riktning, som mest ändamålsenligt att en ren förmögenhetsskada skulle anses ha inträffat så snart den skadegörande handlingen drabbat den skadelidandes ekonomiska ställning. Mot denna bakgrund bedömde HD att de i målet aktuella rena förmögenhetsskadorna inträffat i samband med att de skadelidande inrättat sig efter de felaktiga myndighetsbesluten, även om skadorna därefter har förvärrats och följdskador uppkommit. Ansvarsskadorna hade därmed inträffat under försäkringstiden.

1.9.4.3 Avtalets systematisk

I "Det andra bolaget" NJA 2014 s. 960 gällde det en entreprenad. Enligt avtalet skulle Byggnadsfirman för ett annat bolag benämnt Det Andra Bolaget utföra konstruktions- och byggnadsarbeten, bl.a. avseende en betongplatta. Den överenskomna kontraktssumman för de avtalade arbetena uppgick till drygt 11 miljoner kr. Entreprenaden godkändes vid slutbesiktning. För entreprenaden gällde ABT 94. Med utgångspunkt i hovrättens bedömning att det såvitt avsåg ljudspridning och en för tunn betongplatta förelåg fel i entreprenaden, som i väsentlig grad påverkar entreprenadens bestånd och möjligheten att använda den på ändamålsenligt sätt, samt att ett avhjälpande i princip borde ske meddelade HD prövningstillstånd i frågan om Det Andra Bolaget hade rätt till ersättning för uppskattade avhjälpandekostnader

enligt ABT 94 kap. 7 § 25 i eller värdeminskningssavdrag enligt kap. 7 § 26.

HD uttalade beträffande tolkningsfrågan att ledning fick sökas i systematiken och de övriga villkoren i standardavtalet. Det gällde särskilt när bestämmelserna i avtalet är avsedda att utgöra ett sammanhängande system. Efter en utförlig genomgång av hur olika regler i ABT 94 systematiskt förhåller sig till varandra och hur avtalet var avsett att fungera kom HD fram till att bakgrundsrättens regel om skadestånd var avtalsinnehåll. Andra Bolaget hade således rätt till skadestånd på grund av Byggnadsfirmans underlåtenhet att avhjälpa felen. Ersättningen skulle beräknas enligt vad som följde av dispositiv rätt. Det förelåg därmed en presumtion för att avhjälpan skulle komma att ske och för att beställaren har rätt till ersättning svarande mot en beräknad avhjälpandekostnad (se även avsnitt 4.2).

Även i ”Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen” NJA 2018 s. 834 (se föregående avsnitt och 1.9.5.4) fick systematiken i avtalet en avgörande roll. Fallet gällde tolkning av villkor i en ansvarsförsäkring. En entreprenör hade av beställaren fått i uppdrag att bygga en skola. Det avtal som reglerade detta förhållande var ABT 06. I kap. 5 § 3 anges bl.a. att ”för varje påbörjad vecka varmed entreprenören överskrider kontraktstiden [...] skall han betala vite enligt kontraktshandlingarna” och att ”om vite avtalats är beställaren därutöver inte berättigad till skadestånd för förseningen”.

Entreprenören anlät en konstruktör för att utföra konstruktionsritningar. Detta förhållande reglerades av ABK 09. I det avtalets kap. 5 § 1, med rubriken Ansvar för skada m.m., framgår att konsulten ansvarar, med vissa begränsningar, ”för skada som denne orsakat beställaren genom bristande fackmässighet, åsidosättande av sedvanlig omsorg eller annan vårdslöshet vid genomförande av uppdraget”.

De handlingar som konstruktören levererade innehöll fel som ledde till förseningar i entreprenaden. Entreprenören blev därför skyldig att betala drygt 2,7 miljoner kr i förseningsvite. Entreprenören vände sig mot till konstruktören och krävde ersättning för det utbetalade förseningsvitet. Konstruktören hade tecknat en professionsansvarsförsäkring. Försäkringsbolaget hänvisade till en punkt i försäkringsvillkoren, där det angavs att ”försäkringen omfattar inte böter, vite eller straffskadestånd (punitive damages) såvida det inte är fråga om sådan skadeståndsskyldighet som bortsett från benämningen böter, vite eller straffskadestånd omfattas av denna försäkring”. Frågan i målet var om konstruktören var berättigad till ersättning för den ersättning som hade betalats till entreprenören som ersättning för det förseningsvite denne utgett.

HD gjorde här de sedvanliga principuttalanden om tolkning av avtal. Därefter fastställde HD villkorets innebörd med ledning främst av ordalydelsen sedd i ljuset av försäkringsavtalets systematik och innehåll i övrigt. Villkoret som från försäkringen undantog vite ansågs inte

hindra en rätt till ersättning för skadestånd, när skadan bestått i att den skadelidande betalat vite till sin avtalspart i bakre led.

Det finns även exempel på att systematiken inte alltid är avgörande. Finns ingen systematik kan någon sådan givetvis inte läggas till grund för bedömningen. I NJA 2015 s. 3 redogjorde HD för det sakliga sambandet mellan olika bestämmelser i AB 04 och uttalade att tillämpningen av andra bestämmelser ”bör utgå från samma principer som bär upp andra bestämmelser”. Därefter konstaterade HD att uttrycket ”fackmässig” förekommer i flera bestämmelser i AB 04 och att uttrycket avser olika situationer. Systematiken var således inte konsekvent mellan olika delar i det avtalet varför HD gav uttrycket olika innebörd.

Det tycks även finnas gränser för hur långt systematiska argument kan bära. I ”Den uteblivna slutbesiktningen” NJA 2015 s. 862 (se avsnitt 1.9.1.4, 1.9.4.7 och 5.1.1.2) hade slutbesiktning ägt rum rörande underentreprenörernas arbeten. Även entreprenören hade anmält att arbetena i entreprenaden var färdiga och tillgängliga för slutbesiktning. Någon slutbesiktning av totalentreprenaden kom emellertid aldrig att genomföras. Frågan i målet var om preskriptionstiden skulle räknas från den tidpunkt vid vilken slutbesiktning av hela entreprenaden skulle ha genomförts. Här gick HD igenom olika tolkningsfaktorer. Beträffande ordalydelsen kom majoritet fram till att ordalagen i ABT 94 kap. 6 § 13 — att preskriptionstiden börjar löpa när entreprenaden har godkänts — är så till vida klara att de inte kan ges den språkliga innebörden att, när någon slutbesiktning inte har genomförts, entreprenaden ska anses ha godkänts då slutbesiktning rätteligen skulle ha skett. Vid den övergripande rimlighetsbedömningen aktualiserades frågan om regeln kunde tolkas på ett sätt som inte har stöd i ordalydelse. Majoriteten ansåg att en preskriptionsregel på grund av sin drastiska rättighetsavskärande verkan inte får tillämpas analogt och ska tolkas restriktivt. Det gäller såväl lag- som avtalsbestämmelser. Restriktiviteten gäller inte bara bestämmelsens träffyta utan också dess tillämpningsförutsättningar, bland dem startpunkten för preskriptionstiden. Preskription hade således inte inträtt. Två skiljaktiga justitieråd ansåg att det — bl.a. mot bakgrund av hur systematiken i äldre och yngre avtal utformats — framstod som klart att regleringen i ABT 94 skulle ges en sådan innebörd, att startpunkten för preskriptionstiden för entreprenörens rätt till ersättning för tilläggsarbeten — för det fall slutbesiktning inte äger rum — är den tidpunkt när entreprenaden rätteligen skulle ha besiktigats.

1.9.4.4 Bakgrundrätten som supplerande faktor

1.9.4.4.1 Inledning

Vid tillämpning av den objektivt inriktade metoden för avtalstolkning kan det finnas anledning att inte bara fästa avseende vid själva ordalydelsen utan också vid de normer som på annat sätt reglerar avtalet. Bland de normer som kan ha betydelse för avtalstolkningen ingår inte

bara lagstiftning och allmänna rättsprinciper utan även exempelvis standardavtalspraxis, handelsbruk och etablerad branschpraxis. Vidare kan förarbeten till standardavtal ha betydelse, särskilt om dessa kan sägas ge uttryck för att de som tagit fram standardavtalet avsett att avtalet ska ha viss innebörd. Så kan vara fallet när branschorganisationer arbetat fram *agreed documents*.

1.9.4.4.2 Dispositiv rätt

Det finns flera rättsfall som visar att dispositiv rätt har betydelse vid en objektivt inriktad tolkning. Det finns anledning att redogöra för hur HD har formulerat detta.

Ett exempel är ”Malmbergsbagarn” NJA 2009 s. 672 (se avsnitt 1.3.5). Där hade parterna ingått ett muntligt avtal om försäljning av bröd. Det var inte visat att parterna hade avtalat om uppsägningstid. Inte heller var det visat att man kunde säga upp avtalet med omedelbar verkan. Frågan blev då vad den utfyllande rätten innehöll ”om uppsägning för den nu aktuella avtalstypen”. Vid den genomgång som följde konstaterades att det inte var fråga om vare sig kommission eller handelsagentur utan om återförsäljning. Härvid gjorde man jämförelser med såväl lagbestämmelser som standardkontrakt, vilket ledde till en uppsägningstid (i ett senare avgörande, ”Traktoråterförsäljaren” NJA 2018 s. 19, se vidare avsnitt 2.12, angav HD att det fanns ett behov av en mer konkret riktlinje för typfallen). HD konstaterade att för långvariga avtalsförhållanden på närliggande områden som reglerats i lag gäller en uppsägningstid om sex månader. På motsvarande sätt gäller en sex månaders uppsägningstid enligt vissa standardavtal. HD kom mot denna bakgrund fram till att det fanns ”goda skäl för att utgångspunkten vid långvariga återförsäljaravtal utan villkor om uppsägningstid bör vara att återförsäljaren vid en uppsägning från leverantören har rätt till en uppsägningstid om sex månader”.

En sidoentreprenörs arbeten hade i NJA 2012 s. 597 försenats ett antal veckor. Det hindrade objektet för entreprenaden att tas i drift vid den avtalade tidpunkten. Samtidigt hade en annan sidoentreprenörs arbeten försenats på ett sådant sätt att också detta hindrade att anläggningen sattes i drift. Fråga uppkom om entreprenören var skyldigt att betala vite till beställaren för att entreprenören blev försenad med sina arbeten. Mot en sådan skyldighet invände entreprenören att, till följd av förseningen med generatorleveransen, fördröjningen av idrifttagningen av kraftverket skulle ha inträffat även om entreprenören hade utfört sina arbeten med vattenvägarna på avtalad tid. Det var alltså två ansvarsgrundande händelser som medförde samma skada, dvs. det förelåg s.k. faktisk orsakskonkurrens. I dessa fall ansvarar skadevällarna normalt solidariskt för hela den uppkomna skadan. Detta gällde även beträffande de standardkontrakt som bildade grunden för parternas avtal. Emellertid hade man omformulerat just vitesklausulen och fråga uppstod då hur denna skulle tolkas.

Enligt HD fanns inga omständigheter som kunde ligga till grund för någon gemensam partsavsikt. Varken ordalydelsen eller avtalets systematik gav någon ledning. HD uttalade att det då är naturligt att ”vid bestämningen av avtalsinnehållet utgå från vad som gäller enligt dispositiv rätt”. Även om principerna om konkurrerande skadeorsaker utvecklats inom den utomobligatoriska skadeståndsrätten var det enligt HD motiverat att man för kontraktsförhållanden hämtar ledning från dessa principer. Entreprenören fick (som framgår av avsnitt 4.5.1.9 och 4.5.2.5) därför betala hela vitet.

HD kom tillbaka till frågan om dispositivs rätts betydelse i ”Skadorna på Läckebys arbeten” NJA 2013 s. 271. Där var huvudfrågan om bestämelse i AB 92 kap. 5 § 4 (numera AB 04 kap. 5 § 1) innebar att en entreprenör skulle anses skadeståndsskyldig oberoende av vållande, culpa. Beträffande tolkningsfrågan uttalade HD att standardvillkoren i AB 92 förhandlats fram mot bakgrund av allmänna obligationsrättsliga principer och köplagens regler. Det var därför enligt HD ”naturligt att tolka villkoren i ljuset av den dispositiva rätt som annars skulle ha tillämpats, dvs. obligationsrättsliga principer för avtal av detta slag, varav en del har kommit till uttryck i köplagen”. HD konkluderade med att regleringen fick anses avsedd att enbart reglera just risken för att entreprenadarbetena skadas.

Av ”Det andra bolaget” NJA 2014 s. 960 (se avsnitt 1.9.4.3) framgår att det finns begränsningar i hur mycket av den bakomliggande dispositiva rätten som kan tolkas in i ett avtal. HD framhöll att den dispositiva rättens genomslagskraft i vissa fall kan behöva begränsas, t.ex. när visserligen på den ena sidan avtalskontexten inte ger någon direkt ledning men på den andra sidan den relevanta dispositiva rättsregeln passar illa i avtalssystemet. Rättsfallet rörde frågan om en reglering i ett standardkontrakt uteslöt andra påföljder enligt dispositiv rätt. Här uttalade HD som en allmän regel att om parterna i ett kontrakt har angett en viss påföljd för ett kontraktsbrott, så utesluter det i regel inte att den förfördelade parten har rätt till sådana andra påföljder som kan följa av på avtalsförhållandet tillämpliga rättsregler. För att en i kontraktet föreskriven påföljd ska vara exklusiv krävs det i allmänhet att detta framgår av kontraktsvillkoret eller att det finns annat stöd för att uppfatta regleringen som heltäckande. Som tidigare framgått (se avsnitt 1.9.4.3) var regleringen i det avtalet inte heltäckande utan beställaren hade rätt till skadestånd för entreprenörens underlåtenhet att avhjälpa fel i entreprenaden och ersättningen skulle beräknas enligt dispositiv rätt.

Dispositiv rätt kunde inte suppleras i ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653. Här hade en beställare ingått avtal med en entreprenör, som en av flera underentreprenörer i en delad entreprenad, om VVS-installationer (rörentreprenören). De allmänna bestämmelserna ABT 94 var tillämpliga på avtalsförhållandet. Målet gäller kostnadsansvaret för avhjälpande av fel i rörentreprenaden. Rörentreprenören bestred att det

förelåg fel men medgav åtgärdande under förutsättning dels att beställaren beredde åtkomst till rörledningarna som var ingjutna i byggnadernas golv, dels med reservation för rätt att senare begära ersättning för arbetet. Beställaren lät utföra åtkomstarbeten liksom även nödvändiga återställningsarbeten efter utförda arbeten med rörledningarna. Därefter krävde denne ersättning från rörentreprenören för dessa arbeten. Bakgrunden till frågan i det målet var främst att det i ABT 94 saknades uttryckliga föreskrifter om begränsningar avseende de kostnader som beställaren efter eget avhjälpande har rätt att få ersatta. Frågan var om det ändå kunde finnas vissa gränser för entreprenörens kostnadsansvar. Den frågan är beroende av bl.a. omfattningen av entreprenörens avhjälpandeskyldighet.

HD konstaterar till en början att ordalydelsen i ABT 94 inte gav någon ledning för frågan om omfattningen av avhjälpandeskyldigheten. Däremot gav systematiken och de övriga villkoren viss ledning, men inte heller avtalets systematik och övriga villkor utgjorde enligt HD tillräckligt underlag för tolkningen. Enligt bakgrundsretten gäller en sådan avhjälpandeskyldighet. I 34 § första stycket KöpL anges att köparen har rätt att kräva att säljaren ”avhjälper felet”. Samma uttryck används i 26 § KKöpL. Vilka åtgärder som inbegrips i denna skyldighet framgår dock inte närmare. Någon generell regel i bakomliggande rätt kunde således inte läggas till grund för bedömningen. HD fick alltså avgöra tolkningsfrågan utan ledning från bakomliggande rätt. Emellertid menade HD att det av dispositiv rätt för entreprenadtjänster följer att en entreprenörs avhjälpandeskyldighet omfattar inte bara åtgärdandet av felet som sådant, utan också vid avtalsstillfället påräkneliga arbeten för åtkomst av detta samt återställande efter åtgärdande.

1.9.4.4.3 Branschpraxis

Försäkringsavtal på allriskvillkor innehåller i allmänhet en klausul som anger att ersättning lämnas endast för ”plötsligt och oförutsedd” skada på försäkrad egendom. Detta kom under HD:s prövning i NJA 2007 s. 17 angående en maskinförsäkring. Ett företag gjorde gällande att det hade rätt till ersättning ur sin maskinförsäkring hos försäkringsbolaget för en skada på en maskin av det välrenommerade märket Schiess som uppkom när en motvikt föll ned på maskinen till följd av att de linor brast i vilka motvikten var upphängd. Det var ostridigt att skadan skett plötsligt och tvisten gällde om skadan dessutom var oförutsedd.

Villkorets innebörd skulle enligt HD bestämmas med beaktande av att det var fråga om en allriskförsäkring. Försäkringsgivaren hade således inte preciserat vilka risker som omfattades av försäkringen. Det gick enligt HD inte heller att ange närmare vilka ersättningsgilla skador som kan inträffa under försäkringstiden. Uttrycket ”oförutsedd skada” kunde då inte ges den innebörden att ingen faktiskt hade förutsett skadan. I stället måste villkoret uppfattas så att skadan i någon rimlig mening inte varit möjlig att förutse under försäkringens löptid.

Försäkringsförbundet hade yttrat sig. De hävdade att det — med utgångspunkt i det för branschen vanliga betraktelsesättet — för att en skada inte ska anses som oförutsedd måste för arbetsledning, driftsingenjör eller särskilt erfaren person ha framstått som beräkneligt att skada kunde komma att inträffa. Denna formulering återfanns i försäkringsbranschens kommentar till maskinvillkoren för företagsförsäkring, där det också sägs att det, för att ett skadefall ska föreligga, förutsätts att skadan innehåller ett visst överraskningsmoment. HD värderade mot denna bakgrund bevisningen och fann att utmattning av linorna under längre tid måste ha visat sig genom mindre trådbrott. Under denna tid var det möjligt för arbetsledningen att förutse skadan. Skadan på Schiessmaskinen var därmed inte oförutsedd i försäkringsvillkorets mening.

I ”Firefly” NJA 2012 s. 3 (se avsnitt 1.9.4.1.2, 1.9.6 och nästa avsnitt) noterade HD att ett undantag för arbetsskada fanns i många företagsförsäkringar, utan att domstolen slog fast att det var fråga om en branschpraxis. Att klausulen var vanligt förekommande ledde dock inte till att slutsatser kunde dras beträffande tolkningen av avtalet.

1.9.4.5 Det affärsmässiga sammanhanget

Det affärsmässiga sammanhang som ett villkor förekommer i kan vara en faktor att beakta vid tolkningen. I det i det förra avsnitt nämnda ”Firefly” NJA 2012 s. 3, hade det gjorts undantag för arbetsskada i en arbetsskadeförsäkring.

Efter att ha konstaterat att undantaget förekommer i åtskilliga standardavtal om företagsförsäkring övergick HD till att undersöka varför det tagits in i försäkringen. Det hade samband med tillkomsten av den s.k. trygghetsförsäkringen på 1970-talet som innebar ett ersättningsansvar oberoende av arbetsgivarens skuld, vilket medförde att arbetsgivare i allt väsentligt kom att sakna behov av att försäkra sig mot ersättningskyldighet för arbetsskador. Det fanns då inte heller någon anledning att försäkringsavtalen skulle innehålla ett sådant skydd. Detta ger ett klart uttryck för att HD beaktade det affärsmässiga sammanhanget vid tolkningen av villkoret. Även om det anförda enligt HD fick anses tala för att undantagsklausulen var avsedd för sådana arbetsskador som försäkringstagarens anställda drabbas av kunde tolkning av begreppet arbetsskada möta svårigheter, bl.a. därför att innebörden är beroende av sammanhanget. Det kunde avse såväl en ren arbetsskada, utan koppling till viss försäkringstagare, som en arbetsskada som drabbade försäkringstagarens anställda. En rimlighetsbedömning blev därför nödvändig i det fallet.

1.9.4.6 Förarbeten till standardavtal

Det tidigare redovisade NJA 2007 s. 17 (se avsnitt 1.9.4.4.3) rörde tolkning av uttrycket ”oförutsedd skada” i en maskinförsäkring. Försäkringsförbundet hänvisade i ett yttrande till branschpraxis om att

skadan skulle vara beräknelig. Denna formulering återfanns även i försäkringsbranschens kommentar till maskinvillkoren för företagsförsäkring. HD gjorde ingen egen bedömning av detta utan tycks ha accepterat uttalandena i kommentaren och bedömt tolkningsfrågan bl.a. mot bakgrund av uttalandet.

Frågan om betydelsen av förarbeten till standardavtal återkom i NJA 2009 s. 388 (se även avsnitt 1.9.4.1.4). Här hade en entreprenör uppfört bostäder för ett kommunalt fastighetsbolag enligt AB 72. Vid slutbesiktningar av fastigheterna upptäcktes fuktgenomslag i anslutning till ett stort antal av de takkupor som husen är försedda med. En fråga var om entreprenören hade ett funktionsansvar eller ett utförandeansvar. HD anförde, med hänvisning till ett antal utlåtanden i målet, att termen generalentreprenad enligt Motiv AB 72 innebär att entreprenören svarade för hela åtagandet. Därefter anfördes att det i motiven anges att totalentreprenad innebär att en entreprenör, totalentreprenören, ansvarar inför beställaren för såväl projektering som produktion. Enligt HD måste det emellertid vara möjligt att avtala om delad totalentreprenad, där olika entreprenörer har ett funktionsansvar för var sin del. HD konstaterade också att det i Motiv AB 72 inte heller anges mer än att generalentreprenad innebär samlat ansvar. Förarbetena hindrade således inte heller att termen generalentreprenad tolkades så att entreprenörens ansvar skulle vara begränsat till ett utförandeansvar.

Även i NJA 2015 s. 3, som rörde fackmässigheten av muddringsarbeten i Slite hamn som utfördes enligt standardavtalet AB 04, kom frågan om förarbetena till standardavtal upp. HD gick här tillbaka till AB-familjens ursprungliga version och vad som då anfördes i Motiven AB 65 om att avsikten är att den fackmässiga bedömningen ska vara objektiv och grundad på de kunskaper som en fackman har. Vid bedömningen skulle man enligt motiven beakta samtliga relevanta omständigheter som objektivt kunde konstateras. Utifrån detta gjorde HD sin bedömning av fackmässigheten. Entreprenören hade att göra en fackmässig bedömning avseende förhållandena inom arbetsområdet — i det aktuella fallet förekomsten av kalkberg och bergets beskaffenhet — och utifrån denna bedömning avgöra huruvida det var en lämplig arbetsmetod att använda det aktuella mudderverket. Vid den bedömningen hade det ankommit på entreprenören att beakta de förhållanden inom arbetsområdet som var troliga.

Ett klart uttalande om betydelsen av förarbeten till standardavtal finns i ”NSAB-försäkringen” NJA 2018 s. 301. För ett lagringsuppdrag av pappersrullar gällde NSAB 2000 som är ett s.k. agreed document. Green Cargo ordnade lagringen i en lokal som bolaget hyrde av Jernhusen enligt ett hyresavtal som träffats mellan dem. På grund av ett vattenläckage i lokalens sprinklersystem skadades pappersrullarna. Lastägarsidan fick härigenom en skadeståndsfordran mot Green Cargo

som på grund härav väckte talan mot Jernhusen och yrkade att Jernhusen skulle förpliktas att betala ersättning för de skadade pappersrullarna.

Efter några inledande ord om tolkning i allmänhet kommer ett uttalande om förarbetenas betydelse. HD angav att parterna som hade förhandlat fram NSAB låtit utarbeta en gemensam kommentar till avtalet. Kommentaren lämnar en bakgrund till de enskilda bestämmelserna och ger anvisningar om hur de är tänkta att tillämpas. Parterna har enats om att kommentaren uttrycker deras samstämmiga uppfattning. En på sådant sätt utgiven kommentar till ett allmänt använt standardavtal kan enligt HD få betydelse vid tolkning av oklarheter i avtalet innan det finns anledning att gå vidare till en tolkning i ljuset av dispositiv rätt. Detta ger klart uttryck för det som sedan länge ändå ansetts gälla; uttalanden i förarbeten till standardavtal kan beaktas vid en tolkning som är objektivt inriktad. Det är då inte avtalsparternas avsikter utan de organisationers och parter avsikter som varit med och tagit fram standardavtalet som får betydelse, om dessa kommit till uttryck i en kommentar. Det ska också läggas märke till att HD framhäver att det är upphovsmännens gemensamma vilja som kommer till uttryck i kommentaren.

1.9.4.7 Tolkningsresultatets rimlighet

Vid den mer övergripande rimlighetsbedömning som ytterst och sist ska göras aktualiseras bl.a. frågan om det aktuella avtalsvillkorets ändamål kan föranleda att den ska tolkas på ett sätt som inte har stöd i dess ordalydelse. Vad som gäller i det hänseendet hänger samman med vad för slags villkor det rör sig om.

I ”Den uteblivna slutbesiktningen” NJA 2015 s. 862 (se avsnitt 1.9.1.4, 1.9.4.3 och 5.1.1.2) hade slutbesiktning ägt rum rörande underentreprenörernas arbeten. Även entreprenören hade anmält att arbetena i entreprenaden var färdiga och tillgängliga för slutbesiktning. Fråga var om preskription hade inträtt trots att slutbesiktning inte hade genomförts. HD:s majoritet förde ett ändamålsresonemang kring preskriptionsregeln verkningar och konkluderade därefter med följande. ”Om någon slutbesiktning inte har skett är det en lämplig ordning att preskriptionstiden enligt ABT 94 kap. 6 § 13 börjar löpa när entreprenören har avslutat sina arbeten. Men det finns inte några klara hållpunkter för en ordning av det slaget i de allmänna bestämmelserna, och inte heller synes en sådan tidpunkt utan närmare kontraktsreglering kunna bestämmas på ett entydigt sätt. I det läget blir slutsatsen att den aktuella preskriptionsregeln inte kan tillämpas när någon slutbesiktning inte har skett.” Här synes rimligheten ha fått vika för en restriktiv tolkning av preskriptionsbestämmelsen.

1.9.5 Hjälpregler

1.9.5.1 Inledning

Eftersom det knappast kan sägas föreligga några begränsningar av de omständigheter som kan beaktas vid tolkningsproceduren kan det finnas skäl att ställa upp vissa regler med karaktär av att prioritera mellan olika omständigheter. Det är möjligt att urskilja ett antal sådana hjälpregler som är mer eller mindre uttalade.

En sådan regel är den s.k. *ejusdem generis*-regeln. Den innebär att när en uppräkningslista av vissa konkreta företeelser avslutas med en generell formulering, kan det finnas skäl att fastställa avtalets innebörd så att den generella formuleringen omfattar situationer av samma slag som de särskilt uppräknade. En annan sådan regel är att preciserade avtalsbestämmelser går före mer generella bestämmelser. Detta gäller särskilt beträffande allmänt hållna friskrivningar som ofta underkänns i förhållande till preciserade uppgifter. Liknande är de regler som anger att det som kommer senare i ett avtalsförhållande tar över det tidigare avtalade (se t.ex. AB 04 kap. 1 § 3) och att de villkor som förhandlats individuellt går före villkor av standardkaraktär (ibland uttryckt med frasen ”skrivet går före tryckt”). Slutligen kan också den s.k. betydelseregeln hänföras till prioriteringsreglerna. Den innebär att domstolen vid tolkningen ska utgå från att parterna menat det de sagt eller skrivit. Det medför att villkor i ett avtal inte bör tolkas så att annan avtalstext blir överflödiga.

1.9.5.2 Preciserade uppgifter går före generella uppgifter

Ett exempel på en hjälpregel är att preciserade avtalsbestämmelser går före mer generella bestämmelser. I en sådan situation föreligger motstridiga uppgifter i det att det dels lämnas precisa uppgifter angående vissa fakta, dels görs en generell ansvarsbegränsning avseende dessa uppgifter.

I ”Lokalarean” NJA 2016 s. 237 (se även avsnitt 2.3.5.1, 2.3.5.4, 2.3.5.6 och 3.1) hade en lokalbostadsrätt sålts. Säljaren hade under våren 2007 anlitat en fastighetsmäklare för att sälja en bostadsrätt. I en annons framgick bl.a. att bostadsrätten hade en area om 1 297 m². Vid visning fick köparen en objektsbeskrivning som fastighetsmäklaren upprättat. I beskrivningen angavs: ”Boarea ca 1 297 m². Areauppgifter enligt bostadsrättsföreningen.” Köpekontraktet ingicks några månader senare och innehöll en friskrivning enligt vilken köparen avstod med bindande verkan från att göra gällande påföljder på grund av alla sorters fel och brister med undantag för tre uttryckliga garantier i avtalet som inte avsåg bostadsrättens area. I köpekontraktet stod ingenting om bostadsrättens area. Under rubriken ”Övriga handlingar” angavs att köparen tagit del av objektsbeskrivningen. Objektsbeskrivningen, men inte bostadsrättens area, berördes enligt HD i samband med avtalsslutet. Köparen gjorde gällande att bostadsrätten var felaktig då dess area hade visat sig vara ungefär 102 m² (motsvarande cirka 8,5 procent)

mindre än arean som nämnts i annons och objektsbeskrivning. Köparen väckte sedermera talan och begärde prisavdrag och skadestånd.

HD kom fram till att areauppgiften i annonsen och objektsbeskrivningen, tillsammans med omnämmandet i köpekontraktet att köparen tagit del av objektsbeskrivningen, innebar att arean utgjorde en avtalad egenskap. Eftersom arean avvek från avtalet förelåg fel enligt 17 § KöpL. När det gäller friskrivningen angav HD att en allmän friskrivning från allt ansvar inte kan anses ha någon verkan mot positiva uppgifter (se även bl.a. Axel Callissendorff, Några reflektioner om friskrivningsklausuler, Festskrift till Stefan Lindskog, 2018, s. 101 ff. och Johnny Herre, Något om ansvarsbegränsningar och positiva uppgifter, Festskrift till Stefan Lindskog, 2018, s. 243 ff.).

1.9.5.3 Individuellt förhandlade villkor går före villkor av standardkaraktär

I NJA 2009 s. 388 (se även avsnitt 1.9.4.1.4) hade en entreprenör uppfört bostäder som övertagits av ett kommunalt fastighetsbolag. Vid slutbesiktningar av fastigheterna upptäcktes fuktgenomslag i anslutning till ett stort antal av de takkupor som husen är försedda med. I målet var frågan huruvida entreprenören hade åtagit sig ett ansvar för konstruktion och funktion hos de i målet aktuella takkuporna. Parterna hade ingått ett entreprenadkontrakt. I detta hade i anslutning till garantitiden (som var ett år) lagts till att "under garantitiden har entreprenören fullt ansvar för fel och brist, som har samband med projektets funktion, oavsett om bristen eller felet påtalats vid slutbesiktningen eller inte". Under "Särskilda bestämmelser" var antecknat att "kontraktssumman omfattar en fullt färdig funktionell produkt". Parterna hade inte gjort ABT 74, som lägger ansvaret för projektering och funktion på entreprenören, till avtalsinnehåll utan i stället AB 72. Enligt AB 72 kap. 2 § 1 ska kontraktarbetena utföras i överensstämmelse med kontraktshandlingarna. Är kontraktshandlingarna upprättade av beställaren, vilket AB 72 utgår från, kan entreprenören i princip nöja sig med att följa dessa. Eftersom det råder avtalsfrihet, kan parterna emellertid helt eller delvis fördela ansvaret på annat sätt än som följer av det valda standardavtalet.

HD kom fram till att överlåtelsen av projekteringen av takkuporna och entreprenörens åtagande av detta projekteringsansvar samt framför allt det i sig tydliga villkoret i entreprenadkontraktet om att entreprenören under garantitiden har fullt ansvar, talade för att entreprenören hade ett funktionsansvar för takkuporna. Dessa villkor var, i motsats till utformningen av AB 72, individuellt avtalade och hade företräde framför standardvillkoren också enligt föreskrifter i villkoren. Entreprenören hade således ett strikt ansvar för takkupornas funktion.

1.9.5.4 Betydelseregeln

Vid avtalstolkning är det tillrådligt att utgå från att parterna faktiskt menat det de sagt eller skrivit. Det innebär att man inte bör tolka avtalet på sådant sätt att någon del eller något villkor blir överflödigt i den mening att det inte skulle fylla någon självständig funktion (se NJA 1992 s. 403, se Herre, SvJT 2005 s. 636). Detta tillvägagångssätt brukar benämnas betydelseregeln.

Det kan vara svårt att avgöra när en regel inte fyller någon självständig funktion. I vissa sammanhang kan nämligen vissa villkor vara överlappande. En sådan överlappning behöver inte betyda att de olika reglerna eller någon av reglerna saknar all funktion. I ”Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen” NJA 2018 s. 834 p. 19 (se avsnitt 1.9.4.2 och 1.9.4.3) kan man ana att hänsyn tagits till att avtal kan innehålla överlappande avtalsvillkor i syfte att förenkla pedagogiken i avtalet.

1.9.6 Oklarhetsregeln

Ibland hävdas att otydligheter i utformning av ett avtal ska tolkas till nackdel för den part som har formulerat eller åberopat den otydliga texten. Principen brukar kallas för oklarhetsregeln (*in dubio contra proferentem*). Oklarhetsregeln har emellertid inte tillämpats i något av de fall som omfattas av denna översikt.

I NJA 2006 s. 53 (se avsnitt 1.9.4.1.1) kan man ana en skeptisk inställning till oklarhetsregeln. HD framhöll här att det aktuella villkoret borde tolkas med hänsyn tagen till ordalydelsen, klausulens syfte, försäkringens och kundkretsens art, traditioner i fråga om formulering, anslutning till uttryckssätt i relevant lagstiftning, gängse rättspraxis osv. Härefter anförde HD att om något resultat inte kan uppnås vid en sådan prövning har man anledning att falla tillbaka på andra, mera generella tolkningsprinciper, såsom den s.k. oklarhetsregeln.

Det begränsade utrymmet för en tillämpning av oklarhetsregeln kommer till klart uttryck i NJA 2010 s. 416. Här uppkom fråga om prövningstillstånd skulle lämnas i hovrätten. En häst hade vidare sålts och tvist uppkom i frågan om tilläggsköpeskillingen för den ursprungliga säljaren skulle beräknas även på intäkter i tiden efter vidare försäljningen. Tingsrätten anförde i sina domskäl att avtalet var oklart i det aktuella avseendet och att enligt rättspraxis innebörden av en avtalsbestämmelse i sådana fall ska tolkas till nackdel för den part som formulerat den. Eftersom den ursprungliga säljaren hade formulerat avtalet skulle oklarheten drabba honom, och käromålet ogillades därför. Hovrätten meddelade inte prövningstillstånd.

HD meddelade tillstånd till prövning i hovrätten. Domstolen anförde att tillämpningsområdet för den av tingsrätten använda oklarhetsregeln generellt var begränsat. Det fanns i det aktuella fallet — där den avtalade skyldigheten i sig varit klar men den uppkomna situationen åtminstone inte uttryckligen reglerats — anledning att sätta i

fråga om förutsättningar för en tillämpning av oklarhetsregeln förelagt. Tingsrättens avgörande framstod mot denna bakgrund som svårbedömt; det gick sålunda inte att med tillräcklig tillförlitlighet bedöma riktigheten av det slut tingsrätten hade kommit till utan en fullständig rättegång i hovrätten.

Att oklarhetsregeln är en tolkningsregel som ska användas först när andra sådana inte gett resultat framgår av NJA 2016 s. 689, där köpeobjektet hade betecknats på skilda sätt i två olika köpehandlingar (se avsnitt 1.9.4.1.3). Här angav HD att när resultatet av tolkningen varken utmynnar i ett klargörande av en gemensam partsavsikt eller att ett objektivet avtalsinnehåll kan fastställas, har man att först i sista hand falla tillbaka på andra mer generella tolkningsprinciper, såsom den s.k. oklarhetsregeln.

I det tidigare diskuterade "Firefly" NJA 2012 s. 3 om tolkning av begreppet arbetsskada (se avsnitt 1.9.4.1.2 och 1.9.4.5) kom HD in på ett resonemang om vilken part som hade utformat villkoret. Detta kan dock inte tas till intäkt för att det var oklarhetsregeln som åsyftades. HD anförde nämligen också att försäkringsgivaren, för det fall denne velat utesluta arbetsskador som inträffat hos arbetstagare än sådana som var anställda hos försäkringstagaren, lätt kunde ha skrivit in det i undantaget. HD redovisar också att så skett i andra försäkringsbolags villkor. HD kom även i NJA 2009 s. 877 (se avsnitt 1.9.4.1.2) in på vem som hade utformat ett villkor utan att detta ska tas till intäkt för att oklarhetsregeln blev aktuell.

Även i "Leksaksaffären i Vimmerby" NJA 2018 s. 171 (se avsnitt 1.9.3), som rörde omsättningshyra för en leksaksaffär, påpekade HD att den ena parten utformat en omtvistad klausul. Domstolen lade dock inte denna omständighet till grund för tolkningen och oklarhetsregel aktualiserades inte heller i övrigt.

2 Förpliktelseernas innehåll

2.1 Hur bestäms förpliktelseernas innehåll

2.1.1 Konsumentavtal och andra avtal

I NJA 2001 s. 155 (se Herre, SvJT 2005 s. 646 f.) behandlades bl.a. frågan om vem som ska betraktas som näringsidkare. Här hade en person ägt och sedermera sålt en segelbåt. HD fäste avseende vid att personen "inom ramen för sin näringsverksamhet" hade "producerat och försålt båtar av samma slag som den som han sålde till" samt att båten dessutom syntes "ha haft närmare anknytning till [personens] näringsverksamhet än till hans privatliv" och att det därför fick anses att han sålt båten i sin yrkesmässiga verksamhet "även om det var han personligen — och inte något av hans bolag — som stod som ägare av båten".

HD fick i "Hästen Favor" NJA 2018 s. 866 anledning att återkomma till näringsidkardefinitionen. Här hade en person köpt en häst av en

annan privatperson. Frågorna i målet var om säljaren hade bedrivit näringsverksamhet och, i så fall, om försäljningen hade ett sådant samband med näringsverksamheten att KKöpl var tillämplig vid en tvist på grund av försäljningen. HD konstaterar inledningsvis att näringsverksamhet är ”verksamhet som är av ekonomisk natur och av sådan karaktär att den får betecknas som yrkesmässig”. Det uttalades också att vinstsyfte inte krävs och att något ”större krav” på omsättning inte ställs.

Frågan har kortfattat berörts också i ”Dricksvattnet” NJA 2018 s. 475, där det angavs att begreppet näringsverksamhet i produktansvarslagen (1992:18) är avsett att ha samma innebörd som i konsumentlagstiftningen och att det alltså ska vara fråga om en verksamhet av ekonomiskt slag som bedrivs yrkesmässigt. Enligt HD innebar det att kommunala bolag som bedriver verksamhet av ekonomisk natur kan ådra sig produktansvar eftersom ett sådant bolag enligt 8 § kan betraktas som en part som satt produkten i omlopp i en näringsverksamhet. I det aktuella fallet ansågs ett kommunalt bolag som levererade dricksvatten enligt lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster omfattas av produktansvarslagens reglering.

För att någon ska anses vara näringsidkare krävs inte bara att det bedrivs näringsverksamhet utan också att transaktionen har samband med näringsverksamheten eller, med andra ord, att personen handlar för ändamål som har samband med den verksamheten.

Numera är EU-rätten och EU-domstolens rättspraxis av stor betydelse för bl.a. hur näringsidkarbegreppet ska uppfattas. I de olika konsumentskyddsdirektiven, och därmed i de flesta konsumentskyddslaggar, definieras näringsidkaren, med vissa variationer, som ”en fysisk eller en juridisk person, antingen privatägd eller offentligägd, som agerar för ändamål som faller inom ramen för den fysiska eller juridiska personens handels-, företags-, hantverks- eller yrkesverksamheten samt varje person som agerar i dennes namn eller för dennes räkning, med avseende på avtal som omfattas av detta direktiv” (jfr artikel 2 i 2019 års konsumentköpdirektiv¹). Av betydelse är dels Wathelet, C-149/15, EU:C:2016:840, som klargör att begreppet är ett självständigt unionsbegrepp, dels de Grote, C-147/16, EU:C:2018:320, där det klargörs att begreppet ska ges en vid tolkning. Beträffande tidigare svensk rättspraxis, dvs. NJA 2001 s. 155, uttalade HD i ”Hästen Favor” NJA 2018 s. 866 att eftersom sambandsrekvisitet tillkom för konsumentköpens

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/771 av den 20 maj 2019 om vissa aspekter på avtal om försäljning av varor, om ändring av förordning (EU) 2017/2394 och direktiv 2009/22/EG samt om upphävande av direktiv 1999/44/EG. Ett annat exempel med i grunden samma innehåll ges av 2011 års konsumenträttighetsdirektiv, där näringsidkaren definieras som ”en fysisk eller juridisk person, antingen offentligägd eller privatägd, som i samband med avtal som omfattas av detta direktiv agerar för ändamål som faller inom ramen för den egna närings- eller yrkesverksamheten samt varje person som agerar i dennes namn eller för dennes räkning”, se Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/83/EU av den 25 oktober 2011 om konsumenträttigheter och om ändring av rådets direktiv 93/13/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG och om upphävande av rådets direktiv 85/577/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG.

del först i och med genomförandet av konsumentköpsdirektivet ger rättsfallet inte någon egentlig ledning för bedömningen av om ett tillräckligt samband förelegat mellan verksamheten och det avtal som har ingåtts.

HD gjorde i 2018 års fall ett antal uttalanden av generell räckvidd rörande kravet på samband mellan näringsverksamheten och transaktionen. Det anfördes bl.a. att sambandskriteriet är uppfyllt när omsättningstillgångar i en rörelse säljs, liksom — trots att sådana transaktioner inte ingår i den löpande verksamheten — när rörelsens anläggningstillgångar säljs.

När något annat säljs av en näringsidkare har det enligt HD betydelse om förbindelselänken mellan näringsverksamheten och avtalet aktualiserar ett konsumentskyddsintresse. Det avgörande blir om säljaren på grund av den egna näringsverksamheten vid avtalet kan anses ha intagit en överlägsen ställning gentemot en typisk konsument. Ett uttryck ”för detta” kan enligt HD vara att säljaren använder näringsverksamhetens marknadsföringsresurser eller avtalsformulär som vanligtvis används i verksamheten. Just detta uttalande är svårtolkat. En tolkning, som ligger nära ordalydelsen och vad som behandlades i punkten 17 i domen, är att HD med dessa ord ansett att genom användandet av sådana näringsverksamhetsresurser har säljaren manifesterat att denne har intagit en överlägsen ställning. En alternativ tolkning av uttalandet är att HD bara avsett att uttrycka att när säljaren använder sig av marknadsföringsresurser eller avtalsformulär inom näringsverksamheten kan detta ge uttryck för ett tillräckligt samband mellan försäljningen och den underliggande verksamheten. Läst i sitt sammanhang ter sig den senare tolkningen vara den korrekta. Stöd för detta får man också av hur HD avgjorde det enskilda fallet.

HD konstaterade här att säljaren köpt hästen cirka fem år innan hon startade sin näringsverksamhet, att avsikten var att hästen skulle användas som hennes privata tävlingshäst, att hästen inte bokfördes i den verksamhet som säljaren senare hade startat, att hästen inte bjöds ut på den Facebook-sida där verksamheten marknadsfördes samt att det avtal som upprättades över köpet inte hade någon professionell karaktär eller någon annan koppling till verksamheten. Att hästen, när den såldes, fanns i samma sammanhang som de ponnyhästar vilka ingick i säljarens näringsverksamhet ansågs inte tala med någon styrka för att säljaren agerade som näringsidkare. Sammantaget kom därför HD fram till att försäljningen inte haft ett sådant samband med näringsverksamheten att säljaren skulle betraktas som näringsidkare vid försäljningen. KöpL var därför tillämplig på köpet.

2.1.2 Finansiell rådgivning och försäkringsrådgivning

Ekonomisk rådgivning kan lämnas i olika sammanhang. Vilket regelverk, om något, som ska tillämpas för rådgivningen är ofta svårt att avgöra. Ibland regleras rådgivningen av lag (2003:862) om finansiell

rådgivning till konsumenter. Inte sällan reglerades rådgivningen dock av lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden, som byggde på MiFID-direktivet² och som numera bygger på MiFID II-direktivet³. Sådan rådgivning kan också regleras av lagen (2018:1219) om försäkringsdistribution, som ersatt lagen (2005:405) om försäkringsförmedling. Basen för den regleringen utgörs av IMD-direktivet⁴. Gränsdragningen mellan lagen om värdepappersmarknaden och lagen om försäkringsförmedling är i stora delar oklar.

I ett förhandsavgörande uttalade EU-domstolen att ekonomisk rådgivning beträffande placering av kapital som lämnas i samband med försäkringsförmedling avseende ingående av ett kapitalförsäkringsavtal omfattas av tillämpningsområdet för IMD-direktivet, och inte av tillämpningsområdet för MiFID-direktivet.⁵ HD konstaterade därefter i ”EWMG” NJA 2019 s. 638 I att det rått oklarhet om IMD-direktivet, och därmed försäkringsförmedlingslagen, skulle tillämpas inte enbart på själva förmedlingen av en försäkring utan även i viss utsträckning eller generellt på ekonomisk respektive juridisk rådgivning som lämnas i anslutning till förmedlingen, exempelvis i form av rådgivning som avses i värdepappersmarknadslagen (exempelvis investeringsrådgivning till kunder avseende finansiella instrument). Förhandsavgörandet hade dock gjort klart att rådgivningen avseende placering av kapital inom ramen för en kapitalförsäkring utgör försäkringsförmedlingsverksamhet. I det enskilda fallet omfattades rådgivningen därför av en ansvarsförsäkring avseende kapitalförsäkringen.

I ”Connecta” NJA 2019 s. 638 II var en fråga om regleringen för försäkringsförmedlare (se strax ovan) över huvud var tillämplig om en försäkringsförmedlare inte haft någon avsikt att ingå ett försäkringsavtal men utfört handlingar som objektivt sett föll under begreppet försäkringsförmedling. I det nyssnämnda förhandsavgörandet från EU-domstolen uttalades att utförande av förberedande arbete inför ingåendet av ett försäkringsavtal omfattas av begreppet försäkringsförmedling, även om försäkringsförmedlaren inte haft någon avsikt att ingå ett verkligt försäkringsavtal. Enligt domstolen saknar vidare tidpunkten vid vilken försäkringsförmedlarens frånvaro av avsikt att ingå ett försäkringsavtal uppstår, samt kundens subjektiva uppfattning av försäkringsförmedlarens verksamhet, betydelse för kvalificeringen av verksamheten som försäkringsförmedling. Rådgivarens förslag att kunder skulle placera pengarna i en, som det skulle visa sig, fiktiv försäkringsprodukt

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument och om ändring av rådets direktiv 85/611/EEG och 93/6/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG samt upphävande av rådets direktiv 93/22/EEG.

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/65/EU av den 15 maj 2014 om marknader för finansiella instrument och om ändring av direktiv 2002/92/EG och av direktiv 2011/61/EU.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/92/EG av den 9 december 2002 om försäkringsförmedling.

⁵ Se Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag m.fl., C-542/16, EU:C:2018:369.

som låg i en kapitalförsäkring var därför enligt HD sådana åtgärder som objektivt var att bedöma som försäkringsförmedling.

2.2 Vad ska presteras?

2.2.1 Gränsen mellan fast och lös egendom

Gränsdragningen mellan fast och lös egendom görs främst i 1 och 2 kap. JB. Det som inte anses vara fast egendom enligt dessa regler är lös egendom. Enligt 1 kap. 1 § är fast egendom jord som är indelad i fastigheter. Till en fastighet hör enligt 2 kap. 1 § bl.a. ”byggnader, ledningar, stängsel och andra anläggningar som har anbragts inom fastigheten för stadigvarande bruk”. Som byggnadstillbehör och därmed tillbehör till fastigheten betraktas enligt 2 kap. 2 § ”fast inredning och annat varmed byggnaden blivit försedd, om det är ägnat till stadigvarande bruk för byggnaden eller del av denna”. Föremål som ”nyttjanderättshavare eller annan än fastighetsägaren tillfört fastigheten” hör inte till denna, om inte föremålet och fastigheten har kommit i samme ägares hand.

I NJA 2014 s. 35 var frågan om egendom som till sin karaktär utgjorde byggnadstillbehör och som tillförts en fastighet av en person som vid den tidpunkten var delägare genom denna åtgärd blivit tillbehör till fastigheten. Enligt HD gäller den fastighetsrättsliga underförstådda huvudregeln att alla föremål som objektivt framstår som fastighetstillbehör också utgör sådana tillbehör (jfr NJA II 1966 s. 76). Flera undantag finns, bl.a. beträffande industritillbehör och fall där nyttjanderättshavaren tillfört fastigheten föremål.

När en fastighet ägs av flera personer och bara någon eller några av dem tillför ett föremål till fastigheten bör bedömningen av om föremålet blivit fast egendom eller inte avgöras av om den eller de fastighetsägare som har tillfört föremål till en fastighet som också ägs av andra ska anses ha tillfört föremålet för också övriga fastighetsägares räkning. Det medför enligt HD att om det framgår av omständigheterna vid den tidpunkt då föremålet tillfördes fastigheten ”att så inte skedde för också övrigas räkning bör föremålet till följd av ägarinkongruensen betraktas som lös egendom på samma sätt som om en nyttjanderättshavare eller annan än fastighetsägaren har tillfört föremålet. När föremålet tillförs fastigheten av en delägare och en eller flera utomstående personer bör i regel inkongruensen medföra att föremålet betraktas som tillfört av annan än fastighetsägaren och därför fortfarande utgör lös egendom”. I det aktuella fallet hade fastigheten ägts av två personer, varav den ena som ensam bedrev jordbruksverksamhet tillfört en torkanläggning till fastigheten. Eftersom anläggningen tillförts för näringsverksamheten och inte för gemensam räkning ansågs anläggningen utgöra lös egendom.

Gränsen mellan fast och lös egendom var också föremål för prövning i NJA 2015 s. 961. Här hade lägenheter i ett antal byggnader på några fastigheter anslutits till det allmänna telenätet genom att en telekabel

drogs i marken från en telestation fram till respektive byggnad och sedan genom teleledningar som drogs i rör fram till respektive lägenhet. HD bekräftade här att det är av central betydelse i vems intresse ett föremål har tillförts, fastighetsägarens eller någon annans. Bland de omständigheter som ska beaktas ingår ”vem som fattat beslut om att ett föremål ska tillföras en fastighet, vem som burit kostnaderna för föremålet, vem som har nyttan av föremålet, vem som ansvarar för drift och underhåll samt vad som åsyftats i fråga om ägandet”. Däremot anses vem som rent faktiskt har ombesörjt själva anbringandet vara av underordnad betydelse.

Som HD påpekar kan dock föremål bli fastighetstillbehör genom accession (jfr NJA II 1966 s. 77), dvs. genom att föremålet sammanfogas med den fasta egendomen. Ett sådant förvärv anses ha skett om ”det är praktiskt omöjligt att särskilja den tillförda egendomen, såsom är fallet med målarfärg eller tapeter. Om det går att särskilja egendomen men är förenat med svårigheter, måste andra faktorer beaktas” (jfr här bl.a. NJA 1986 s. 513 och NJA 2002 s. 561; se Herre, SvJT 2005 s. 650). Huvudregeln bör dock vara att accession inte kommer i fråga när den lösa egendomen utgör en del av en sammanhållen helhet som finns på flera fastigheter med olika ägare. Eftersom de aktuella kablarna, ledningarna och övrig utrustning inte hade tillförts fastigheterna av fastighetsägaren och det var fråga om ett telenät som gick över och betjänade flera fastigheter i olika ägares hand ansågs egendomen inte ha blivit fastighets- eller byggnadstillbehör eller fastighetsägaren ha förvärvat äganderätten genom accession.

2.3 Vilken kvantitet och kvalitet skall presteras?

2.3.1 Metoder för kvantitetsbestämning

När parterna i ett avtal inte har kommit överens om priset men har ingått ett bindande avtal, torde huvudregeln i svensk rätt vara att skäligt pris ska erläggas (jfr t.ex. 45 § KöpL). Hur detta skäliga pris ska bestämmas behandlas särskilt i det följande.

Också i andra situationer aktualiseras frågan hur ett pris ska bestämmas om parterna inte har lyckats enas. En sådan situation är när en bostadsarrendator vid ett arrendeavtal som har ingåtts på viss tid enligt 10 kap. 7 § JB önskar överlåta arrenderätten till annan (jfr för jordbruksarrenden 9 kap. 21 a och 31 a §§ JB). Arrendatorn ska i sådana fall erbjuda jordägaren att återta arrendestället mot erläggande av skälig ersättning för arrenderättens värde. När arrendatorn har uppfört byggnad på arrendestället eller när denne i övrigt har lagt ned kostnad på stället och arrendatorn önskar att jordägaren ska överta det utförda, ska även detta erbjudas jordägaren till inlösen. Om parterna är oeniga om vad som är en skälig ersättning uppkommer frågan hur ersättningen ska bestämmas.

Den frågan aktualiserades i NJA 2005 s. 943. I äldre förarbeten hade det uttalats att ersättningen borde motsvara vad arrenderätten i "brukarens hand kan anses värd eller vad annan brukare skäligen kan antas vara villig att betala för att överta lägenheten med därå av arrendatorn uppförda byggnader och annat denne bekostat" (jfr NJA II 1908 nr 5 s. 41). I senare förarbeten hade departementschefen hänfört sig till arrenderättens handelsvärde (se NJA II 1944 s. 193 ff.). Och vid införandet av reglerna i 9 kap. för jordbruksarrende hade det anförts att inlösenbeloppet borde stämma överens med investeringens marknadsvärde vid tidpunkten för inlösen och att priset inte borde sättas högre än vad som hade varit fallet om investeringen i stället hade ingått i en försäljning på den öppna marknaden (jfr prop. 1994/95:155 s. 37).

HD kom bl.a. mot den bakgrunden fram till att lösenbeloppet som utgångspunkt borde bestämmas till marknadsvärdet och då närmast som det samlade marknadsvärdet av arrenderätten och de anläggningar som omfattas av hembudet. Av betydelse för den bedömningen ansågs vara sådant som (a) läget på orten, naturvärden och miljön i övrigt, (b) arrendeavgiftens storlek och (c) sådana omständigheter som kan påverka besittningsskyddet. Liksom i andra värderingssammanhang borde marknadsvärdet "i första hand bestämmas med ledning av en ortsprisjämförelse som, särskilt om denna endast omfattar ett fåtal objekt, kan behöva kombineras med en allmän bedömning av marknadssituationen". Om tillräcklig information saknas kan värdet i stället bestämmas med ledning av avkastningsvärdet eller annan utredning. I sista hand kan värdet av arrenderätten jämte återanskaffningskostnaden för investeringarna med avdrag för värdeminskning på grund av ålder och förslitning komma i fråga.

Vid alla typer av arrenden kan parterna vid ingåendet av ett nytt arrendeavtal komma överens om arrendeavgiften. Det råder alltså avtalsfrihet för parterna att bestämma storleken på det arrende som ska utgå under arrendeperioden. Inte sällan sker detta genom att den initiala avgiften bestäms och att parterna sedan hänvisar till olika typer av indexeringar. Avtalsfriheten är i viss utsträckning beskuren vid förlängning av avtalet vid jordbruksarrenden och bostadsarrenden. I 9 kap. 9 § JB anges således att för jordbruksarrenden gäller vid förlängning att arrendeavgiften ska utgå med skäligt belopp. Om parterna inte kan komma överens ska avgiften bestämmas så att den kan antas motsvara arrenderättens värde med hänsyn till arrendeställets avkastningsförmåga, arrendeavtalets innehåll och omständigheterna i övrigt. Arrendatorn har alltså rätten att se till att avgiften bestäms till skäligt belopp med hänsyn till nyss nämnda faktorer men kan naturligtvis, på samma sätt som när det gäller andra förhandstvingande regler, komma överens om att betala ett belopp och kan då inte få till stånd en ändring under arrendeperioden, även om det bestämda arrendet skulle visa sig inte motsvara vad som är skäligt. För bostadsarrenden gäller på motsva-

rande sätt att vid förlängning utgår arrendeavgiften med skäligt belopp. Om parterna inte kan komma överens om en ny arrendeavgift ska den bestämmas så att den kan antas motsvara arrenderättens värde med hänsyn till arrendeavtalets innehåll och omständigheterna i övrigt. (Se 10 kap. 6 § JB.)

I NJA 2013 s. 491 (se avsnitt 1.4), som gällde bestämning av arrendeavgiftens storlek vid förlängning av ett bostadsarrende, gjorde HD vissa generella uttalanden om hur avgiften ska bestämmas. HD anförde här att bland de faktorer som kan vara av betydelse ingår (1) fastighetens beskaffenhet, (2) fastighetens läge, (3) fastighetens storlek, (4) förekomst av vatten och avlopp på fastigheten, (5) förekomsten av el på fastigheten och (6) förekomsten av vägar m.m. på fastigheten, (7) ortens pris för jämförliga arrenden, särskilt när fritidsbebyggelse har koncentrerats till avgränsade områden samt som en viktig faktor (8) det pris som andra arrendatorer inom området har accepterat att betala.

För både jordbruksarrenden och bostadsarrenden gäller enligt lagtexten att en ytterligare faktor som kan inverka på vad som är en skälig arrendeavgift är ”arrendeavtalets innehåll”. HD konstaterade här att det är naturligt att besittningsskyddet tillåts påverka avgiften. Vid ett arrende där arrendatorn inte enligt lag har något besittningsskydd, t.ex. ett lägenhetsarrende, men tillförsäkrats ett sådant skydd genom avtal bör alltså avgiften kunna sättas högre än annars. Omvänt kan en försämring av det lagliga besittningsskyddet, t.ex. vid andrahandsupplåtelser medföra att det finns fog för att sätta avgiften lägre än vad som annars skulle bli fallet.

2.3.2 Mäklares rätt till provision

I ”Den uteblivna mäklarprovisionen” NJA 1986 s. 146 (se Herre, SvJT 2005 s. 655) fann HD att en mäklare i normalfallet inte ska anses berättigad till provision när köparen inte har erlagt köpeskillingen och säljaren därför hävt avtalet. I NJA 2010 s. 58 avgjordes denna fråga igen och då i plenum. Målet gällde en situation där inget avtalats mellan uppdragsgivaren och mäklaren om vad som skulle gälla om köpeskillingen inte betalades. HD:s majoritet (14 av 15 justitieråd) konstaterade här att det av fastighetsmäklarlagen (21 § i fastighetsmäklarlag, 1995:400; jfr 23 § fastighetsmäklarlag, 2011:666) och förarbetena till regleringen, liksom av den juridiska litteraturen (och då möjligen särskilt det centrala verket Sjur Brækhus, Meglerens rettslige stilling, Oslo 1947), ”framgår att det är en sedan länge etablerad utgångspunkt att en mäklares rätt till provision — om inte annat avtalats mellan uppdragsgivaren och mäklaren — är beroende av att ett avtal sluts mellan uppdragsgivaren och en motpart som mäklaren anvisat men i princip inte påverkas av att avtalet hävs eller av annan anledning inte fullgörs. Mäklaren kan alltså sägas bära avslutsrisken men inte fullgörelserisken”.

Enligt HD bör mäklaren därför normalt ha rätt till provision även om uppdragsgivaren och dennes motpart avtalat att en överlåtelse ska kunna hävas vid kontraktsbrott. Om emellertid parterna avtalat särskilt om att bristande fullgörelse från ena parten medför att avtalet inte blir giltigt eller förlorar sin giltighet och att detta innebär att den andre parten inte har rätt att göra gällande någon påföljd som ska säkra det positiva kontraktsintresset, ”innebär villkoret i realiteten att ena parten inte blivit bunden av något avtal; mäklarens slutliga rätt till provision bör då vara beroende av att parten fullgör sina skyldigheter enligt avtalet”. Det konstaterades också att de skäl som bar upp ”Den uteblivna mäklarprovisionen” NJA 1986 s. 146, särskilt att en rätt till provision skulle kunna leda till ”lika överraskande som obehagligt resultat” (eller med HD:s ord i 2010 års avgörande ”överraskande och konsumenträttsligt inte godtagbara resultat”) inte gör sig gällande med samma styrka när uppdragsgivaren är en näringsidkare. Eftersom avtal ingåtts mellan säljare och köpare och förvärvstillstånd erhållits ansågs mäklaren berättigad till provision.

I NJA 2015 s. 918 var frågan om en mäklare skulle anses berättigad till provision när uppdragsgivaren ingått avtal med en anvisad köpare under en senare mäklares uppdragstid. HD konstaterade här att tre villkor, eller huvudkriterier, ska vara uppfyllda för att en mäklare ska vara berättigad till provision för en överlåtelse där mäklaren inte har ensamrätt (exklusivitet), nämligen (1) att det förelegat ett mäklaruppdrag, (2) att mäklaren anvisat uppdragsgivaren en medkontrahent och (3) att det finns ett orsakssamband mellan mäklarens aktiviteter och uppdragsgivarens avtal med anvisad medkontrahent.

Beträffande villkoret (3) gäller en presumtion för orsakssamband om avtal har ingåtts och endast en mäklare varit inblandad. Presumtionen kan dock motbevisas (se t.ex. NJA 1981 s. 259 och NJA 1997 s. 347; se härom Herre, SvJT 2005 s. 653 f.). När emellertid två mäklare varit inblandade blir bedömningen dock mer komplicerad, eftersom det då måste bedömas vilken mäklare som har haft störst inverkan på att en försäljning verkligen kom till stånd. Även här finns dock enligt HD en — svagare — presumtion för ett orsakssamband mellan den förste mäklarens arbete och avtalet. Bland de omständigheter som ska bedömas ingår enligt domstolen (a) vilken av de två mäklarnas arbete som har lett till förhandlingar, där parterna diskuterat de avtalsvillkor som sedan kom att tas in i det slutliga avtalet, (b) om det under den andre mäklarens uppdragstid, på grund av dennes egna insatser — där ett omfattande arbete ofta får förmodas ha haft betydelse för avtalsingåendet — eller genom yttre omständigheter, har tillkommit något som inverkat på parternas vilja att ingå avtal, (c) den tid som förflutit från den förste mäklarens arbetsinsats till avtalsslutet samt (d) uppgifter från köparen som belyser frågan om orsakssamband.

2.3.3 Kvantiteten har lämnats obestämd

I NJA 2001 s. 177 och NJA 2005 s. 205⁶ (se Herre, SvJT 2005 s. 657 f.) avgjorde HD i plenum frågan om bevisbördans placering för att avtal har träffats om priset eller om beräkningsgrunden för detta. I NJA 2001 s. 177 fann HD att den som påstod att ett sådant pris eller en sådan beräkningsgrund hade avtalats hade bevisbördan för sitt påstående. Av NJA 2005 s. 205 framgick sedan att en konsument som anser sig ha avtalat ett lägre pris än vad som följer av de utfyllande bestämmelserna i 35 § KKöpl eller 36 § KTjL enligt huvudregeln får bära bördan av att säkra bevisningen om avtalet och dess innebörd. Om den part som har bevisbördan inte lyckades bevisa påståendet blev parterna hänvisade till de utfyllande reglerna i nyssnämnda bestämmelser eller för de reguljära köpens del 45 § KöpL.

En fråga som inte besvarades i dessa båda pleniavgöranden var hur det skäliga priset närmare ska bestämmas och vem som har att förete bevisning om sådant som är relevant för den bedömningen. Den frågan fick HD anledning att närmare behandla i ”Gripenhus” NJA 2016 s. 1011. Avgörandet rörde vissa tjänster som en näringsidkare hade utfört på en konsuments villafastighet, varför reglerna i KTjL var tillämpliga. Enligt 36 § KTjL ska konsumenten, i den mån priset inte följer av avtalet, ”betala vad som är skäligt med hänsyn till tjänstens art, omfattning och utförande, gängse pris eller prisberäkningssätt för motsvarande tjänster vid avtalstillfället samt omständigheterna i övrigt”.

HD konstaterade här att vad som utgör ett ”skäligt pris” är en rättslig bedömning som det ankommer på domstolen att göra. Man kan därför inte tala om att någon har bevisbördan för själva skäligheten. Däremot kan en part enligt HD ha bevisbördan för de omständigheter som är avgörande för den skälighetsbedömning som domstolen ska göra. Detta torde vara en allmän utgångspunkt. HD hänvisade här till NJA 2006 s. 367, där motsvarande synsätt angavs vid tillämpning av vad som skulle anses vara skäliga rättegångskostnader att ersättas ur en rättskydds försäkring. Också i ”Dreamfilm” NJA 2019 s. 3, som gällde hur skälig ersättning för obehörigt utnyttjande av ett filmverk, gjordes uttalanden — med hänvisning till ”Gripenhus” NJA 2016 s. 1011 — om att rättighetshavaren är bevisskyldig för de omständigheter som är avgörande för domstolens bedömning av vad som hade varit en skälig ersättning.

Beträffande bevisbördans placering angav HD att det är ”näringsidkaren som ska bevisa att omständigheterna sammantagna är sådana att det begärda priset är skäligt”. Uttalandena i förarbetena till konsumenttjänstlagen om ”att det vid tvist om ett begärt pris blir näringsidkaren som får bevisbördan i fråga om prisets skälighet” och att näringsidkaren ska ”kunna visa att det av honom begärda priset är skäligt med hänsyn till olika relevanta omständigheter” (se prop. 1984/85:110

⁶ I föregående rättsfallsöversikt benämnt T 2362-01 av den 1 april 2005, se SvJT 2005 s. 658.

s. 93 respektive 303; jfr för konsumentköpens del ett motsvarande uttalande i prop. 1989/90:89 s. 145) får därför tolkas på det sättet att vad som avses är just att näringsidkaren har bevisbördan för dessa omständigheter.

I ”Gripenhus” NJA 2016 s. 1011 uttalade sig HD också om beviskravet i fråga om prisets skälighet. Det angavs där att det saknas skäl att ange en annan utgångspunkt än att vad som gäller för tvistemål i allmänhet ska tillämpas, dvs. att den som har bevisbördan har att ”styrka eller visa att en viss omständighet föreligger”. Här kan jämföras med ett antal tidigare avgöranden där motsvarande uttalanden har gjorts, t.ex. i ”Den skadade dörren” NJA 2013 s. 524, rörande ett konsumentköp och frågan om felet fanns vid avlämnandet, där HD — med hänvisning till viss juridisk litteratur — angav att utgångspunkten i ”dispositiva tvistemål får anses vara att den som har bevisbördan har att ’visa’ eller ’styrka’ att en viss omständighet föreligger”. Här kan också jämföras med NJA 2015 s. 233 om ett konsumentköp av en båt där uttalandet tog sikte på kraven på bevisning för åberopade fel i varan. Här angav HD, utöver vad som nu sagts, samtidigt att beviskravet för fel i vissa fall måste nyanseras med hänsyn till möjligheten att säkra bevisning och vad som kan förväntas av parterna i detta hänseende, liksom till hänsynen av att beviskravet inte lägger hinder i vägen för förverkligandet av den materiella rättsregelns ändamål. Också i ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 uttalade sig HD i frågan om beviskravet. Här gällde dock frågan om beviskravet för den skada en part lidit. Här angavs att beviskravet kan variera från att ”skadan ska vara styrkt eller visad till att det är sannolikt eller antagligt att skadan är av viss storlek”.

2.3.4 Kvalitet som ska presteras

I 12 kap. 16 § JB regleras vilka rättigheter hyresgästen har om hinder eller men på annat sätt uppstår i nyttjanderätten utan hyresgästens vållande. I ”Entré Malmö” NJA 2019 s. 445 hade HD bl.a. att avgöra om men i nyttjanderätten hade förelegat. HD uttalade här att regleringen är i betydande utsträckning baserad på allmänna obligationsrättsliga principer, vilka bl.a. kommer till uttryck också i KöpL, varför vägledning vid prövningen om det finns en brist ofta kan hämtas från dessa principer. Det innebär bl.a. att en lägenhet, t.ex. en lokal, och det som behövs för lokalens nyttjande ska kunna användas för det avsedda ändamålet. Enligt HD innebär detta att hinder eller men kan föreligga redan vid en inskränkning i möjligheten att bedriva verksamheten på det sätt som följer av avtalet eller om verksamheten försvåras. Som påpekas av domstolen gäller ansvaret inte bara det inre skicket utan också utifrån kommande hinder eller men, t.ex. buller m.m. från grannar och brister i tillgången till andra ytor i eller utanför byggnaden, såsom trappor, portar, förråd och gemensamma utrymmen.

Vid bedömningen av om hinder eller men hade förelegat i det enskilda fallet konstaterade HD att hyresgästen, som sålde sport- och fritidsutrustning av olika slag, och som tecknat ett 10-årigt hyresavtal som gällde från år 2009 och tio år framåt, drabbats av ett hinder eller men i nyttjanderätten som hyresvärden, ett shoppingcentrum (Malmö Entré), svarade för. Vid den bedömningen tog domstolen hänsyn till ett antal faktorer, däribland att ombyggnationen av centrumet varit omfattande och tidskrävande, att rulltrappan utanför lokalen under perioder varit avstängd, att besökarna periodvis hade fått röra sig i smala provisoriska gångar som i vissa fall hade varit avspärrade och att centrumet under perioden inte kunde beskrivas som annat än en byggarbetsplats. Av betydelse ansågs också vara vad hyresgästen kunnat förvänta sig vid avtalsingåendet.

Frågan vad som ska anses utgöra ett men i hyresrätten har också prövats i ”Radonhuset” NJA 2016 s. 303. Här var det dock, till skillnad från 2019 års avgörande, fråga om en bostadslägenhet. I målet var det klarlagt att radonhalten i lägenheten hade överstigit 200 becquerel per kubikmeter. Halten överskred därför det i Socialstyrelsens allmänna råd angivna riktvärdet för när radonhalt i inomhusluft utgör en ”olägenhet för människors hälsa” — som är den formulering som används i 9 kap. 3 § MB — och som därför utgjorde en störning som enligt medicinsk eller hygienisk bedömning kan påverka hälsan menligt och som inte är ringa eller helt tillfällig.

Utgångspunkten i 12 kap. JB för kraven på en lägenhets skick är enligt 12 kap. 9 § att lägenheten är i ”sådant skick att den enligt den allmänna uppfattningen i orten är fullt brukbar för det avsedda ändamålet”. Parterna kan dock välja att avtala om att lägenheten ska hålla en högre standard och i vissa fall även en lägre standard. Med men i nyttjanderätten (jfr 16 §) avses enligt HD att lägenheten inte är fullt brukbar för sitt ändamål. HD konstaterade här att om radonhalten är så hög att den medför en beaktansvärt ökad risk för cancer kan den inte anses fullt brukbar på sätt som krävs i 9 §. Om detta visar sig först efter tillträdet kan halten anses medföra ett sådant men som avses i 16 §.

I det enskilda fallet kunde det inte anses visat att det var förenat med sådan ökad cancerrisk att lägenheten av det skälet skulle anses vara inte fullt brukbar. HD fann dock att kravet på full brukbarhet får anses innefatta ideella förhållanden. Det som är ägnat att upplevas som obehagligt kan därför i vissa fall utgöra ett men. HD uttalade mot den bakgrunden att när ”radon förekommer i en bostadslägenhet i sådan utsträckning att det enligt en myndighetsrekommendation av nu aktuellt slag utgör en olägenhet för människors hälsa, får detta — mot den angivna bakgrunden — anses vara ägnat att medföra ett så allvarligt och befogat obehag att det utgör ett men i nyttjanderätten”.

2.3.5 Felbedömningen

HD har i ett stort antal avgöranden adresserat frågor med anknytning till felbedömningen och köparens rätt att göra gällande felpåföljder. Vissa av avgörandena har rört köp av fast egendom medan andra rört köp av lös egendom. I något fall har felbedömningen också avsett tjänsteprestationer.

Ett viktigt avgörande är NJA 2007 s. 86.⁷ Här hade en person köpt en fastighet där det efter köpet visade sig att fastigheten exponerades för buller från en motocrossbana i närheten. Vid köp av fast egendom har köparen en skyldighet att undersöka objektet före förvärvet. Detta uttrycks i 4 kap. 19 § andra stycket JB som att köparen som fel inte får åberopa ”en avvikelse som köparen borde ha upptäckt vid en sådan undersökning av fastigheten som varit påkallad med hänsyn till fastighetens skick, den normala beskaffenheten hos jämförliga fastigheter samt omständigheterna vid köpet”. Frågan i målet var om köparen skulle ha rätt att åberopa felet trots att han, med HD:s ord, ”utan nämnvärd svårighet kunnat inte bara upptäcka motocrossbanan utan också komma till insikt om bullrets omfattning”.

HD konstaterade här att köparens undersökningsplikt före köpet kan minska eller helt bortfalla i ett eller flera avseenden med hänsyn till utfästelser som lämnats från säljaren eller uppgifter som säljaren lämnat. En sådan situation förelåg inte i det aktuella fallet. I tidigare rättspraxis hade dock öppnats för att det fanns ett visst utrymme för att bedöma att fel förelåg trots bristande undersökning och då närmast om säljaren haft kunskap om avvikelsen och inte upplyst köparen härom. Visst stöd för detta fanns i NJA 1981 s. 815 (se Herre, SvJT 2005 s. 666) där HD fann att underlåtenheten att upplysa om en misstanke om att huset var angripet av husbock inte kunde anses medföra att säljaren skulle gå miste om att åberopa att köparen eftersatt sin undersökningsplikt genom att inte informera om denna misstanke. I NJA 1981 s. 894 (se Herre, SvJT 2005 s. 670 f.) hade ägaren känt till att kommunfullmäktige beslutat att flytta en rondell närmare huset men inte berättat detta för köparen i samband med köpet. Här ansågs säljaren inte ha rätt att åberopa att köparen försummat sin undersökningsplikt.

Enligt HD i 2007 års avgörande innebar rättspraxis sammanfattningsvis att det hade lämnats ”en öppning för att en köpare av fast egendom, trots bristande undersökning, skall få åberopa vissa fel som säljaren kände till, utan att förtigandet av felet måste kunna inordnas under 30 eller 33 § avtalslagen”. Enligt HD bör säljaren ”i viss utsträckning ... vara skyldig att upplysa köparen om förhållanden som han känner till och som köparen bort upptäcka men förbisett” och det inte vara nöd-

⁷ Avgörandet föranledde en intensiv diskussion, se Folke Grauers, Upplysningsplikt vid fel i fastighet på diskutabla grunder, JT 2006–07 s. 890, Torgny Håstad, Säljarens upplysningsplikt vid överlåtelse av fast egendom, JT 2007–08 s. 44 ff., Ronny Henning, HD och plikterna att upplysa och undersöka, JT 2007–08 s. 517 ff. och Folke Grauers, Upplysningsplikten vid fastighetsköp – än en gång, JT 2007–08 s. 811 ff.

vändigt att inordna säljarens agerande under 33 § AvtL för att underlåtenheten att lämna upplysningar om sådant säljaren haft vetskap ska bli relevant trots att köparen borde ha upptäckt avvikelser.

I det aktuella fallet hade köparen inte tagit upp frågan om buller från motocrossbanan vid köpet, något som enligt HD medförde att säljaren måste ha förstått att köparen var i villfarelse om existensen av banan eller i vart fall bullernivån. Eftersom säljaren året före köpet hade till kommunen angett att bullret var en stor olägenhet för de närboende och försökt utverka förbud mot körning vid vissa tider på dygnet måste han enligt HD ha förstått att bullret kunde vara avgörande för köparens köpbeslut. Underlåtenheten att upplysa köparen medförde att köparen trots brister i undersökningen före köpet fick åberopa felet.

2.3.5.1 Avvikelse från vad som avtalats

I "Lokalarean" NJA 2016 s. 237 (se avsnitt 1.9.5, 2.3.5.4, 2.3.5.6 och 3.1) hade bostadsrätten till en kontorslokal överlåtits mellan två näringsidkare. En fråga i målet var om det förelegat fel genom att lokalen var mindre än vad parterna hade avtalat om. Säljaren hade lämnat uppgift om lokalens area i såväl en annons som i objektsbeskrivningen och i kontraktet hade det gjorts en hänvisning till objektsbeskrivningen. På det sätt avtalet utformats var det enligt HD rimligt att uppfatta areauppgiften i beskrivningen som relevant och aktuell. Lokalens area ansågs utgöra en avtalad egenskap. Vid denna bedömning anförde HD att det förhållandet att det på ett ställe i objektsbeskrivningen hade angivits att uppgiften var en cirkauppgift inte kunde uppfattas som någonting annat än en marginell avrundning när detta angavs i samband med en så preciserad area som 1 297 kvadratmeter.

Inte heller det förhållandet att det i objektsbeskrivningen angavs att uppgiften om arean lämnats av bostadsrättsföreningen ansågs påverka bedömningen. HD anförde härvid att uppgiften härrörde från säljarsidan och att parterna emellan ansvaret för uppgiften därför borde läggas på säljaren.

Frågan var därför om det förhållandet att den verkliga arean var 1 195 kvadratmeter och inte utfästa 1 297 (dvs. en differens om 102 kvadratmeter eller cirka 8,5 procent) var felaktig. Med hänvisning till NJA 1983 s. 858 (se Herre, SvJT 2005 s. 659, där fel ansågs föreligga när den riktiga tomtarealen var 891 kvadratmeter medan den uppgivna arealen var 1 080 kvadratmeter) ansågs fel föreligga.

Avtalade egenskaper har också betydelse vid köp av tjänster, exempelvis entreprenadtjänster. I NJA 2009 s. 388 (se avsnitt 1.9.4.1.4) hade en entreprenör och en beställare med hänvisning till AB 72 avtalat om uppförande av ett antal bostadshus. Det angavs att det var fråga om en generalentreprenad. Vid slutbesiktningen visade det sig fuktgenomslag vid ett stort antal takkupor. Frågan i målet var om entreprenören åtagit

sig ett ansvar för konstruktion och funktion hos de i målet aktuella takkuporna. I avtalet hade det angivits att ”under garantitiden har entreprenören fullt ansvar för fel och brist, som har samband med projektets funktion, oavsett om bristen eller felet påtalats vid slutbesiktningen eller inte”. Den bestämmelsen innebar enligt HD att entreprenören hade ett strikt ansvar för takkupornas funktion ”låt vara att detta vid brist på närmare kravspecifikationer inte sträcker sig längre än till takkupornas lämplighet för sitt ändamål sådant det var eller borde ha varit känt för entreprenören”.

Vid entreprenaden hade entreprenören också tillhandahållit en konstruktionsritning som använts när takkupor byggdes. Enligt kap. 1 § 9 i AB 72 (nu AB 04 kap. 1 § 6) svarade den part som tillhandahållit uppgifter, undersökningsmaterial och handlingar jämte däri angivna konstruktioner för riktigheten av dess. Beställaren hade samtyckt till att ritningen blev en kontraktshandling. Enligt HD krävs det dock att motparten tydligt tar över ansvaret för att den part som tillhandahållit ritningen skulle vara befriad från sitt ansvar. Så ansågs inte vara fallet. Slutsatsen blev att entreprenören på två olika grunder ansvarade för funktionen hos takkuporna.

2.3.5.2 Avvikelse från köparens befogade förväntningar

I två äldre fastighetsköpsavgöranden har HD beaktat senare tillkommande omständigheter och kommit fram till att dessa medfört att fel i fastigheten förelegat, trots att felbedömningen ska avse om fastigheten *vid avtalsingåendet* ”avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta” (jfr 4 kap. 19 § första stycket JB). I NJA 1986 s. 670 I (se Herre, SvJT 2005 s. 667) hade köparna av en fastighet gjort gällande att fastigheten avvek från vad de med hänsyn till omständigheterna haft anledning räkna med vid köpet i juni 1978 när radondotterhalten klart översteg det av socialstyrelsen i september 1980 angivna gränsvärdet för sanitär olägenhet, vilken också ansågs vara gränsen för en beaktansvärd risk för de boendes hälsa. Något sådant gränsvärde hade inte tidigare angivits av myndighet och förvärvet hade ägt rum, som den skiljaktige i HD påpekade, innan den utredning tillsattes på vars förslag gränsvärdet byggde. Enligt HD hade man inom strålskyddsområdet långt före tidpunkten för fastighetsförvärvet gjort bedömningen att förekomsten av radondöttrar i luft innebar hälsorisker, vika genom kungörelsen fick anses ha blivit konkretiserade i gränsvärden för bostäder. Den utredning som föregått socialstyrelsens beslut och det fastställda gränsvärdet i sig fick därför anses att jämföras med sakkunnigutlåtanden. Fastigheten bedömdes av HD:s majoritet ha varit behäftad med bristfälligheter av beskaffenhet att påverka dess värde. Något resonemang fördes inte alls om köpare allmänt sett före socialstyrelsens fastställda gränsvärde haft fog att förutsätta att radondotterhalten i köpta fastigheter underskred någon viss gräns (jfr resonemanget av det skiljaktiga justitierådet).

I NJA 1997 s. 290 (se Herre, SvJT 2005 s. 663) hade fastigheten uppförts i enlighet med gällande byggnormer vilka vid uppförandet ansågs uppfylla kraven på fackmässighet. De fukt- och mögelskador som fanns i huset vid köpet hade berott på att den metod som använts för att skydda mot inträngande fukt utifrån gav ett otillräckligt skydd. HD anförde här, med hänvisning till NJA 1986 s. 670 I, att för bedömningen av om fastigheten visat sig inte vara av den kvalitet som köparen haft anledning att förvänta sig ”kan även senare tillkomna omständigheter vara av betydelse”. Enligt HD måste enskilda köpare av småhus ”i normala fall, särskilt när det är fråga om nybyggda hus, kunna förvänta sig att husen är allmänt funktionsdugliga och inte har några speciella brister som gör dem mindre lämpade till bostäder eller som bereder de boende betydande olägenheter”. Trots att fuktskyddet för husen vid tiden för byggandet framstod som normalt och överensstämde med gällande byggnormer bedömdes fel i fastigheten ha förelegat.

Frågan om räckvidden av NJA 1986 s. 670 I och NJA 1997 s. 290 var under ett antal år omdiskuterad. Frågetecknen har emellertid i betydande utsträckning rätats ut genom två senare avgöranden.

I NJA 2010 s. 286 var konstruktionen i fastigheten fuktskadad till följd av att fastigheten, som uppförts i början av 1970-talet, uppförts med ett byggnads sätt som då hade varit vedertaget och allmänt accepterat och som inte stred mot då gällande byggnorm. Frågan i målet var om fel i fastigheten hade förelegat vid köparnas förvärv 1996 genom att den avvek från vad köparen med fog kunnat förutsätta vid köpet. Enligt HD var i ett sådant fall det som skulle bedömas ”om fastigheten avviker från vad som objektivt sett kan anses typiskt och ordinärt för en fastighet av det aktuella slaget och byggnadsskicket”. Härvid bör byggreglerna tillmätas särskild betydelse. HD gjorde sedan det principiella uttalandet att ”normalt bör de befogade förväntningarna på fastigheten bedömas utifrån det synsätt som rådde när huset uppfördes”, varför en köpare därför ”i regel inte [bör] kunna utgå från att konstruktionen och utförandet är bättre än så, även om kraven sedermera har kommit att ändras”. I det enskilda fallet konstaterade HD att köparen inte haft fog att förutsätta annat vid köpet 1996 än att konstruktionen ”var gjord i enlighet med den vid tiden för uppförandet gällande byggnormen och på ett sätt som var vedertaget vid den tiden”.

I skälen noterade HD dock, med hänvisning till NJA 1997 s. 290, att enbart det förhållandet att byggnads sättet är vedertaget och stämmer överens med byggreglerna inte hindrar att fastigheten bedöms vara behäftad med fel om den inte är allmänt funktionsduglig och beboelig, eftersom en enskild köpare av ett nybyggt småhus normalt kan förvänta sig att huset har dessa egenskaper. HD konstaterade också att NJA 1986 s. 670 I lämnar ett visst utrymme för att ta hänsyn till nya rön eller andra omständigheter som var okända vid förvärvet och som är av beskaffenhet att påverka fastighetens värde i det enskilda fallet.

I ett efterföljande avgörande, NJA 2016 s. 346, fick HD anledning att utveckla det som anförts särskilt i NJA 2010 s. 286. Här avsåg förvärvet en fastighet med ett hus byggt 1989 med s.k. enstegstätad fasad. Konstruktionen hade använts och varit vanligt förekommande i Sverige fram till 2007, då det uppmärksammats problem med fuktinträngning som orsakade fuktskador. Avgörandet avsåg ett köp 2004 från en säljare som i sin tur förvärvat fastigheten 1995. Här konstaterade HD att man i rättsfallet NJA 2010 s. 286 uttalat att det ligger nära till hands att knyta en bedömning avseende en bristfällighet i en byggnads konstruktion till byggnormen eller motsvarande riktlinjer och till vad som anses vara fackmannamässigt. Enligt HD kunde byggreglerna ”ses som en objektiv måttstock på vad som är befogat att förvänta, även om varje avsteg inte behöver innebära att ett fel föreligger i det särskilda fallet. Eftersom byggreglerna i allt större utsträckning har fått karaktären av funktionskrav måste de ses i ljuset av vad som kan anses vara en vedertagen och accepterad uttolkning och tillämpning av dem”. Köparens befogade förväntningar borde därför normalt bedömas utifrån det synsätt som rådde när huset uppfördes.

HD uttalade sig också principiellt om betydelsen av 2010 års avgörande och anförde att rättsfallet ”ger uttryck för en huvudregel bl.a. för sådana fall då en byggnads konstruktion senare visar sig bristfällig” och att huvudregeln innebär att fastigheten inte kan anses avvika från vad köparen med fog kunnat förutsätta om den för byggnationen gällande byggnormen har följts.

I det enskilda fallet konstaterade HD att när huset uppfördes var byggnadssättet med enstegstätade fasader vedertaget och vanligt förekommande vid nybyggnationer i Sverige och konstruktionen var då, såvitt framkommit, förenlig med gällande byggnorm. De aktuella köparna hade ”inte haft fog för att förvänta sig något annat än att fasadkonstruktionen var gjord i enlighet med den för uppförandet gällande byggnormen och på ett sätt som var vedertaget vid den tidpunkten. Trots att det varit fråga om ett relativt nybyggt hus har det således inte funnits någon särskild anledning för dem att förvänta sig att fasadkonstruktionen skulle ha andra egenskaper än vad den typiskt sett har”. Fel ansågs därför inte ha förelegat.

I avgörandet uttalade sig HD också om 1997 års avgörande och anförde att rättsfallet ”utgör ett undantag från huvudregeln för det fall att en privatperson har förvärvat ett nybyggt småhus”. Enligt HD kan det också tänkas andra undantag.

Utanför fastighetsköpens område har frågan om gängse byggsätts betydelse varit föremål för prövning i ett avgörande, ”De enstegstätade fasaderna I” NJA 2015 s. 110. Också det avgörandet rörde hus uppförda med s.k. enstegstätad fasad. Här hade de aktuella husen uppförts 1999–2003. Frågan i det målet var om fel skulle anses föreligga i entreprenaden genom att entreprenören hade använt sig av en konstruktion med putsad, enstegstätad fasad. Enligt avtalet skulle entreprenaden utföras

fackmässigt och entreprenören med tillbörlig omsorg ta tillvara beställarens intressen. Fel i entreprenaden skulle anses föreligga om resultatet avvek från vad som avtalats eller om resultatet av entreprenaden inte motsvarade kravet på fackmässighet, dvs. en reglering motsvarande den i 4 och 9 §§ KTjL. Enligt HD innebar dessa krav dels att beställaren som en del i kravet på avtalad standard hade rätt till den standard, dvs. det resultat som beställaren haft fog att förutsätta, dels att tjänsten ska ha den standard, dvs. det resultat, som följer av en fackmässig prestation, ”oavsett vad beställaren räknade med”.

Den fråga som HD prövade först, och som blev avgörande för prövningen, var vad som hade avtalats om väggkonstruktionen. HD konstaterade här att något särskilt funktionskrav avseende väggarna inte följde av avtalshandlingarna. Väggkonstruktionen skulle då, med hänvisning till vad HD anfört i NJA 1997 s. 290, enligt HD vara lämplig för sitt ändamål. Om så inte var fallet svarade enligt HD resultatet av entreprenörens arbete inte mot beställarens befogade förväntningar — vid, som det får förstås, avtalets ingående. Den risk för problem med mögel, röta och dålig lukt som förelåg med konstruktionen innebar enligt HD att konstruktionen med enstegstätad fasad inte var lämplig för sitt avsedda ändamål och att resultatet av entreprenörens arbete därför inte svarade mot vad beställaren med fog kunnat förutsätta med hänsyn till omständigheterna.

Av avgörandena får anses framgå att huvudregeln vid köp av fast egendom är att fastigheten inte kan anses avvika från vad köparen med fog kunnat förutsätta om den för byggnationen gällande byggnormen har följts. Köparen har alltså normalt inte fog att förutsätta annat än att fastigheten motsvarar vad som är det normala och gängse på marknaden. Det saknas skäl att göra en annan bedömning för köp av lös egendom, där motsvarande grundläggande bedömningsgrund om köparens befogade förväntningar ska tillämpas. Samma sak bör gälla för kommersiella tjänster. Däremot kan undantag tänkas både vid konsumentköp av fast och lös egendom som vid konsumenttjänster när det är fråga om nytillverkade varor sålda direkt från tillverkaren till konsumenten eller nybyggt hus från byggföretaget till konsumenten. Också andra undantag kan — som framgår av NJA 2016 s. 346 — tänkas. Här är det dock i dagsläget oklart vilka undantag det skulle kunna vara fråga om.

I NJA 2013 s. 1174 hade köparen, en kyrka som inte bedrev näringsverksamhet, köpt en mattläggningstjänst av en entreprenör. Enligt anvisningar från tillverkaren av golvmattan fick mattan inte läggas om den relativa fuktigheten i betonggolvet översteg 85 procent. En annan entreprenör hade anlitat ett företag som genomfört en fuktmetning. Kyrkan angav i ett meddelande till mattläggaren som enda uppgift att fuktmetningen visade en fuktighet på 84,7 procent. Emellertid innehöll fuktmetningsprotokollet uppgiften att den relativa fuktigheten var

84,7 procent och att osäkerheten var 2,6 procentenheter, varför slutvärdet enligt protokollet var 87,3 procent relativ fuktighet.

HD angav här att det av ”allmänna obligationsrättsliga principer följer ... att påföljder inte kan göras gällande av köparen om det som annars skulle ha varit ett kontraktsbrott beror på köparen (jfr exempelvis 30 § KöpL, 16 § KKöpL och artikel 80 i CISG)”. Har därför köparen tillhandahållit material och är det detta material som medför att tjänsten är felaktig, kan köparen typiskt sett inte göra gällande någon påföljd, om inte säljaren insett eller borde ha insett att materialet hade brister. Enligt HD gäller motsvarande principer i huvudsak när ”köparen lämnar närmare anvisningar om hur tjänsten ska utföras och dessa anvisningar medför att tjänstens resultat blir felaktigt, liksom när köparen lämnar uppgifter om sakförhållanden av betydelse för hur tjänsten ska utföras eller för frågan om det alls är lämpligt att den utförs”.

Säljaren har därför enligt HD normalt ”ingen skyldighet att närmare granska eller bedöma uppgifter om sakförhållanden som köparen har lämnat. En sådan skyldighet föreligger bara när säljaren har insett att uppgiften är felaktig eller om det finns en tydlig indikation på detta”. Om säljaren har haft en skyldighet att ”närmare granska eller bedöma anvisningen eller uppgiften men inte har reagerat och upplyst köparen om felaktigheten, kan felet normalt inte anses ha berott på ett förhållande på köparens sida”. Eftersom de uppgifter som lämnats i det enskilda fallet var precisa och av det slag som entreprenören behövde för att sätta igång arbetet, hade entreprenören ”inte någon skyldighet att på annat sätt undersöka om uppgifterna var korrekta eller fullständiga”.⁸ Köparen kunde därför inte göra gällande felpåföljder till följd av de problem med mattan som uppstått.

2.3.5.3 Rådighetsfel och rättsligt fel

Ansvar för rättsliga fel regleras för fastighetsköpens del i 4 kap. 16 och 17 §§ JB. I den förra paragrafen regleras säljarens ansvar för att fastigheten svarar för högre belopp än som förutsattes vid köpet på grund av in-teckning eller upplåtelse av panträtt. I den senare regleras andra rättsliga fel, dvs. andra rättsliga belastningar. Det kan t.ex. avse att fastigheten är belastad med en nyttjanderätt, ett servitut eller arrende. Här gäller att fel kan göras gällande om köparen varken ägde eller borde ha ägt kännedom om att fastigheten besvärades med viss rättighet. I 7 kap. 11–14 §§ JB regleras sådana rättigheters ställning vid fastighetens övergång till ny ägare. När säljaren inte gjort förbehåll i överlåtelseavtalet, inte anmärkt överenskommelsen på fastighetsägarens exemplar av upplåtelsehandlingen och upplåtelsen inte skett genom skriftligt avtal och tillträde ägt rum före överlåtelsen, gäller här att upplåtelsen får företräde framför överlåtelsen om upplåtelsen skrivs

⁸ Här kan jämföras också med det informationsansvar som part har och som kan föranleda skadeståndsansvar, se i det följande avsnitt 4.5.1.4.

in eller om den nye ägaren vid överlåtelsen ägde eller bort äga kännedom om upplåtelsen.

Regleringen i 4 kap. 17 § JB var föremål för prövning i NJA 2012 s. 1021. HD konstaterade här att uttrycket i 4 kap. 17 § om ”ägde eller bort äga kännedom” var densamma som i 7 kap. 14 § om när rättigheten ska gälla mot ny ägare av fastigheten. Att uttrycksättet var det samma behövde dock inte innebära att kraven var desamma. Här anförde HD att reglerna i bl.a. 7 kap. 14 § JB utgör undantag från regeln om att köp bryter legostämman och avser att skydda rättighetshavare vid överlåtelse av fastigheten så att rättigheten består. Detta intresse innebär enligt HD att ”det bör ställas relativt låga krav på utredningen för att köparen ska anses vara i ond tro om rättigheten”. När det däremot gäller 4 kap. 17 §, som rör förhållandet mellan säljare och köpare och där säljaren har vad som närmast kan karakteriseras som ett garantiansvar och någon undersökningsplikt i princip inte åligger köparen, ska köparens intresse av en belastningsfri fastighet särskilt beaktas. Enligt HD är det därför motiverat att vid tillämpning av den paragrafen ”ställa högre krav på utredningen för att anse att köparen borde äga kännedom om rättighetens existens än vid tillämpning av 7 kap. 14 §”.

2.3.5.4 Undersökning före köpet vid köp av lös egendom

Enligt 20 § KöpL får en köpare inte såsom fel åberopa vad han eller hon måste antas ha känt till vid köpet. Om köparen före köpet har undersökt varan eller utan godtagbar anledning underlåtit att följa säljarens uppmaning att undersöka den, får köparen inte såsom fel åberopa vad han eller hon borde ha märkt vid undersökningen, om inte säljaren har handlat i strid mot tro och heder.

I ”Lokalarean” NJA 2016 s. 237 var en avtalad egenskap att lokalens yta uppgick till 1 297 kvadratmeter. I själva verket uppgick den bara till 1 195 kvadratmeter. HD anförde här rörande eventuell undersökning före köpet att köparen som huvudregel inte har någon skyldighet att på eget initiativ undersöka varan före köpet. Däremot gäller att om ”köparen rent faktiskt har gjort en undersökning eller trots en uppmaning från säljaren har låtit bli detta, kan det förhållandet inverka på köparens möjligheter att göra gällande påföljder för fel mot säljaren” (jfr 20 § KöpL). Av betydelse är dock enligt HD att säljarens uppträdande kan ge köparen anledning att begränsa sin undersökning eller att helt avstå från den. Om exempelvis säljaren har lämnat bestämda, konkreta uppgifter eller utfästelser om varans egenskaper kan köparen ha fog för att ta fasta på uppgiften och låta bli att undersöka varan i de hänseenden som uttalandena avser. Att så är fallet följer, inte bara av vad HD uttalade i 2016 års avgörande utan också av tidigare rättspraxis, t.ex. NJA 1983 s. 858 (se Herre, SvJT 2005 s. 670), där HD angav att en arealsuppgift hade inneburit en utfästelse som befriat köparen från undersökningsplikt, om inte andra omständigheter talar däremot, och NJA 1996 s. 598, se Herre, SvJT 2005 s. 668 f.), där säljarens lugnande

och bagatelliserande reaktion medförde att köparna inte närmare behövde undersöka varifrån mögellukten i en före köpet besiktad husbil kom ifrån). Trots att köparen undersökt lokalen före köpet ansågs den preciserade areauppgiften ha gett köparen en godtagbar anledning att inte närmare före köpet undersöka lokalens area.

För konsumentköpens del saknas en motsvarighet till 20 § KöpL. Någon uttrycklig regel finns därför inte om att konsumenten inte får åberopa som fel vad han eller hon måste antas ha känt till vid köpet. Inte heller anges vad som ska gälla när konsumenten undersöker varan före köpet eller väljer att inte hörsamma en uppmaning från säljaren om att undersöka varan.

I NJA 2015 s. 233 uttalade sig HD bl.a. om vad som gäller när en uttrycklig regel om undersökningsplikt saknas. HD angav här att det förhållandet inte hindrar att köparens kännedom om ett visst förhållande kan få betydelse för felbedömningen.

HD konstaterade också att artikel 2.3 i 1999 års konsumentköpsdirektiv⁹ inte lämnar utrymme för en lagstadgad undersökningsplikt vid konsumentköp. Vad en konsument borde ha upptäckt vid en eventuell undersökning före köpet kan därför inte spela någon roll för felbedömningen. Däremot innebär kännedom före köpet om en egenskap i regel att egenskapen anses avtalad. Det betyder att en ”avvikelse som en konsument uppenbarligen inte kunde undgå att lägga märke till vid en undersökning bör köparen inte — om han eller hon förstått betydelsen av den — kunna åberopa som fel”. Enligt HD lägger inte heller konsumentköpsdirektivet hinder i vägen för en sådan tillämpning. HD konstaterar också att om konsumenten över huvud taget inte undersöker varan ”kan detta få betydelse för vilken standard som han eller hon med fog har kunnat förutsätta att varan ska ha, och därmed för vad som ska anses utgöra fel”.

2.3.5.5 Beviskrav och bevisbörda för felets eller skadans orsak

Enligt 20 § KKöpL ska frågan om varan är felaktig bedömas med hänsyn till dess beskaffenhet när den avlämnas. Säljaren svarar enligt regleringen för fel som har funnits vid denna tidpunkt, även om felet visar sig först senare. Utgångspunkten i köprätten är att köparen har bevisbördan för att fel fanns vid avlämnandetidpunkten. I 20 a § KKöpL ges emellertid ett undantag från denna huvudregel. Här anges att fel som visar sig inom sex månader efter det att varan avlämnades ska anses ha funnits vid avlämnandet, om inte annat visas eller detta är oförenligt med varans eller felets art.

I ”Den skadade dörren” NJA 2013 s. 524 hade konsumenten köpt ytterdörrar av en näringsidkare. Dörrarna hade skickats liggande på varandra på en EUR-pall och levererades genom att ställas på konsumentens villatomt där de fick ligga kvar under en dryg vecka innan de

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier

i förpackat skick bars uppför trapparna. När de packades upp visade det sig att en av dörarna var skadad.

HD uttalade här att huvudregeln är att köparen av en vara har bevisbördan för att felet fanns vid tidpunkten för riskövergången men att det görs ett undantag från denna i nyssnämnda 20 a § KKöpl. Även om utgångspunkten vid införandet av regeln som en anpassning till artikel 5.3 i 1999 års konsumentköpsdirektiv¹⁰ var att 20 a § skulle bli tillämplig på sådana fel som framträder efter en tids användning, t.ex. funktionssvikter av olika slag, är tillämpningsområdet för bestämmelsen enligt HD sådant att den gäller ”också för fel som har uppkommit i produktionen och som är fullt synliga vid avlämnandet, liksom för fel som beror på att varan har skadats under transporten till konsumenten”.

Om det därför föreligger ett fel i varan ska felet presumeras ha funnits vid tidpunkten för riskövergången om ”inte annat visas eller detta är oförenligt med varans eller felets art”. Med den senare lokutionen ges näringsidkaren alltså en möjlighet att motbevisa presumptionen. HD konstaterade här att det inte fanns något i förarbetena som antydde att lokutionen ”om inte annat visas” syftade på ett preciserat beviskrav eller ett uttryck för ett uttryck för krav på bevisningens styrka; i stället fick avsikten antas vara att tydliggöra att det var fråga om en motbevisbar presumption. Även om huvudregeln i svensk rätt enligt HD får anses vara att den som har bevisbördan i ett tvistemål har att ”visa” eller ”styrka” att en viss omständighet föreligger, fanns det med avseende på tillämpningen av 20 a § anledning att ge säljaren en viss bevislättnad.

I NJA 2015 s. 233 fick HD anledning att åter behandla bl.a. frågan om bevisbörda och beviskrav rörande fel i varan, i det enskilda fallet i en köpt båt. HD konstaterade här att fel kan röra flera skilda faktorer eller rättsfakta och att det inte är givet att bevisbörda och beviskrav är desamma för de olika faktorerna. Liksom i ”Den skadade dörren” NJA 2013 s. 524 — och NJA 1993 s. 764 — uttalades att utgångspunkten är att den som har bevisbördan har att styrka eller visa att en viss omständighet föreligger. Dock måste enligt HD beviskravet för fel i vissa fall nyanseras, ”bl.a. utifrån vad som gäller för möjligheten att säkra bevisning och vad som kan förväntas av parterna i detta avseende”. Vad gäller särskilt kravet på orsakssamband är detta ofta svårt att visa. Det kan vara ett skäl för ett lägre beviskrav. Så blev fallet i NJA 1991 s. 481 (se Herre, SvJT 2005 s. 671 f.) där det ansågs tillräckligt att skadeorsaken framstod som klart mera sannolik än den som hade åberopats av motparten; det beviskravet tillämpades också av HD i 2015 års fall rörande frågan om förklaringen till att vatten trängt in i bränsletankarna på den köpta båten. Härutöver konstaterades att av betydelse för bedöm-

¹⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier.

ningen av beviskravet är sådant som (1) den materiella rättsregelns ändamål, (2) vad som allmänt sett framstår som sannolikt och (3) felets typ.

Också i NJA 2016 s. 465 har HD berört frågan om vem som har bevisbördan och vilket beviskrav som ska gälla i frågan om varan var avtalsenlig vid tidpunkten för riskövergången, dock i detta fall med utgångspunkt i att CISG var tillämplig på avtalet. Här hade köparen köpt koppar att levereras i två containrar från Dar es Salaam i Tanzania till destinationshamnen i Istanbul. När köparen inspekterade containrarna visade det sig att de innehöll sten i stället för koppar. Det var här fråga om ett klassiskt fall av leverans av s.k. aliud, som i vissa rättssystem anses utgöra en icke-leverans (dvs. ett dröjsmål) och inte ett fel i varan. Som HD konstaterade ska dock CISG:s regler om fel tillämpas också på en sådan leverans.

Beträffande bevisbördans placering konstaterade HD att det närmast råder enighet i den juridiska litteraturen att om att säljaren har bevisbördan för att varan överensstämde med avtalet när risken gick över till köparen men att det är köparen som får bevisa att det förelåg ett fel vid riskövergången om köparen har tagit emot varan utan att omedelbart meddela säljaren om att han eller hon anser att den är felaktig samt att bevisbördan alltså ligger kvar hos säljaren om ett sådant omedelbart meddelande från säljaren lämnas. Det konstaterades också att synsättet motsvarar vad som får anses gälla enligt intern svensk rätt.

Beträffande beviskravet uttalade HD inledningsvis att frågan om beviskrav är en fråga vars svar kan och bör härledas ur konventionens regler eftersom man annars riskerar den enhetliga tillämpningen av konventionen. Här gäller att beviskravet bör svara mot "the standard of reasonableness", vilket betyder att den part som har bevisbördan måste övertyga domstolen om att bristande avtalsenlighet föreligger med en rimlig grad av säkerhet. Beviskravet är med andra ord något lägre än vad som enligt den vedertagna uppfattningen är det beviskrav som gäller för civilmål i allmänhet enligt svensk rätt (se i det föregående om NJA 1993 s. 764, "Den skadade dörren" NJA 2013 s. 524 och NJA 2015 s. 233).

I det enskilda fallet ansågs köparen ha reklamerat mot innehållet i containrarna inom sådan tid att bevisbördan för varans avtalsenlighet vid riskövergången (som skedde redan när containrarna passerade fartygets reling i lastningshamnen enligt det avtalade leveransvillkoret CIF Incoterms 2000). Eftersom säljaren inte lyckades att på ett rimligt övertygande sätt bevisa att det varit koppar som lastades ansågs fel i varan ha förelegat som säljaren ansvarade för.

2.3.5.6 Verkan av friskrivningsklausuler

Regleringen i KöpL, KKöpL, KTjL och 4 kap. JB om fastighetsköp tillhandahåller alla normalregler för säljarens ansvar för sin prestation. En säljare kan emellertid begränsa sitt ansvar exempelvis (1) genom en

beskrivning av avtalsföremålet som gör klart att egendomen har vissa egenskaper och därmed försäkra sig om att köparen inte har befogade förväntningar om annat, (2) genom att ange att han eller hon inte kan ta ansvar för varan i ett eller flera specificerade hänseenden, (3) genom mer eller mindre allmänt hållna förbehåll rörande varans eller fastighetens beskaffenhet eller (4) genom att modifiera eller helt avtala bort köparens möjligheter att göra gällande en eller flera påföljder, där man kan tänka sig allt från beloppsbegränsningar till begränsningar till de påföljder som kan göras gällande, om någon.

I ”Lokalarean” NJA 2016 s. 237 hade parterna i avtalet angett att säljaren hade uppfyllt sin upplysningsplikt, att köparen före köpet hade beretts tillfälle att undersöka bostadsrättslokalen och med bindande verkan avstod från alla anspråk mot säljaren på grund av ”faktiska fel, rådighetsfel, rättsliga fel eller andra fel och brister, inklusive s.k. dolda fel, i bostadsrättslokalen av vad slag det vara må”. Det angavs vidare att friskrivningen inte påverkade säljarens ansvar för ”de i detta avtal lämnade garantier”.

HD uttalade här allmänt att det normalt saknas anledning att anlägga skilda rättsliga synsätt på olika sorters allmänna påföljds- eller egenskapsfriskrivningar och att friskrivningar inom köplagens tillämpningsområde ska tolkas restriktivt och måste vara klara och tydliga för att få genomslag.

En särskild fråga i målet var hur en allmän friskrivning förhåller sig till mer preciserade uppgifter om köpeobjektet. En tillräckligt tydlig friskrivning kan neutralisera betydelsen av en preciserad uppgift. Där emot anses enligt HD en allmän friskrivning från allt ansvar för fel inte ha någon verkan mot positiva uppgifter. Den preciserade uppgiften om lokalens area, som var en avtalad egenskap hos köpeföremålet, neutraliserades enligt HD inte av den allmänt hållna friskrivningen (se härom bl.a. Johnny Herre, Något om ansvarsbegränsningar och positiva uppgifter, Festskrift till Stefan Lindskog, 2018, s. 243 ff.).

En vanligt förekommande friskrivningsklausul är att varan säljs i ”befintligt skick” eller med ett liknande allmänt förbehåll om varans kvalitet. Avsikten är att varan ska säljas ”som den är” (”as is” som motsvarigheten heter i engelsk rätt). Trots att en vara är såld i befintligt skick kan den vid köp reglerade av KöpL anses felaktig om den (1) inte stämmer överens med sådana uppgifter om dess egenskaper eller användning som säljaren har lämnat före köpet och som kan antas ha inverkat på köpet, (2) säljaren före köpet har underlåtit att upplysa köparen om ett sådant väsentligt förhållande rörande varans egenskaper eller användning som han eller hon måste antas ha känt till och som köparen med fog kunde räkna med att bli upplyst om, under förutsättning att underlåtenheten kan antas ha inverkat på köpet, eller (3) varan är i väsentligt sämre skick än köparen med hänsyn till varans pris och övriga omständigheter med fog har kunnat förutsätta (se 19 § KöpL). Vid kon-

sumentköp anses en vara felaktig trots användningen av en sådan klausul i avtalet om den är i sämre skick än köparen med hänsyn till varans pris och övriga omständigheter med fog har kunnat förutsätta. Tröskeln för att fel ska anses föreligga är alltså lägre vid dessa köp.

I ”Badrummet” NJA 2019 s. 807 hade en privatperson köpt en bostadsrättslägenhet i befintligt skick av en annan privatperson. Lägenheten hade köpts för 7,5 miljoner kr och köparen hade haft utgifter om 197 000 kr för att avhjälpa de brister i badrummet som köparen gjorde gällande. Vid bedömningen av om lägenheten hade varit i ”väsentligt sämre skick än köparen med hänsyn till varans pris och övriga omständigheter med fog har kunnat förutsätta” (jfr 19 § första stycket 3 KöpL) uttalade HD att förhållandet mellan varans pris och varans värde i bristfälligt skick — som ofta får anses motsvara priset minskat med utgifterna för att avhjälpa bristen — ger en kvantitativ hållpunkt för väsentlighetsbedömningen. ”Om utgiften endast utgör några procent av priset rör det sig inte om ett uppenbart missförhållande sett enbart till priset och utgiften” men det kan enligt HD ”dock föreligga även andra omständigheter som medför att bristerna ändå kan påtalas som fel”, t.ex. att en köpare ”typiskt sett genom bristernas art lider betydande olägenhet, t.ex. genom att möjligheterna att använda varan inskränks i betydande utsträckning eller mer långvarigt, eller att en köpare drabbas av utgifter som inte avser felavhjälpan”. HD angav också att ju ”mindre missförhållandet mellan pris och värde är, desto större tyngd måste övriga omständigheter ha för att varan ska kunna anses vara i väsentligt sämre skick än köparen med fog kunnat förutsätta; i annat fall är varan inte felaktig i den mening som avses i 19 § första stycket 3 KöpL (jfr NJA 1998 s. 792)” (se Herre, SvJT 2005 s. 678). Eftersom felet i detta fall bara uppgick till mindre än tre procent av priset för lägenheten kunde den inte anses ha varit i väsentligt sämre skick än köparen med fog hade kunnat förutsätta med hänsyn till bostadsrättens pris. Att köparen åsamkats ett hinder i nyttjanderätten genom badrumsrenoveringen ansågs inte utgöra brister av sådan tyngd att de utgjorde fel enligt bestämmelsen i 19 § KöpL.

2.4 När ska prestation ske?

Vid köp av varor enligt KöpL eller KKöpL gäller den s.k. samtidighetsprincipen (se för köplagsköpen 10 och 49 §§ KöpL och för konsumentköpens del 5 och 36 §§ KKöpL). Principen innebär bl.a. att säljaren inte behöver lämna ut varan om han eller hon inte får betalt och att köparen inte behöver betala om varan inte lämnas ut.

I ”Smyckesköpet” NJA 2018 s. 617 avgjordes frågor om bevisbörda och beviskrav när köparen påstod att denne köpt och betalat en vara men lämnat kvar den hos säljaren och där säljaren påstod att varan hade lämnats ut. HD angav här att den part som hävdar att denne infriat sin förpliktelse har bevisbördan för att så är fallet, något som gäller vid penningkulder, varuskulder och andra förpliktelser. En köpare

har därför som utgångspunkt bevisbördan för att betalning har skett och en säljare för att varan har lämnats ut. Det beviskrav som ska tillämpas är här, liksom generellt, att full bevisning som huvudregel ska förebringas. Enligt HD har vidare den som lämnar ett föremål till någon annan, exempelvis en reparatör, bevisbördan för att ett sådant överlämnande har skett. På motsvarande sätt har den som har köpt en vara bevisbördan för att han eller hon har lämnat kvar den hos säljaren för åtgärd eller annat. Om det därför är ostridigt att betalning har skett och det är tvistigt om varan har lämnats ut eller inte har köparen bevisbördan för att han eller hon inte fått ut vara; huvudregeln är ju vid samtidighetsprincipen att om betalning har skett så har också varan lämnats över till köparen. I avgörandet ger HD mot denna bakgrund vissa handfasta råd om hur bevissituationen ska eller bör hanteras i praktiken. Om sålunda köparen betalar utan att få varan, så bör köparen begära en särskild skriftlig bekräftelse — inte ett kvitto som bara är ett bevis på att betalning har skett — på rätten att senare få ut varan och om säljaren levererar varan utan att ha fått betalt bör säljaren begära kvitto på leveransen

2.5 Till vem skall prestation ske (representation, anvisning, deposition, cession, rätt mottagare och legitimerad mottagare)

2.5.1 Samäganderätt

I 1 § samäganderättslagen (1904:48 s. 1) anges att ”äro två eller flera samfällt ägare av fastighet eller lös sak, eller tillhör aktie, obligation eller skuldebrev två eller flera samfällt, tillkomme envar av dem viss lott i godset. Lotterna vare för lika räknade, där ej annat förhållande kan visas”. Det anges inte i bestämmelsen hur samägande uppkommer eller när samägande föreligger. Frågan om när ett samägande ska anses föreligga får i stället avgöras av allmänna principer för uppkomsten av ett gemensamt ägande.

I NJA 1992 s. 163 (se Herre, SvJT 2005 s. 682), som rörde frågan om en inköpt fritidsbåt som anskaffats under ett samboförhållande tillhörde samborna gemensamt eller den ena sambon ensam, uttalade HD att frågan får avgöras efter ”allmänna förmögenhetsrättsliga principer för förvärv av äganderätt, varvid dock måste beaktas den nära personliga och ekonomiska gemenskap som i allmänhet råder mellan sambor”. Det avgörande är därför i princip om bara en eller båda har tillskjutit medel till förvärvet. Frågan vem som har tillskjutit medel för inköp av viss egendom bör dock enligt HD ”inte bedömas alltför formellt utan bör ses mot bakgrund av sambornas ekonomiska förhållanden i övrigt”, där uppdelningen beträffande vad den ena och den andra svarar för ekonomiskt när båda har inkomster inte bör vara avgörande för vem som skall anses ha bekostat inköpet. I den mån förvärvet varit beroende av den ena sambons arbetsinsats, bör värdet därav tillgodoräk-

nas honom eller henne. Det kan också vara av betydelse om egendomen anskaffats i endast den ena sambons intresse eller förvärvats för att tillgodose båda sambornas gemensamma intressen.

Presumtionen vid samägande är enligt bestämmelsen att ägarna har lika stora andelar om inte annat visas. Hur andelsbestämningen ska gå till behandlades i NJA 2012 s. 377. HD konstaterade här att avgörandena om dold samäganderätt (se i det följande, avsnitt 2.5.2) inte ger någon vägledning för den bedömningen. De huvudsakliga skälen här för är att bevisregeln i dessa fall vilar på ”rättspolitiska överväganden av familjerättslig natur och som syftat till att ge ett ekonomiskt skydd för den part som bidragit ekonomiskt till ett egendomsförvärv som den andra parten gjort i eget namn men för gemensamt bruk”, där det föreligger en presumtion för att köpet genomförts delvis också för den make eller sambo som inte har angivits som ägare.

HD konstaterade i 2012 års avgörande att frågorna om tillämpligt beviskrav avseende vilka omständigheter som ska vägas in i bedömningen för att presumtionen bryta presumtionen om lika ägande inte har avgjorts i rättspraxis samt att någon vägledning inte heller kunde erhållas från förarbetena till regleringen. Klart var dock att beviskravet inte kan bestämmas på samma sätt för alla situationer. Beviskravet kan enligt HD variera beroende på bl.a. hur samägandet har uppkommit och den rättsliga relationen mellan samägarna. Vid bedömning av hur fördelningen av ägandet mellan samägarna ska fördelas finns det enligt HD ett antal faktorer att beakta, nämligen (1) den samägda egendomens art, (2) egendomens användningsändamål, (3) egendomens värde, (4) parternas ekonomiska bidrag och andra insatser, (5) ansvar för lån som tagits upp för att betala egendomen samt (6) parternas ekonomiska sammanflätning i övrigt. Vid samäganderätt som har uppkommit i ett äktenskap eller i ett samboförhållande finns det emellertid anledning att bestämma andelarna ganska summariskt.

I det enskilda fallet fäste HD avseende vid att parterna var sambor vid köpet av den segelbåt som var föremål för tvist, att båten inte var egendom av beskaffenhet att kunna vara samboegendom, att den inte skulle användas uteslutande eller huvudsakligen av någon av samborna för ett eget ändamål, t.ex. för tävlingsändamål, att den ena parten betalat 535 000 kr och den andra 120 000 kr, att båda bidragit med insatser av annat slag men att även i detta hänseende den som erlagt mindre vid köpet av båten gjort mindre insatser, att det inte fanns någon gemensam partsavsikt vid tidpunkten för köpet om andelarnas storlek, att parterna hade haft uppdelad ekonomi med egna och separata konton för lön, utgifter och sparande och att de inte hade haft några gemensamma placeringar i exempelvis aktier eller fonder samt att det var fråga om en betydelsefull investering för båda parter i förhållande till deras ekonomi i övrigt. HD kom med hänsyn till dessa omständigheter fram till att andelarna skulle bestämmas efter de ekonomiska insatser som gjorts i samband med köpet av båten.

Samäganderättslagen är enligt ordalydelsen i 1 § tillämplig när två eller flera samfällt är ägare till fastighet, lös sak, aktie, obligation eller skuldebrev. Av 20 § framgår vidare att lagen också är tillämplig i fråga om samfällt innehavd tomträtt. I NJA 1995 s. 478 (se Herre, SvJT 2005 s. 681) fann HD att lagen i sina väsentliga delar är analogt tillämplig på bostadsrätt, som inte träffas av de egendomsslag som explicit anges i paragrafen. På motsvarande sätt ansågs i NJA 1998 s. 552 (se Herre, SvJT 2005 s. 681) lagen i sina väsentliga delar vara analogt tillämplig på ett bostadsarrende avseende mark med arrendatorerna tillhörig byggnad.

Utgångspunkten vid samägande är att ett förfogande över godset eller förvaltningsåtgärder beträffande godset kräver samtliga delägares samtycke. Om delägarna inte kan enas och det inte heller föreligger en brådskande situation av visst slag har en delägare enligt 3 § samäganderättslagen (1904:48 s. 1) rätt att ansöka om att rätten förordnar om att ”godset under viss tid skall omhänderhavas av god man, som av rätten utses”. Varje delägare har också rätt att begära hos rätten att godset för gemensam räkning ska säljas på offentlig auktion.

I ”Velamsundsfastigheten” NJA 2019 s. 1055 var frågan om delägarna kan avtala bort rätten att ansöka hos domstol om att egendomen ska omhändertas av god man enligt 3 §. Majoriteten i HD kom här fram till att om parterna avtalar att 3 § samäganderättslagen inte ska gälla mellan dem, men inte sätter någon annan ordning för lösning av tvister i stället för den som följer av paragrafen, bör avtalet inte hindra att en god man förordnas.

Majoritetens resonemang var i korthet att 3 §, liksom 6 §, är tvistlösningsbestämmelser, att delägarna kan ha intresse av att lösa intresse-motsättningar på annat sätt och att det måste vara ”möjligt för delägare av samägd egendom att utan hinder av samäganderättslagen träffa avtal om hur egendomen ska skötas och förvaltas” samt att det då också bör ”vara möjligt att träffa ett avtal om att 3 § samäganderättslagen inte ska gälla i samäganderättsförhållandet”. När parterna avtalat bort 3 § men inte ersatt den med ett alternativ uppnås enligt majoriteten inte regleringens syfte att på ett lämpligt sätt lösa situationer när motsättningar har uppkommit mellan samägarna.

Även minoriteten (2 justitieråd) kom fram till att också 3 § är dispositiv till sin karaktär. Det villkor som parterna kommit överens om kunde inte anses oskäligt på ett sådant sätt att jämkning kunde ske enligt 36 § AvtL. Av betydelse för bedömningen att det inte fanns anledning att ändå utse en god man om parterna inte satt annan ordning i paragrafens ställe var enligt minoriteten att ”parterna i ett samäganderättsförhållande, i likhet med vad som gäller för andra avtal på förmögenhetsrättens område, som princip fritt bör kunna avtala om vad som ska gälla dem emellan” och att det knappast finns några allmänna intressen som skulle ge anledning till ett annat synsätt. Av betydelse var

också enligt minoriteten att lagstiftaren ”inte tycks ha tillagt skyddsintresset någon betydelse när det gäller möjligheten att få till stånd en försäljning” enligt 6 § och detta ”trots att denna möjlighet måste anses som särskilt viktig vid meningskiljaktigheter mellan delägarna”, varför det framstod som en ”mindre konsekvent ordning om det skulle vara möjligt att sätta 6 § åt sidan genom ett avtal medan detsamma inte skulle gälla i fråga om 3 §”.

Enligt 6 § samäganderättslagen har envar delägare i samfällt gods, när inget annat avtalats, ”hos rätten söka, att godset för gemensam räkning utbjudes till försäljning å offentlig auktion”. Om rätten förordnar om att godset ska bjudas ut till försäljning på sådan auktion, ”nämne rätten en god man att ombesörja auktionen och fördela köpeskillingen samt, där fråga är om fastighet, utfärda köpebrev” (8 §). I NJA 2011 s. 399 hade en delägare begärt försäljning av egendom som ägdes av denne tillsammans med två andra delägare och god man utsetts som hanterat försäljningen av egendomen. Eftersom intäkterna från försäljningen inte täckte den gode mannens arvode och utlägg krävde gode mannen betalt av det resterande beloppet från den begärande delägaren. Frågan i målet var om det förelåg ett solidariskt ansvar för delägarna och därför den begärande delägaren kunde krävas på hela beloppet eller om ansvaret var delat och gode mannen därför bara kunde kräva delägaren på dennes andel.

HD konstaterade här att försäljningen ska genomföras för delägarnas gemensamma räkning och att gode mannen därför måste i görligaste mån beakta och tillvarata alla delägares intressen. Detta ansågs i sig tala för ett solidariskt ansvar. Regleringen i 15 § i lagen — som anger att en kostnad som uppkommit för auktion ska ”samtliga delägare vidkännas, envar i förhållande till sin lott” — ansågs röra det interna förhållandet mellan delägarna och inte förhållandet mellan den som fått vidkännas kostnaden och delägarkollektivet. Till detta kom att utgångspunkten numera är ett solidariskt ansvar (se 2 § skuldebrevslagen) och att tolkningen av samäganderättslagen måste kunna ske i ljuset av den rättsutveckling skuldebrevslagen innebar samt att ansvaret för förvaltningsåtgärder som vidtas när god man utsetts enligt 3 § ansetts vara solidariskt. HD:s slutsats var därför att ansvaret var solidariskt. Delägaren kunde därför krävas på hela beloppet.

I NJA 2006 s. 678 aktualiserades frågan om bestämmelserna i 6 § samäganderättslagen skulle anses vara analogt tillämpliga i ett fall gällande en samägd arrenderätt. HD konstaterade här att lagen fyller framför allt ett konfliktlösningsbehov som inte är begränsat till sådan egendom som nämns i lagen. Regleringen i 6 § om rätten att begära att egendomen för gemensam räkning utbjuds till försäljning på offentlig auktion ansågs därför kunna tillämpas analogt på samägd arrenderätt av ett slag där lagstiftningen inte tillhandahåller någon annan metod för att lösa konflikter mellan samägarna. En sådan tillämpning kunde dock inte komma i fråga om parterna avtalat om att en sådan tillämpning inte

ska äga rum. Här konstaterades också att egendomen ingår ”i ett av dem gemensamt drivet enkelt bolag, kan en överenskommelse om att försäljning enligt 6 § i lagen inte skall äga rum ofta anses föreligga till dess att bolagsförhållandet upphört”.

2.5.2 Dold samäganderätt

I ett antal avgöranden har HD utvecklat principer om s.k. dold samäganderätt. Make eller sambo till den som förvärvar fast egendom för gemensamt begagnande kan enligt dessa avgöranden under vissa förutsättningar anses ha förvärvat en dold samäganderätt till fastigheten (se t.ex. ”Samägandet i Grönsiskan” NJA 1980 s. 705, ”Samägandet i Boda” NJA 1981 s. 693 och ”Samägandet i stadsägan I” NJA 1982 s. 589, se Herre, SvJT 2005 s. 681 ff.). De krav som ställs upp för att en familjerättslig dold samäganderätt ska anses föreligga är att egendomen inköpts för gemensamt bruk, att den make eller sambo som inte utåt framträder som ägare har lämnat ett ekonomiskt bidrag till köpet samt att båda parterna avsett att äganderätten ska vara gemensam. I sistnämnda hänseende räcker det generellt med att en tyst överenskommelse kan intolkas i de omständigheter som förelåg vid köpet. I alla de nu nämnda avgörandena var det fråga om bostadsfastighet. Vad som skulle gälla för fritidsfastigheter fick sitt avgörande i ”Samägandet i Oxhalsö” NJA 2008 s. 826. Dessförinnan hade HD i ”Fastigheten Droppemåla” NJA 2004 s. 397 (se Herre, SvJT 2005 s. 563) prövat en närliggande fråga beträffande en fritidsfastighet. Här hade fastigheten, som ursprungligen ägts av den ena maken, sålts till den andra maken. Fastigheten var avsedd för makarnas gemensamma bruk. En borgenär önskade få fastställt att den överlåtande maken haft dold samäganderätt till fastigheten. Talan ogillades eftersom borgenären inte visat att makarnas syfte vid överlåtelsen hade varit att de skulle äga fastigheten gemensamt och således inte att dold samäganderätt hade uppkommit. HD fäste här avseende vid, förutom att det fanns ett uttryckligt avtal mellan makarna, att det var fråga om en fritidsfastighet. I ”Samägandet i Oxhalsö” NJA 2008 s. 826 kom HD:s majoritet (3 justitieråd) fram till att den i rättspraxis etablerade presumptionsregeln avseende förvärv av gemensam bostad inte skall begränsas till åretruntbostad men att det fick antas att den ”förvärvade egendomens art, användningsändamål och värde — liksom det ekonomiska bidragets relativa storlek — kan ha betydelse för graden av bevislättnad”. Ett huvudsakligt skäl för utgången var att en annan ordning kunde leda till betydande gränsdragningsproblem och tveksamma åtskillnader. En minoritet (2 justitieråd) menade i stället att det saknades tillräckliga skäl för att utvidga rättsfiguren familjerättslig dold äganderätt till att omfatta även fritidsfastigheter.

2.5.3 Nedsättning av pengar hos myndighet

Frågan om när nedsättning av pengar kan ske av medel är inte sällan svår att besvara. Enligt 1 § andra stycket lagen (1927:56) om nedsättning av pengar hos myndighet får gäldenären sätta ner betalningen när ovisshet råder om vem som är rätt borgenär och gäldenären inte skäligen kan anses vara förpliktad att på egen risk bedöma till vem betalning ska erläggas. Beträffande tolkningen av den bestämmelsen har HD i "Kontel II" NJA 2018 s. 220 yttrat att ovissheten kan bestå i (1) att det råder ovisshet om rätten till ett fordringsanspråk på grund av att två eller flera konkurrerande borgenärer är oense om faktiska förhållanden, (2) rent rättsliga förhållanden eller (3) rörande både faktiska omständigheter och vilken rättslig betydelse dessa omständigheter har. Enligt HD krävs det som regel inte att gäldenären ska ta ställning till vare sig faktiska eller rättsliga frågor rörande vilken av flera borgenärer som vid tidpunkten för betalning är rätt borgenär, dvs. materiellt berättigad, på så sätt att betalning kan göras utan risk för att betalningen inte blir befriande. Rätten till nedsättning är alltså utformad med en generös bedömningsmarginal (jfr NJA 2001 s. 292, se Herre, SvJT 2005 s. 685).

I det konkreta fallet i "Kontel II" NJA 2018 s. 220 hade gäldenären genom dom som fått laga kraft förpliktats att betala ett belopp till borgenär 1 som sedermera överlätit anspråket till borgenär 2 som i sin tur överlätit fordran till borgenär 3. Borgenär 1 hade sedermera försatts i konkurs och minoriteten i bolaget hade väckt återvinningstalan avseende överlåtelseerna. Sedan det i "Kontel I" NJA 2015 s. 786 konstaterats att borgenär 3 inte behövde ställa säkerhet enligt 13 kap. 4 § 5 UB och sedan kronofogdemyndigheten beslutat att medlen skulle betalas till borgenär 3 hade gäldenären nedsatt medlen eftersom det enligt gäldenären fanns två parter som gjorde gällande att fordringsrätten tillkom dem. HD kom här fram till att gäldenären inte skäligen kunde anses ha varit pliktigt att på egen risk bedöma de faktiska och rättsliga frågor som måste avgöras för att ta ställning till vem som var rätt borgenär, varför förutsättningarna för nedsättning ansågs uppfyllda.

Nedsättning av pengar hos myndighet kan ske i hyresförhållanden med stöd av 12 kap. 21 § JB. Av paragrafen framgår att en hyresgäst som anser sig ha rätt till nedsättning av hyran eller till ersättning för skada eller för avhjälpande av brist eller att han eller hon har någon annan motfordran hos hyresvärden, och vill dra av motsvarande belopp på hyra som utgår i pengar, får han eller hon deponera beloppet hos länsstyrelsen. Den rätten gäller för ett stort antal möjliga krav som hyresgästen kan tänkas ha mot hyresvärden. Depositionens rättsverkan är enligt paragrafens tredje stycke att hyresvärden inte får göra gällande att hyresrätten blivit förverkad på grund av att det deponerade beloppet inte har betalats till honom.

I NJA 2008 s. 467 hade en hyresgäst i ett andrahandshyresförhållande åtagit sig att som hyra erlägga dels den hyra som hyresvärden

hade att erlægga till fastighetsägaren, dels hyra för inventarier. Sedan hyresgästen ansökt att få deponera viss inventariehyra uppkom frågan om den hyran var en hyra som träffades av 12 kap. 21 § JB. HD:s majoritet konstaterade här att hyran av inventarierna var beroende av uthyrningen av lokalen, att betalningen för inventarierna var ett villkor för bevarandet av nyttjanderätten till lokalen och att lokalhyran var den väsentliga delen av avtalet. Hyran av inventarierna ansågs därför vara en del av parternas lokalhyresavtal. 12 kap. 21 § ansågs, särskilt med hänsyn till att syftet med regleringen är att hyresgästen vid tvist inte ska behöva betala tvistigt belopp men samtidigt inte behöva riskera att hyresavtalet förverkas, vara tillämplig på inventariehyresbeloppet.

2.5.4 Cession

Enligt 27 § skuldebrevslagen gäller vid överlåtelse av enkla skuldebrev att nya borgenären inte får bättre rätt mot gäldenären än den överlåtare hade. Huvudprincipen är alltså att gäldenärens ställning inte försämras genom cession. Frågan prövades bl.a. i NJA 2005 s. 142 (mål T 4233-01, se Herre, SvJT 2005 s. 686). I NJA 2009 s. 846 hade ett försäkringsbolag, W, till ett annat försäkringsbolag, L, överlåtit ett försäkringsbestånd. W var inte var bundet av en begränsning av regressrätten enligt vissa försäkringsbolags regressöverenskommelse men L var bundet av denna överenskommelse. Rätten till regress för utbetalad ersättning för inträffad skada ingick enligt HD i överenskommelsen. För att ett sådant regresskrav skulle kunna framställas krävdes agerande inom viss tid vid risk av att annars rätten preskriberades. Härefter hade emellertid förhållandet mellan bolagen anordnats så att L antingen överlåtit regresskravet tillbaka till W eller uppdragit åt W att driva in regresskravet för L:s räkning. HD konstaterade här, med åberopande av 27 § skuldebrevslagen, att W därför inte hade bättre rätt än vad L haft. Preskriptionsinvändningen kunde därför göras gällande av skadeståndsgäldenären.

HD uttalade principiellt att eftersom avsikten med bestämmelsen är att gäldenärens rättsliga ställning inte ska försämras genom överlåtelser, kan det inte krävas att gäldenären för bibehållen rättsställning kunde framställa den aktuella invändningen redan vid tidpunkten för överlåtelser, utan det är ”tillräckligt att möjligheten att göra en invändning då var villkorlig (eventuell) och att gäldenären hade kunnat göra invändningen om det varit överlåtare i stället för förvärvaren som sedermera hade framställt kravet”.

I NJA 2009 s. 355 hade ansvarsförsäkringsgivaren gjort ett förbehåll, enligt vilket försäkringsgivaren skulle vara fri från ansvarighet om försäkringstagaren utan försäkringsgivarens medgivande utbetalade ersättning till den som lidit skada eller annars godkände fordrat ersättningsbelopp (jfr 94 § i dåvarande försäkringsavtalslag). Ett sådant förbehåll var giltigt om ersättningsanspråket inte uppenbart var lagligen

grundat. Den skadelidande hade förvärvat fordringen mot försäkringsgivaren från försäkringstagaren och kunde därför inte få bättre rätt än försäkringstagaren hade haft (jfr här, som HD anför, med NJA 1993 s. 222, där HD konstaterade att det inte fanns hinder mot att den skadelidande vid ansvarsförsäkring inträder i försäkringstagarens ställe i gällande försäkringsavtal, dvs. genomför ett borgenärsbyte, men att förvärvaren då inte får bättre rätt än överlåtaren hade; se Herre, SvJT 2005 s. 686). Förlikningen mellan försäkringstagaren och den skadelidande innebär att försäkringstagaren medgett viss betalningsskyldighet och att parternas mellanhavanden genom avtalet blivit slutligt reglerade. Den skadelidande hade inte påstått att försäkringstagaren underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet. HD kom mot den bakgrunden fram till att försäkringstagaren hade brutit mot avtalsvillkoret i ansvarsförsäkringsavtalet och att därför försäkringsgivaren var fri från ansvar eftersom det inte heller var uppenbart att den skadelidandes krav var lagligen grundat.

Vid factoring gäller, liksom vid annan cession av fordringar, att nye borgenären träder in i samma situation som den tidigare borgenären och att nye borgenären alltså inte får en bättre rätt än överlåtaren hade. I NJA 2016 s. 1132 uppkom frågan om en förvärvare av en fakturafordring även hade övertagit rätten att kräva betalning av det i fakturan angivna mervärdesskattebeloppet. Bakgrunden var att ett aktiebolag hade köpt varor från ett annat bolag men inte fått betalt. Köparbolaget hade sedermera försatts i konkurs. Säljarbolaget fick till följd av detta inte betalt för sin fordran och bokförde den som en kundförlust. I målet var det ostridigt att en styrelseledamot i köparbolaget hade ådragit sig personligt betalningsansvar för den förpliktelse som uppstått (jfr numera 25 kap. 18 § ABL) samt att säljarbolaget hade varit skyldigt att betala mervärdesskatt för sin försäljning till köparbolaget. Sju år efter dessa händelser hade säljarbolaget överlåtit sin fordran till fordringsköparen PI Finans som krävde betalning av styrelseledamoten för fakturabeloppet inklusive mervärdesskatt.

HD angav i NJA 2016 s. 1132 att en allmän utgångspunkt är att ”borgenären ska ha en rättsgrund för sin fordran och att denne i regel har bevisbördan för att en sådan rättsgrund finns”. Det innebär bl.a. att om en leverantör har fakturerat för hög mervärdesskatt och kunden har betalat fakturan, så ska betalningen av det felaktiga mervärdesskattebeloppet anses ha skett utan rättsgrund (se allmänt om tillämpningen av principerna om *condictio indebiti* i sådana fall ”Tryckerimomsen I” NJA 2015 s. 1072, avsnitt 1.5.1). Om det är tvistigt mellan parterna om mervärdesskatt ska utgå eller om sådan ska utgå med visst belopp ankommer det på borgenären att bevisa att transaktionen är att betrakta som en omsättning som utlöser mervärdesskattskyldighet på sätt som påstås. Vid överlåtelser av fordringar gäller därför på motsvarande sätt att den nye borgenären har bevisbördan för att fordringen grundar en skyldighet för gäldenären att betala beloppet inklusive mervärdesskatt.

I det enskilda fallet var parterna eniga om att fordringsöverlåtelsen från säljarbolaget till förvärvaren inte utgjorde en mervärdesskattepliktig omsättning hos säljarbolaget. Det innebar att fordringen vid den tidpunkten var att betrakta som definitivt förlorad hos säljarbolaget och att bolaget inte hade någon skyldighet att redovisa mervärdesskattebeloppet på nytt eftersom statens villkorade anspråk på mervärdesskattebeloppet upphörde i och med överlåtelsen. Detta betydde i sin tur att någon mervärdesskattefordran inte kunde anses ha ingått i överlåtelsen och att förvärvaren inte kunde kräva betalning av styrelseledamoten även för mervärdesskattebeloppet. Målet aktualiserade också ett antal svåra mervärdesskatterättsliga frågor som behandlas av HD men som det inte finns skäl att närmare behandla här (se vidare justitierådet Herres tillägg för egen del rörande de främst mervärdesskatterättsliga frågor som aktualiserades).

2.5.5 Betalning med befriande verkan

Enligt 29 § skuldebrevslagen är en betalning som gäldenären erlägger till överlåtaren av ett enkelt skuldebrev giltig ”utan så är att gäldenären visste, att den andre ej längre ägde uppbära betalning, eller hade skäligen anledning att det misstänka”. När sådan misstanke inte föreligger är alltså överlåtaren passivt legitimerad att erhålla betalningen. Vem som ska anses vara legitimerad mottagare när det finns flera borgenärer är inte sällan en komplicerad fråga att besvara.

Detta illustreras av NJA 2005 s. 557. Här hade ett byggvaruföretag av samma hyresvärd hyrt dels en lokal belägen på en fastighet, dels en tomt på en annan fastighet. Rörelsen bedrevs främst i lokalen och tomtfastigheten användes främst som lagringsutrymme och parkering. Sedan hyresvärderna hade försatts i konkurs hade lokalfastigheten sålts till en ägare och tomtfastigheten till en annan. Byggvaruföretaget hade betalat hela hyran till ägarna av lokalfastigheten och frågan var om detta hade skett med befriande verkan.

HD angav här att det fanns tre tänkbara alternativ i en situation som den föreliggande, nämligen (1) att gäldenären kan betala till vilken som helst av borgenärerna med befriande verkan också gentemot den andre, ett alternativ som dock enligt HD förutsätter avtal och är ovanligt, (2) att gäldenären måste betala till varje borgenär efter dennes andel i avtalsförhållandet (s.k. aktivt andelsförhållande), samt (3) att borgenärerna samfällt ska få betalningen (s.k. samfordringsrätt).

Enligt HD brukar det vid valet mellan alternativen (2) och (3) läggas vikt vid om det i fordringsförhållandet är fråga om en delbar prestation eller inte, där en delbarhet talar för alternativ (2) med betalning efter andelstal och där det vid en odelbarhet ligger det nära till hands att anse att betalning ska ske enligt (3) till mottagarna samfällt. HD, som konstaterade att situationen var mer komplicerad än i fallet där ett enkelt skuldebrev överlåtits till flera borgenärer eftersom det var fråga om ömsesidiga förpliktelser, tog inte ställning till vilket av alternativen (2)

och (3) som skulle anses vara för handen. Eftersom gäldenären varken betalat hyra till tomtägaren eller betalat till fastighetsägarna gemensamt, något som hade krävt att lokalfastighetsägaren varit utsedd att företräda ägarna gemensamt, hade gäldenären inte betalat den hyra som belöpte på tomtfastigheten med befriande verkan. (Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 uppl. 2018, avsnitt 4.3.1.2, är av uppfattningen att det torde ha varit fråga om ett aktivt andelsförhållande eftersom prestationen var delbar och motprestationens odelbarhet saknar betydelse för den aktuella frågan).

2.6 Vem ska presteras?

Huvudregeln i svensk rätt är att om det finns flera gäldenärer som är ansvariga för samma skuld, så ansvarar gäldenärerna solidariskt för skulden. I 2 § skuldebrevslagen anges exempelvis att "är skuldebrev utfärdat av flere utan förbehåll om delad ansvarighet, svare de en för alla och alla för en för vad förskrivet är". Samma grundprincip uttrycks i 10 kap. 11 § HB om borgen och i 6 kap. 4 § skadeståndslagen. HD har också i ett antal avgöranden bekräftat denna huvudprincip (se t.ex. NJA 2000 s. 667 — se härom Herre, SvJT 2005 s. 702, om tredjemanspansättning av flera för samma skuld, NJA 2009 s. 221 om solidariskt ansvar för styrelsemedlemmar i aktiebolags styrelse och NJA 2011 s. 399 om samägares solidariska ansvar för ersättning till utsedd god man).

Särskilda problem uppkommer vid s.k. dubbelförsäkring, dvs. när försäkringstagaren har flera försäkringar som avser samma intresse och ersätter samma typer av skador. I 6 kap. 4 § FAL anges att om samma intresse har försäkrats mot samma risk hos flera försäkringsbolag, är varje försäkringsbolag ansvarigt mot den försäkrade som om det bolaget ensamt hade meddelat försäkring. Den försäkrade har dock inte rätt till högre ersättning sammanlagt från bolagen än som svarar mot skadan. Överstiger summan av ansvarsbeloppen skadan, fördelas ansvarigheten mellan försäkringsbolagen efter förhållandet mellan ansvarsbeloppen. Regleringen påminner starkt om grundprinciperna för ett solidariskt ansvar.

I "Dubbelförsäkringen" NJA 2019 s. 788 uttalade HD om regleringen att den ska ta hand om situationen "där en risk som försäkrats hos flera försäkringsbolag — och som alla bolagen haft rätt till premier för — har realiserats men bara ett av bolagen har fått betala ut ersättningen eftersom den försäkrade valt att kräva just det bolaget" och att det grundläggande syftet med regeln är att åstadkomma en rättvis fördelning mellan försäkringsbolagen. Det utbetalande bolaget ska därför kunna vända sig mot det andra bolaget och i viss utsträckning kräva åter vad som betalats till den försäkrade och kan på så sätt tillse att det blir en rimlig slutlig fördelning mellan alla de ansvariga försäkringarna. Konstruktionen medför enligt HD att försäkringsbolagets rätt att rikta anspråk mot den andra försäkringsgivaren inte kan "hänga på"

vilka åtgärder den försäkrade vidtar i förhållande till den andra försäkringsgivaren. Det försäkringsbolag som har betalat ut ersättning till den försäkrade kan därför rikta krav mot ett annat försäkringsbolag, trots att den försäkrade inte framställt anspråk på ersättning i tid enligt försäkringsavtalet med det andra bolaget. Här kan jämföras med 9 § preskriptionslagen som ju anger att om flera har åtagit sig eller förpliktats att svara solidariskt för samma skuld och denna preskriberas i förhållande till någon av dem, svarar var och en av de andra endast för sin andel. Den regleringen gäller dock förhållandet mellan gäldenärerna och borgenären.

Utgångspunkten vid generiska förpliktelser är att borgenären är skyldig att godta prestation från vem som helst så länge gäldenären godkänner att tredje man presterar. Borgenären har helt enkelt normalt sett inget berättigat intresse av att just en viss person fullgör prestationen. Samma sak gäller naturligtvis inte för förpliktelser där borgenären har ett berättigat intresse av att en viss part utför prestationen. Så kan vara fallet beträffande en kirurgisk operation eller en reparation av ett ömtåligt föremål (se t.ex. Knut Rodhe, *Obligationsrätt*, 1956, § 15 efter not 1). För de utpräglat generiska förpliktelserna, t.ex. en betalningsskyldighet, anses att borgenären som utgångspunkt inte behöver acceptera fullgörelse från någon som inte är betalningsskyldig om gäldenären inte samtycker till att tredje man presterar (se t.ex. Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 uppl. 2018, avsnitt 6.2.1.1 med omfattande hänvisningar).

Om tredje man interventionsbetalar och betalningen accepteras av borgenären i ett fall där gäldenären inte har samtyckt till detta uppkommer frågan om betalaren har regressrätt eller rätt att träda in i borgenärens rätt (subrogation). Rätt till betalning från gäldenären synes föreligga om (1) betalaren haft ett skyddsvärt intresse av att infria gäldenärens skuld och därmed behövde skydda sig själv mot förlust, (2) betalaren var skyldig enligt lag att betala, (3) betalaren handlat av misstag eller (4) betalaren ingripit när det förelåg hinder för gäldenären själv att betala och hinder mot att gäldenären gav uttryck för sin inställning till interventionsbetalningen, förutsatt att gäldenären genom betalningen skyddades mot omedelbart hotande förlust (alltså när de klassiska förutsättningarna för *negotiorum gestio* är för handen). Härtill kommer naturligtvis att betalaren kan få en rätt att kräva ersättning av gäldenären om borgenären överlätit sin fordran till betalaren. Man kan i dessa fall lika gärna betrakta situationen som ett förvärv av fordringen (dvs. ett vanligt borgenärsbyte). Rättsläget beträffande hur långtgående begränsningarna är för tredje man att få en regressrätt och subrogera i borgenärens position är i viss utsträckning omdiskuterat (se t.ex. Torgny Håstad, *Tjänster utan uppdrag*, 1973, s. 109 ff., Stefan Lindskog, a.a. avsnitt 6.2.2.2, Alexander Unnersjö, *Emissionsgarantiens bindande verkan och interventionsbetalarens ställning*, JT 2016–17 s. 409 ff. på s. 428 ff., alla med omfattande hänvisningar).

I ”Emissionsgarantin” NJA 2016 s. 107 var en fråga i målet enligt HD om en tredje mans infriande av en garants förpliktelse genom en fyllnadsteckning innebär att inga rättigheter längre kan göras gällande enligt garantin, eller om fyllnadsteckningen i förening med en överlåtelse av rättigheterna enligt garantin kan medföra att den tredje mannen har rätt att bli utlöst av garanten. HD kom här fram till att betalaren, som alltså tecknat återstående aktier i nyemissionen som skulle ha tecknats av garanterna enligt en emissionsgaranti, genom att infria garanternas teckningsåtaganden enligt garantiavtalen hade rätt att bli utlöst av garanterna. Enligt domslutet skulle därför garanterna mot erhållande av ett visst antal aktier i det emitterande bolaget betala vad tredje man erlagt vid teckningen av aktierna.

För att komma till denna slutsats fäste HD avseende vid bl.a. (1) att tredje man inte genomfört teckningen av aktier i syfte att befria garanterna från deras skyldigheter och att garanterna inte heller haft fog att tro detta, (2) att det emitterande bolaget fick anses ha samtyckt till tredje mans krav mot garanterna (vilket också följde av bolagets överlåtelse till tredje man av rättigheterna enligt emissionsgarantin), (3) att garanterna varit i dröjsmål och inte betagits någon rätt att själva teckna aktierna och därför inte heller kunde anses ha befogade invändningar mot att tredje man trädde in i det emitterande bolagets ställe och (4) det inte heller i övrigt fanns något som talade emot att tredje man ”genom att infria garanternas förpliktelser till fyllnadsteckning har en på subrogation grundad regressrätt mot garanterna”.

Ett annat område där frågan om vem som ska prestera aktualiseras är hyresområdet. En hyresgäst ska under hyrestiden väl vårda lägenheten med vad som tillhör denna och är ersättningsskyldig för alla skada som uppkommer (se 12 kap. 24 § första stycket JB). Ersättningsskyldigheten gäller skada som uppkommer genom hyresgästens eget ”vållande eller genom vårdslöshet eller försummelse av någon som hör till hans hushåll eller gästar honom eller av annan som han inrymt i lägenheten eller som där utför arbete för hans räkning”. I fjärde stycket anges vidare att om ”hyresgästen utan behövt samtycke eller tillstånd överlåtit hyresrätten eller åt någon annan upplåtit rätt att begagna lägenheten, är hyresgästen ansvarig för skada som den nye innehavaren skulle ha ersatt enligt första, andra eller tredje stycket, om lägenheten hade varit hyrd av honom.”

Frågan vad som ska gälla när förstahandshyresgästen med hyresvärdens godkännande hyr ut lägenheten i andra hand och den då skadas genom andrahandshyresgästens vårdslöshet behandlades i NJA 2014 s. 465. HD konstaterade här att den dominerande uppfattningen i den juridiska litteraturen har varit att samtycke till andrahandsupplåtelse inte befriar hyresgästen från ansvaret i 12 kap. 24 §. Också andra länders syn på frågan, t.ex. regleringen i tyska BGB och vad som anses gälla generellt för nyttjanderätt i norsk rätt, liksom vad som anges i artikel

IV.B.-7:103 DCFR, talar i samma riktning. Enligt HD innebär en hyresvärds samtycke till andrahandsuthyrning endast att uthyrningen inte utgör ett avtalsbrott och alltså inte, om inte omständigheterna i det enskilda fallet föranleder en annan bedömning, innefattar att hyresgästen befrias från sina förpliktelser enligt hyresavtalet. Detta gäller även när tillstånd har lämnats från hyresnämnden. Huvudregeln är därför att förstahandshyresgästen ansvarar för skada på fastigheten som uppkommer genom andrahandshyresgästens vållande.

Frågan om vem som ska prestera aktualiseras också vid samägande. Lag (1904:48 s.1) om samäganderätt reglerar vissa frågor som rör ett gemensamt, samfällt, ägande av fastighet, lös sak, aktie, obligation eller skuldebrev (jfr 1 §, som upptar just dessa egendomsslag). I 2 § regleras rätten för samägarna att förfoga över den samägda egendomen.; det krävs här i regel samtycke mellan samtliga delägare. I 15 § behandlas vissa frågor om kostnadsansvaret mellan delägarna. Det anges där att en kostnad, ”som enligt denna lag gjorts för förvaltning av samfällt gods eller för auktion, skola samtliga delägare vidkännas, envar i förhållande till sin lott”.

I NJA 2016 s. 1057 hade den ena ägaren till en fastighet tagit upp banklån där pantsättning skett av fastigheten som säkerhet. Medlen från lånen hade använts för att rusta upp byggnaden på fastigheten. Frågan i målet var om skulden, vid bodelning och arvskitte efter den andra delägarens död, skulle belasta de två delägarna, makar, med hälften var eller om skulden bara skulle belasta den som tagit upp lånen.

HD angav här i ett viktigt uttalande att enligt ”allmänna principer kan en tredje man, som använder sin egendom till att förkovra annans egendom, under vissa förutsättningar bli berättigad till ersättning för detta”. Här kan dock jämföras med ”Den betalande sambon” NJA 2019 s. 23, där en sambo, som hade betalat fakturor som avsett den andra sambons egendom som inte var samboegendom men som användes av samborna gemensamt, inte ansågs ha rätt till ersättning på den grunden att den andra sambon, sedan samboförhållandet upphört, hade gjort en obehörig vinst.

I NJA 2016 s. 1057 uttalade HD vidare att utgångspunkten, i linje med det särskilda kostnadsansvaret för förvaltning eller för auktion enligt 15 § samäganderättslagen, är att om en av delägarna till samägd egendom genomför en förkovringsåtgärd med den andres samtycke med egna medel ska kostnaden fördelas i proportion till andelarna. Presumtionen är alltså att en sådan kostnad ska delas mellan ägarna i förhållande till deras andelar. Presumtionen kan motbevisas genom att den andre delägaren visa att det var fråga om en gåva eller att det överenskommits, eller var underförstått, att ingen kostnadsfördelning skulle ske. Om presumtionen gäller och åtgärden har finansierats av en delägare genom en kredit bör utgångspunkten vara, åtminstone när krediten har säkerställts med pantbrev uttagna i fastigheten, ett delat ansvar på så sätt att delägare som inte svarar direkt mot långivaren har

ett internt ansvar för krediten. Det innebär i sin tur att den delägaren ska betala ”sin del av skulden till den som har tagit upp lånet (eller direkt till långivaren) i takt med att låntagarens betalningsskyldighet inträder”. Det finns således här en princip om vad som kan kallas för samgåld (se särskilt det justitierådet Lindskog tillade för egen del i NJA 2016 s. 1057).

2.7 Gäldenären har flera förpliktelser gentemot samma borgenär

Typiskt sett får avräkning mellan borgenär och gäldenär ske utan hänsynstagande till eventuell säkerhet som ställts av annan, t.ex. genom borgen eller tredjemanspant. Hur avräkningen sker kan dock i vissa situationer påverka vilket belopp säkerhetsställaren ska svara för. I NJA 1932 s. 621 hade en person gått i borgen för en arrendators förpliktelser enligt arrendeförhållandet. I detta förhållande hade jordägaren fått vissa fordringar på arrendatorn och arrendatorn vissa på jordägaren. Jordägaren hade dock viss annan fordring mot arrendatorn som inte härrörde från arrendeförhållandet utan avsåg annat. Jordägaren hade använt denna senare fordran vid avräkning mot jordägarens skuld till arrendatorn och därefter krävt borgensmannen på betalning för skillnaden mellan å ena sidan jordägarens fordran på grund av arrendekontraktet och å andra sidan den genom avräkning minskade motfordran som arrendatorn hade på jordägaren. Här kom HD fram till att borgen för arrendatorn endast omfattade den skuld, vilken återstod efter avräkning mellan fordringar och motfordringar på grund av arrendeförhållandet. Borgensmannen ansågs därför inte skyldig att tåla det avdrag som jordägaren först gjort avseende annat.

En snarlik fråga uppkom sedan i NJA 2008 s. 878. Här hade en person tecknat borgen för H:s avtal 1 med S. H hade också ingått ett annat avtal 2 med S. H och S hade båda skulder som skulle betalas enligt avtal 1. S hade också en fordran mot H enligt avtal 2. S hade valt att först kvittningsvis avräkna sin fordran S hade enligt avtal 2 mot de skulder S hade till H enligt avtal 1. Därefter hade S krävt betalning av borgensmannen för den därmed ökade nettoskuld enligt avtal 1 H hade till S.

HD anförde här att ”oavsett vad som gäller om avräkning och kvittning mellan gäldenär och borgenär när borgenären har flera fordringar mot gäldenären, kan deras rättshandlingar inte medföra att en borgensmans ansvar kommer att omfatta mer än vad borgensmannen åtagit sig att borga för”. Den i 1932 års avgörande tillämpade avgränsningen av borgensåtagandet ansågs gälla även ”i andra fall när någon gått i borgen för skulder i ett löpande kontraktsförhållande, såvida annat inte framgår av avtalet eller ett senare medgivande av borgensmannen”. Borgensmannen var därför inte ansvarig till ett högre belopp än om kvittning eller avräkning hade skett i sådan ordning att avräkning först hade skett mellan huvudfordringar och motfordringar hänförliga till avtal 1.

I 9 kap. 5 § HB regleras delar av den s.k. avräkningsordningen. Här anges att ”Haver någon av samma man fått flera lån, än ett, och förbundet sig, att för det ena giva större ränta, och för det andra mindre, eller ingen; där må skuldenär avräkna det, som betalas, å vilketdera lån han helst vill; dock ej förr, än förfallodagen inne är. Ej må något på huvudstolen avräknas, förr än räntan gulden är”.

I ”Klädpartiet och avräkningen” NJA 2009 s. 64 uttalade HD, med hänvisning till bl.a. NJA 1958 s. 117 (se Rodhe, SvJT 1961 s. 268 f.) och NJA 1989 s. 177 (se Herre, SvJT 2005 s. 691 f.), att om gäldenären inte utnyttjar sin valrätt är principen att befogenheten att, med samma begränsning, bestämma avräkningsordningen övergår till borgenären. Vid underlåten destination från gäldenärens sida gäller alltså ”huvudregeln att borgenären får välja vilken av fordringarna som betalningen skall avräknas på och således vilken av fordringarna som skall anses vara betald”. I det aktuella fallet hade borgenären påstått att denne destinerat betalningen till en fordran som gäldenären menade inte existerade. Eftersom borgenären inte kunnat styrka att gäldenären hade denna skuld till borgenären hade någon avräkning inte skett på sätt som borgenären hävdade.

Avräkningsordningen fick sin mera principiella behandling i NJA 2013 s. 1190. Här angav HD inledningsvis beträffande gäldenärens primära valrätt att gäldenärs destinerings av en betalning till en viss skuld inte behöver vara uttrycklig utan kan, på samma sätt som andra viljeförklaringar, framgå av omständigheterna. Något sådant val kunde inte anses följa av gäldenärens handlande i det enskilda fallet.

HD övergick därför till att pröva vad som skulle gälla för odestinerade betalningar. HD uttalade här att det av rättspraxis och den juridiska litteraturen framgår ”att, åtminstone under vissa förutsättningar och då med vissa begränsningar, valrätten övergår till borgenären. På det hela taget är det emellertid oklart vad som gäller i fråga om sådana förutsättningar och begränsningar”. Det konstaterades dock att en gemensam nämnare för de lösningar som valts internationellt för odestinerade betalningar är att ”gäldenärens avräkningsintresse beaktas i större eller mindre grad, låt vara på olika sätt” och att detta ”får antas hänga samman med att det är detta intresse som ligger till grund för huvudregeln om gäldenärens valrätt”.

Efter att ha avvisat den lösning som i vissa sammanhang föreslagits, att gäldenären genom betalningen valt den för honom mest betungande skulden, som långtgående och inte helt praktisk, konstaterade HD att en regel av ett sådant slag hade goda skäl för sig om den begränsades till mer uppenbara fall, ”där det vid en objektiv bedömning inte kan råda någon tvekan om vilken skuld, som gäldenären typiskt sett måste antas vilja infria i första hand”.

Den rättsregel som ska gälla enligt HD är därför att ”om gäldenären har flera skulder och en viss skuld tydligt skiljer ut sig från de övriga genom att en underlåten betalning är förenad med särskilt betungande

rättsföljder för gäldenären, så ska en odestinerad betalning räknas av mot den skulden” under förutsättning att ”de förhållanden som föranleder den betungande rättsföljden har varit uppfattbara för borgenären”.

I det enskilda fallet hade gäldenären erlagt betalning med ett belopp som motsvarade en månadshyra, trots att två månadshyror inte hade betalats. Borgenären ansågs inte ha rätt att destinerat betalningen till den senare hyran eftersom underlåten betalning av den första hyran (den äldre fordran) innebar att hyresgästen skulle avhysas från sin lägenhet. I stället ansågs betalningen avse den äldre hyresfordran på samma sätt som om gäldenären hade destinerat betalningen till denna.

2.8 Förpliktelser i borgens- och borgensliknande situationer

I NJA 2010 s. 629 hade beställaren krävt ersättning av entreprenören för att en kvitterad nyckel förkommit (se även 4.5.1.6 och 4.5.2.5). Nyckeln hade kvitterats av en underentreprenör som ingått avtal med beställaren och där begränsat sitt ersättningsansvar genom en avtalad vitesreglering. Entreprenören, som inte känt till vitesregleringen, hade betalat ut ett väsentligt högre belopp till beställaren motsvarande den skada beställaren lidit och därefter krävt ersättning från underentreprenören.

HD uttalade här att det fick anses ”vara en allmän princip att en part, som vill regressa mot annan och som inte har ett längre gående ansvar än den andre (som vid enkel borgen), inför betalning till borgenären ska efterhöra om den andre har en invändning som parten kan åberopa mot borgenären, vid äventyr av att regressrätten annars kan falla bort”. Det fanns vid tillämpning av denna princip ingen anledning att skilja mellan ”avtal som den slutligt ansvarige ingått efter partens ansvarsåtagande och andra ansvarsbefriande omständigheter, t.ex. avsaknad av vårdslöshet”, detta för att bl.a. undgå rundgång av pengar. Eftersom entreprenören inte hade efterfrågat eventuella invändningar från sin underentreprenör kunde entreprenören inte kräva mer än det vite underentreprenören avtalat med beställaren.

En tredjemanspant är en pant som en tredjeman ställt till säkerhet för huvudgäldenärens fullgörande av förpliktelser mot borgenären. Av NJA 1987 s. 80 (se Herre, SvJT 2005 s. 702 f.) följer att tredjemanspant *in dubio* innefattar ett primärt ansvar gentemot borgenären. En proprieborgen innebär också att borgensmannens ansvar är primärt. I NJA 2000 s. 678 uttalade HD rörande regressrätten vid fullgörande av en förpliktelse enligt en proprieborgen eller en tredjemanspant bl.a. att det är en ”vedertagen rättsgrundsats att, när två personer har åtagit sig borgen för samma fordran och en av dem nödgats betala mer än som belöper på honom enligt rättsförhållandet mellan borgensmännen, denne normalt har regressrätt gentemot den andre även utan avtal därom”. HD jämförde här med huvudregeln i 2 § andra stycket skuldebrevslagen. I det enskilda fallet kom HD fram till att motsvarande

regressrätt gäller även tredjemanspant emellan, om annat inte följer av deras inbördes rättsförhållande.

Hur regress ska fördelas mellan någon som ställt tredjemanspant och någon som lämnat en proprieborgen med avseende samma skuld för en viss gäldenär fick HD tillfälle att behandla i NJA 2017 s. 482. Här uttalades att nu nämnda principer om regressrätt vid proprieborgen och tredje manspant ”grundas bl.a. på att borgenären inte genom att utnyttja sin rätt att välja betalningsväg godtyckligt ska kunna slutligt belasta den ene eller den andre säkerhetsställaren” och att detta ”skäl gör sig lika starkt gällande i situationer då säkerheterna inte är av samma slag, utan det i stället är fråga om både beloppsbegränsad proprieborgen och tredjemanspant”. En ordning där dessa säkerheter likställs bidrar också till förutsebarhet och likabehandling samt skapar symmetri i det regressrättsliga systemet. En beloppsbegränsad proprieborgen och tredjemanspant ska därför behandlas lika om inte särskilda omständigheter i det enskilda fallet föranleder en annan bedömning.

I NJA 2016 s. 73 uttalade sig HD generellt om vissa skillnader som föreligger mellan gäldenärspant, dvs. pant som gäldenären själv har ställt till säkerhet för en fordran som borgenären har på gäldenären, och tredjemanspant, dvs. pant som tredje man ställt till säkerhet för gäldenärens skuld till borgenären. HD anförde bl.a. att ”när en tredje man har ställt pant rör det sig om ett slags borgen på så sätt, att borgenären för den säkrade fordringen kan göra sig betald hos den tredje mannen, dock endast ur panten”. Beträffande syftet med de olika panterna uttalades att ”den typiska avsikten med en gäldenärspant är att förbättra borgenärens möjligheter till betalning av gäldenären” men att tredjemanspantens syfte i allmänhet är främst ”att förskjuta risken för gäldenärens betalningsoförmåga från borgenären till den tredje mannen”. I jämförelse med borgen angavs att när tredjeman ställer säkerhet i form av pant och inte borgen innebär det ”dels en värdemässig begränsning av den risk som han tar beträffande gäldenärens insolvens, dels att borgenären i händelse av konkurrens med den tredje mannens borgenärer får framför dessa göra sig betald ur panten enligt förmånsrättslagens regler”. Bland annat dessa skillnader medförde att uttrycket ”panträtt” i 32 § skuldsaneringslagen (2016:675) inte ansågs omfatta tredjemanspant.

I NJA 2005 s. 44 hade huvudgäldenärerna upphört i och med dessa bolags konkurser som avslutats med underskott och bolagen upplösts. Borgensmannen invände, mot bakgrund av att borgensförpliktelsen är accessorisk till huvudfordran, att detta medförde att fordran på grund av borgen hade bortfallit. HD konstaterade dock här att den principen försetts med ett antal undantag, t.ex. att borgensåtagandet inte påverkas av ackord eller skuldsanering (se t.ex. 12 kap. 22 § konkurslagen, där det anges att en borgenär som har godkänt ett ackordsförslag inte genom godkännandet förlorar sin rätt mot borgensmän eller andra som förutom gäldenären svarar för fordringen, 3 kap. 9 § lagen,

1996:764, om företagsrekonstruktion med i princip samma formulering och numera 47 § skuldsaneringslagen, 2016:675, där det anges att skuldsaneringen inte inverkar på den rätt en borgenär har mot en borgensman eller någon annan som förutom gäldenären svarar för skulden). HD anförde slutligen att en typsituation där ett borgensansvar aktualiseras är när huvudgäldenären försätts i konkurs. Att huvudgäldenären är ett bolag som upplöses efter konkurs inverkar därför inte på borgensansvaret.

2.9 Riskövergång

I ”Skadorna på Läckebys arbeten” NJA 2013 s. 271 (se avsnitt 1.9.4.1.1 och 1.9.4.4.2) var huvudfrågan om en viss bestämmelse i AB 92 (kap. 5 § 4, numera AB 04 kap. 5 § 1) innebar att en entreprenör skulle anses skadeståndsskyldig oberoende av vållande, culpa. I bestämmelsen, som fanns under rubriken ”Ansvar under entreprenadtiden” angavs dels att entreprenören ”ansvarar under entreprenadtiden för skada på ej avlämnad del av entreprenaden”, dels att entreprenören ”ansvarar dock inte för skada på entreprenaden som beror på beställaren”. HD angav här att en allmän princip är att den som ska utföra arbete står risken för arbetet till dess att det är slutfört. Om därför arbetet under perioden fram till slutfört arbete skadas av en olyckshändelse, kan den utförande parten ”inte åberopa händelsen som ett skäl för att inte leverera det avtalade resultatet till det överenskomna priset”. Bestämmelsen ansågs därför innebära att ”entreprenören ansvarar för skador på de arbeten som ingår i hans åtagande till och med den dag då arbetet är godkänt vid slutbesiktning”. Något ansvar har dock entreprenören inte om skadan beror på force majeure eller något förhållande på beställarens sida. HD konkluderade med att regleringen — tolkad i ljuset av gällande allmänna obligationsrättsliga principer (se även justitierådets Herres tillägg för egen del om riksövergång i normalfallet, när prestationen försenas och entreprenörens ansvar när risken realiseras före riskövergången) — fick anses avsedd att enbart reglera just risken för att entreprenadarbetena skadas och därmed avgöra vilken part som ska stå risken för att en viss händelse har skadat arbetena så att dessa inte kan avlämnas i avtalat skick eller i avtalad tid.

2.10 Avkastnings-, inkomst- och kostnadsfördelning mellan parterna

I det obligationsrättsliga systemet finns det ett antal bestämmelser som reglerar hur rätten till intäkter och avkastning från köpeföremålet ska fördelas. Exempelvis anges i 79 § KöpL att avkastning som varan ger före avtalad tid för avlämnandet tillfaller säljaren, om det inte med fog kunde beräknas att den skulle utfalla senare. Avkastning som varan ger efter det att den ska avlämnas tillfaller köparen, om det inte med fog kunde beräknas att den skulle utfalla tidigare. Liknande regler finns exempelvis i 4 kap. 10 § JB, där det i första och andra styckena anges

att avkastning, ”som fastigheten frambringar före den dag då tillträde skall ske, tillkommer säljaren” med vissa undantag och att ”arrendavgift, hyra och annan inkomst av fastigheten, som belöper på tiden före tillträdesdagen, tillkommer säljaren”.

På motsvarande sätt finns det bestämmelser som reglerar hur ansvaret för kostnaderna mellan säljare och köpare ska fördelas. I 11 § KöpL anges exempelvis att säljaren svarar för sådana kostnader för varan som uppkommer före avlämnandet och som inte beror på att avlämnandet har försenats till följd av något förhållande på köparens sida. Efter avlämnandet svarar köparen för kostnaderna för varan. I 4 kap. 10 § sista stycket JB anges att ”avgift som utgår för fastigheten och belöper på tiden från och med tillträdesdagen bäres av köparen”. Det ges här också en specialregel rörande stämpelskatten som anger att köparen svarar för denna i förhållande till säljaren. Dessa regler är inte okomplicerade till sin natur och kan orsaka problem av skilda slag.

Problem rörande kostnadsfördelning kan uppkomma också vid övergång genom försäljning av bostadsrätter, som är lös egendom. Här finns i 6 kap. 6 § bostadsrättslagen (1991:614) en reglering som anger att för tid ”efter det att föreningen underrättats om att bostadsrätten övergått till en medlem i föreningen, svarar den från vilken rätten övergått inte för de förpliktelser som åligger en innehavare av bostadsrätten”. Det anges vidare att om bostadsrätten har övergått till någon som inte är medlem, är den från vilken rätten övergått fri från förpliktelserna först efter det att förvärvaren antagits till medlem. I 7 kap. 14 § anges sedan att varje ”medlem ska betala en avgift till bostadsrättsföreningen i form av en insats när bostadsrätt upplåts till honom eller henne. Föreningen har dessutom rätt att ta ut en årsavgift för den löpande verksamheten samt, om det anges i stadgarna, upplåtelseavgift, överlåtelseavgift, pantsättningsavgift och avgift för andrahandsupplåtelse.”

I NJA 2016 s. 402 uppkom frågan om en säljare av en bostadsrätt skulle anses befriad från skyldigheten att svara för avgifterna till föreningen så snart köparen beviljats medlemskap i föreningen. Enligt HD är så inte fallet. Det krävs för övergång av avgiftsansvaret gentemot föreningen att alla förutsättningar i 6 kap. 14 § är uppfyllda, nämligen utöver att köparen har blivit medlem i föreningen att bostadsrätten har övergått till köparen och föreningen har underrättats om övergången från säljaren till köparen. En övergång av bostadsrätten i bestämmelsens mening äger rum, trots att själva avtalet är bindande mellan parterna, när villkoren i överlåtelseavtalet är uppfyllda. Har parterna därför, som i det aktuella fallet, villkorat köpet av att priset betalas, övergår enligt HD inte bostadsrätten till köparen förrän detta villkor är uppfyllt. Att tidpunkten för tillträdet har passerats och köparen tagit bostadsrätten i besittning innebär inte en övergång i bestämmelsens mening om villkoret om betalning fortfarande inte är uppfyllt. Säljaren var därför gentemot föreningen skyldig att svara för avgifterna under

de månader köparen hade bott i lägenheten innan köpet hävdades på grund av att köparen inte betalade resterande delar av priset för lägenheten.

2.11 Verkan av personväxling på borgenärs- eller gäldenärssidan (inklusive negotiabilitet)

Vid överlåtelse av enkla fordringar gäller att förvärvaren inte får bättre rätt mot gäldenären än den rätt överlåtaren hade (27 § skuldebrevslagen). Detta skiljer sig på ett avgörande sätt från vad som gäller vid överlåtelser av löpande fordringar såsom innehavar- eller orderskuldebrev. För de senare gäller att en mängd invändningar utsläcks om förvärvaren i god tro kommit i besittning av handlingen. Den allmänna uppfattningen har alltsedan tillkomsten av skuldebrevslagen varit att godtrosrekvisitet ska tolkas på samma sätt som i övriga delar av förmögenhetsrätten. En av de invändningar som utsläcks är att, innan överlåtelsen skett, skuldförhållandet upphört eller förändrats genom betalning, avtal, kvittning, uppsägning eller dom. Görs därför betalning av ett delbelopp utanför en i skuldebrevet antecknad avbetalningsplan, har gäldenären rätt att kräva att anteckning görs på skuldebrevet. Den anteckningen medför ju att förvärvaren senare blir i ond tro om vilken fordring som förvärvas. Vid slutbetalning har gäldenären vidare rätt att villkora betalningen av att skuldebrevet återställs till gäldenären, just för att skydda sig mot att godtroende förvärvare kräver betalning.

Regler om förvärv av fordringar och konsekvenserna för gäldenären finns också i konsumentkreditlagen (2010:1846). Här anges på motsvarande sätt som för enkla fordringar i skuldebrevslagen att om kreditgivaren har överlåtit sina rättigheter enligt kreditavtalet, får konsumenten mot den nye kreditgivaren göra samma invändningar som han eller hon vid överlåtelsen kunde göra mot överlåtaren (28 §). Detsamma gäller vid kreditköp, där alltså köparen mot kreditgivarens krav på betalning får framställa samma invändningar på grund av köpet som han eller hon kan göra mot säljaren (29 §). Vid kreditköp får kreditgivaren inte ta emot en av köparen ingången växelförbindelse — med undantag för egna växlar utställda av banker (jfr 75–78 §§ växellagen, 1932:130) — som avser en fordran på grund av kreditköpet. Kreditgivaren får inte heller till bevis för sin fordran ta emot ett av köparen utfärdat löpande skuldebrev eller någon annan av denne ingången skuldförbindelse som är av ett sådant slag att köparens rätt att framställa invändningar på grund av köpet inskränks om skuldförbindelsen överläts eller pantsätts till en borgenär som är i god tro, dvs. inneharvarskuldebrev och orderskuldebrev (se 30 § konsumentkreditlagen). Om säljaren uppsåtligt bryter mot förbudet döms han eller hon till böter (30 § 3 st.). Har däremot, trots förbudet, en växel eller ett löpande skuldebrev upprättats och använts vid kreditköpet har lagstiftaren ansett att den löpande handlingen är giltig även mot konsumenten

(se t.ex. SOU 1972:28 s. 83 och 140, prop. 1973:138 s. 153 och 275 ff., prop. 1976/77:123 s. 173 och prop. 1991/92:83 s. 125).

Avsikten med regleringen i 29 §, liksom i de tidigare motsvarigheterna till den paragrafen, har alltså varit att den ska gälla för de enkla fordringarna, t.ex. vanliga kreditköp. För de dragna växlarnas del skulle för övrigt en annan ordning innebära en konflikt med Sveriges internationella åtaganden (1930 års Genèvekonvention om gemensam växellag). En annan ordning skulle också medföra att den som förvärvat en löpande handling inte skulle kunna lita på handlingen i sig utan skulle vara tvungen att också kontrollera det bakomliggande rättsförhållandet, något som strider mot själva grundtanken med en löpande handling.

I ”Den överlåtna fordringsstocken” NJA 2010 s. 467 ställdes problemställningen på sin spets i ett viktigt avseende. Det var och är vanligt förekommande att banker och andra finansiella företag upprättar särskilt orderskuldebrev när lån beviljas. Här hade privatpersoner lånat pengar från ett finansbolag för förvärv av en bostadsrätt och skrivit under ett orderskuldebrev som omedelbart hade överlåtits till en bank. Skuldebrevet hade sedermera slutbetalats utan en anteckning om betalning på skuldebrevet och utan att låntagarna fick tillbaka skuldebrevet. Därefter hade skuldebrevet överlåtits ett antal gånger och vid flera av dessa hade överlåtaren garanterat att kapitalbeloppet utestod obetalt. Inte vid något av dessa förvärv hade handlingar överlämnats som visade att betalningsinvändning framställdes.

HD anförde här att bank- och finansmarknaden utvecklat rutiner där anteckningar aldrig gjordes på skuldebreven vid delbetalningar och att gäldenären sällan fick tillbaka skuldebrevet efter slutbetalning. Det medförde enligt HD att ”åtminstone en förvärvare som själv tillhör den finansiella sektorn, t.ex. en bank, ett finansbolag eller ett inkassobolag, måste inse att det kan finnas uppgörelser eller förtida betalningar som inte framgår av dokumentet i den utsträckning som förutsettes vid skuldebrevslagens tillkomst. Såvida inte även gäldenären är ett finansiellt institut kan en sådan förvärvare, för att vara i god tro, numera inte nöja sig med att undersöka de bakomliggande förhållandena bara när det finns särskild anledning till det”. Det borde i stället krävas att ”gäldenären inför överlåtelsen tillfrågats och bekräftat att han inte har någon invändning mot den av överlåtaren angivna fordringen”.

Som framgår av det anförda uttalade sig HD bara om överlåtelser inom den finansiella sektorn. När löpande skuldebrev används i andra sammanhang bör sedvanliga krav för god tro kunna tillämpas och därmed bör för dessa fall inte gälla krav på särskild kontroll med gäldenären inför ett förvärv. En ordning med sådan särskild kontroll är mindre väl förenlig med regleringen i skuldebrevslagen och växellagen. Hur långt prejudikatets verkningar sträcker sig får därför anses vara osäkert.

Vid överlåtelse av enkla fordringar gäller att förvärvaren enligt huvudregeln inte kan göra ett godtrosvförvärv. Enda undantaget gäller vid dubbelöverlåtelser, där den senare förvärvaren erhåller sakrättsligt skydd om gäldenären denuntierats och förvärvaren då var i god tro (se 31 § skuldebrevslagen). Detta skiljer sig från vad som gäller vid förvärv av löpande skuldebrev, där godtrosvförvärv generellt är möjliga (se 14 §). Om en person har ett konto i bank där det finns inestående medel, har personen en fordran på banken som är att betrakta som en enkel fordran. En insättning är därför, med skuldebrevsrättens synsätt, ett fordringsförvärv. En överföring av ett belopp inom banken blir då att betrakta som en fordringsöverlåtelse. Är det flera banker inblandade kan också dessa situationer betraktas som överlåtelser av enkla fordringar.

I NJA 2009 s. 182 aktualiserades frågan om detta skuldebrevsrättsliga synsätt bör tillämpas fullt ut vid överföringar mellan banker eller om det finns fall där mottagande bank kan göra ett godtrosvförvärv. Här hade betalaren av misstag betalat ett större belopp än avsett till borgenären. Betalningen har skett genom en överföring från gäldenärens konto i en bank via borgenärens girokonto till borgenärens konto i en annan mottagande bank. Den senare banken hade en överenskommelse med borgenären, dvs. kontohavaren i den banken, om att ha rätt att från bankkontot avräkna inflytande medel mot borgenärens skulder till banken och banken hade i enlighet härmed tillgodogjort sig gäldenärens betalning inklusive det som betalats av misstag.

Enligt HD skulle gäldenären ha haft separationsrätt till det av misstag erlagda beloppet om mottagande bank inte haft en fordran på borgenären, ”åtminstone om beloppet varit avskilt från [borgenärens] övriga förmögenhet men förmodligen även i vissa andra fall”. Därför borde en person som får betalt ur sådant tillgodohavande i ond tro vara skyldig att utge misstagsbetalningen. Enligt HD var det uppenbart att en tillämpning av bestämmelserna om överlåtelse av enkla fordringar inte ger betalningsmottagare den trygghet som borde föreligga. Utan ett godtrosskydd skulle ju bl.a. leverantörer av varor annars inte kunna lita på att betalning erhållits med sakrättsligt skydd om leverantörens konto krediterats genom en banköverföring. Bestämmelserna i 3 kap. skuldebrevslagen ansågs av HD inte tillämpliga på förfoganden över banktillgodohavanden i de avseenden som berördes i avgörandet. Eftersom mottagande bank varit i god tro vid kvittningen hade gäldenären inte rätt till återbetalning av misstagsbetalningen.

Enligt 29 § konsumentkreditlagen får köparen, som anförts, vid ett kreditköp mot kreditgivarens krav på betalning framställa samma invändningar på grund av köpet som han eller hon kan göra mot säljaren (jfr artiklarna 15.2 och 15.3 i 2008 års konsumentkreditdirektiv¹¹). Vad som ska anses vara invändningar på grund av köpet har behandlats i

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/48/EG av den 23 april 2008 om konsumentkreditavtal och om upphävande av rådets direktiv 87/102/EEG.

bl.a. NJA 1986 s. 44, NJA 1986 s. 696 och NJA 1989 s. 671 (se Herre, SvJT 2005 s. 687 ff.).

Frågan om eventuell invändningsrätt bedömdes också i NJA 2014 s. 978. Här hade en resenär bokat en flygresor med anlitande av en resebyrå, en biljett ställts ut hos ett flygbolag och resan sedan inte blivit av till följd av flygbolagets konkurs. Enligt HD hade resebyrån bara agerat som förmedlare och var därför inte part i reseavtalet. Eftersom det hade varit fråga om ett kreditköp av resan och konsumentkreditlagen därför var tillämplig konstaterade HD att köparen (konsumenten) hade rätt att göra samma invändningar mot resebyrån som mot flygbolaget, däribland rätten att utöva stoppningsrätten till följd av att det fanns starka skäl att anta att flygbolaget inte skulle komma att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser (jfr 61 § KöpL).

När någon ansöker om verkställighet genom utmätning enligt regleringen i UB ska en skriftlig och undertecknad ansökan ges in. Till ansökan ska bifogas den exekutionstitel som utgör grunden för ansökan om verkställighet. Om anspråket grundas på ett löpande skuldebrev ”eller annan handling, vars företeende utgör villkor för rätt att kräva betalning eller påkalla fullgörande av annan förpliktelse” ska handlingen ges in (2 kap. 2 § andra stycket UB). Nyssnämnda handling ska ges in i huvudskrift (3 st.).

Vad som ska anses vara en sådan löpande handling i en elektronisk miljö var föremål för prövning i ”Collectors elektroniska skuldebrev” NJA 2017 s. 769. Här hade gäldenären tagit upp en kredit och elektroniskt undertecknat en handling som rubricerats ”lånehandling/skuldebrev” och som bl.a. innehöll instruktionen att betalning skulle ske till banken ”Collector eller order”. Uttrycket används i 11 § skuldebrevslagen för löpande skuldebrev, som enligt paragrafen kan ställas till innehavaren eller till viss man eller order.

HD konstaterade i målet att ett elektroniskt dokument kan uppfylla kraven i 1 § skuldebrevslagen på en ensidig, till det yttre fristående, skriftlig utfästelse att betala penningbelopp eller ett förbehållslöst skriftligt erkännande av en penningskuld. Domstolen konstaterade vidare att ”reglerna i skuldebrevslagen utgår från ett underliggande krav på att det ska finnas en möjlighet till besittning av skuldebrevshandlingen med därav följande rådighet och kontroll över fordringsförhållandet” men att utgångspunkten om ett besittningsbart och unikt pappersdokument inte kan ”anses innebära att löpande skuldebrev måste ha pappersform eller på motsvarande sätt manifesteras i ett fysiskt föremål. Lagen bör kunna tillämpas teknikneutralt, om det kan ske med upprätthållande av de skyddsändamål som reglerna i skuldebrevslagen är avsedda att fylla.” Utöver att en lag kan ange att ett visst elektroniskt dokument är löpande bör det enligt HD vara möjligt att likställa ett elektroniskt dokument med ett löpande pappersdokument genom ett avtalsarrangemang. Informationshanteringen av det elektroniska skuldebrevet måste dock vara sådan att den ger en motsvarande möjlighet

till rådighet och kontroll över fordringsinnehållet som gäller för skuldebrev i pappersform. Bland annat medför detta enligt HD att en gäldenär som erlägger betalning på informationsteknisk väg ska ställas i samma säkra position som när anteckning sker på skuldebrevet eller genom att gäldenären får tillbaka den tidigare utställda handlingen. Om detta inte åstadkommes blir det elektroniska skuldebrevet inte att betrakta som en löpande handling.

I det enskilda fallet ansågs det elektroniska dokumentet uppfylla kraven för ett skuldebrev men parterna hade inte tillämpat en lösning som säkerställde rådigheten och kontrollen över informationen om fordringsförhållandet. Den var därför inte att betrakta som en löpande handling. Det förelåg därför inget hinder mot verkställighet eftersom kravet på handling i original bara gäller för löpande handlingar.

2.12 Bundenhet i långvariga avtal, rätt att säga upp avtalet och rätt till avgångsvederlag

Långvariga avtal där syftet är att part ska få avsättning för sina produkter kan se ut på många olika sätt. Ofta ingås ett samarbetsavtal, agentavtal, återförsäljaravtal eller franchiseavtal på viss tid. Trots det kan avtalet fortsätta att tillämpas av parterna efter att tiden har gått ut. Det reser särskilda frågor. I andra fall kan avtalet gälla tills vidare. En fråga är då om part har rätt att säga upp avtalet och i så fall om det ska tillämpas en viss uppsägningstid.

Svaret är givet vid sådana agenturavtal som regleras av lagen (1991:351) om handelsagentur. Av 24 § i den lagen följer att ett agenturavtal som inte har ingåtts för viss tid får sägas upp endast med iakttagande av en viss uppsägningstid. Den är en månad under det första året av uppdragstiden och förlängs sedan med en månad för varje påbörjat år av uppdragstiden till dess att uppsägningstiden uppgår till sex månader. Motsvarande reglering ges i 33 § kommissionslagen (2009:865). För samarbeten i handelsbolagsform gäller att uppsägningstiden är sex månader (jfr 24 § lagen, 1980:1102, om handelsbolag och enkla bolag). Några motsvarande regler finns dock inte för bl.a. återförsäljaravtal. Om det ska tillämpas en uppsägningstid och i så fall hur lång denna ska vara för dessa avtal har varit föremål för prövning i några avgöranden.

I ”Malmbergsbagarn” NJA 2009 s. 672 (se avsnitt 1.3.5 och 1.9.4) uttalade HD att frånvaron av lagreglering medför att utfyllande rätt får konstrueras med stöd av lagbestämmelser rörande jämförbara avtalsförhållanden och rättspraxis samt att hänsyn då bör tas till att sådana avtal ofta är internationella. Övergripande kunde dock konstateras att huvudmannen och återförsäljaren har ett gemensamt intresse av att finna avsättning för varorna hos tredje man och att vardera parten därför kan behöva en anpassningstid vid uppsägning från den andra parten och att en återförsäljare kan behöva en viss uppsägningstid även för att få rimlig avkastning på sina investeringar åtminstone när han eller

hon saknar rätt till ersättning för sådana nerlagda kostnader. Efter en jämförelse med vad som gäller i andra länder och enligt DCFR — där det kan konstateras att detta var första gången HD nämnde Draft Common Frame of Reference — och med hänsyn till lagstiftningen på andra områden, konstaterade HD att part som säger upp ett återförsäljningsavtal bör vara skyldig att iaktta en skälig uppsägningstid om annat inte är avtalat och att vägledande ”för vad som är skälig uppsägningstid bör i huvudsak vara sådana omständigheter som nämns i IV.E.-2:302 DCFR”. Där anges att hänsyn ska tas till a) den tid kontraktsförhållandet varat, b) gjorda rimliga investeringar, c) den tid det tar att finna ett rimligt alternativ och d) handelsbruk. I det enskilda fallet kom HD fram till att skälig uppsägningstid fick anses vara tre månader. Hänsyn togs här till (1) att återförsäljaren var det väsentligt större företaget, (2) att denne inte bara sålt huvudmannens produkter, (3) att det inte var utrett i vad mån återförsäljaren hade avstått från att sälja andra konkurrerande produkter än de egna, (4) att det var oklart i vilken grad återförsäljaren övergångsvis haft onyttiga marginalkostnader men att det måste antas att bortfallet av huvudmannens produkter medfört ett visst avbräck vilket aktualiserat anskaffandet av en annan motsvarande leverantör samt (5) att huvudmannen haft viss nytta av återförsäljarens marknadsbearbetning.

Det var således ett mångfacetterat test som anvisades av HD för att avgöra frågan om hur lång den skäliga uppsägningstiden skulle vara.

HD fick anledning att återkomma till frågan i ”Traktoråterförsäljaren” NJA 2018 s. 19 (se avsnitt 1.3.5), där det angavs att det fanns ett behov av en mer konkret riktlinje för typfallen. HD konstaterade att för långvariga avtalsförhållanden på närliggande områden gäller en uppsägningstid om sex månader (se t.ex. maximitiden om sex månader i 24 § handelsagenturlagen, 33 § kommissionslagen och 2 kap. 24 § handelsbolagslagen). På motsvarande sätt gäller en sex månaders uppsägningstid enligt standardavtalet EÅ 04 när avtalet förlängts efter den första tvåårsperioden, liksom enligt fast praxis i Danmark. HD kom därför fram till att det finns ”goda skäl för att utgångspunkten vid långvariga återförsäljaravtal utan villkor om uppsägningstid bör vara att återförsäljaren vid en uppsägning från leverantören har rätt till en uppsägningstid om sex månader”, en utgångspunkt som dock kan behöva modifieras både uppåt och nedåt beroende på rådande särskilda omständigheter.

Av 28 § lagen (1991:351) om handelsagentur framgår att när agenturavtalet upphör, har agenten rätt till avgångsvederlag, om och i den mån (1) agenten har tillfört huvudmannen nya kunder eller väsentligt ökat handeln med den befintliga kundkretsen och huvudmannen kommer att ha väsentlig fördel av förändringen, och (2) avgångsvederlag är skäligt med hänsyn till samtliga omständigheter, särskilt agentens förlust av provision på avtal med de i första punkten angivna kunderna.

Enligt 39 § kommissionslagen gäller på motsvarande sätt att när ett varaktigt kommissionsavtal har upphört, har en handelskommissionär rätt till avgångsvederlag, i den mån (1) kommissionären har tillfört kommittenten nya kunder eller väsentligt ökat handeln med den befintliga kundkretsen och kommittenten kommer att ha väsentlig fördel av detta, och (2) ett avgångsvederlag är skäligt med hänsyn till omständigheterna, särskilt kommissionärens förlust av provision på avtal med de kunder som anges i (1). Någon motsvarande regel finns inte för återförsäljaravtalens del. Standardavtalspraxis är också i viss mån varierad (se "Traktoråterförsäljaren" NJA 2018 s. 19 p. 15).

HD behandlade frågan om avgångsvederlag generellt ska kunna utgå vid återförsäljaravtal i "Traktoråterförsäljaren" NJA 2018 s. 19. Efter att ha konstaterat att standardavtalsbilden för återförsäljaravtalen är splittrad och att man i Norge och Danmark har intagit en restriktiv hållning konstaterade HD att dessa omständigheter talar emot att "öppna för en generell möjlighet för återförsäljare att erhålla avgångsvederlag i analogi med handelsagenturlagen eller liknande lagstiftning" och att en analogi bara bör kunna komma i fråga "när skyddsbehovet för återförsäljaren framstår som särskilt starkt, exempelvis när återförsäljaren har haft en osjälvständig ställning". I det enskilda fallet fann HD att återförsäljaren, som bedrev handel med lantbruksmaskiner och hade affärslokaler på två orter i Sverige och hade marknadsfört och sålt ett visst traktormärke i 22 år, inte hade rätt till sådant avgångsvederlag.

Lagen om handelsagentur är tillämplig när någon i näringsverksamhet har avtalat med en annan, huvudmannen, att för dennes räkning självständigt och varaktigt verka för försäljning eller köp av varor (1 §). Av handelsagentdirektivet¹² framgår att det ska tillämpas på förhållandet mellan handelsagenter och deras huvudmän. I direktivet definieras handelsagenten som en "självständig agent med varaktig behörighet att förhandla om försäljning eller köp av varor för en annan persons räkning" (art. 1.2). Vad som ska avses med termen "varor" i lagen respektive direktivet anges inte. I den engelska versionen av direktivet används termen "goods". I förarbetena till handelsagenturlagen konstaterades att den gamla kommissionslagens reglering av handelsagenter bara gällde varor (se 65 §) och att det inte fanns skäl att utvidga tillämpningsområdet till annat än handel med varor, t.ex. olika typer av tjänster. Vad som närmare skulle anses utgöra en vara behandlades dock inte. (Se prop. 1990/91:63 s. 23).

I NJA 2008 s. 24 avsåg handelsagentavtalet jämte annat licenser till dataprogram för skatteplanering för företag. Här konstaterade HD att tidsbegränsad nyttjanderätt till ett dataprogram inte kan betraktas som en vara i lagens mening. Däremot uttalade HD (med hänvisning till bl.a. Mads Bryde Andersens artikel Handelsagentlovens användelse ved

¹² Rådets direktiv av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter (86/653/EEG).

distribution af edb-programmer, UfR 1995 B s. 169 f.) att vissa bestämmelser i lagen kan vara analogiskt tillämpliga. Reglerna blir då inte tvingande till handelsagentens förmån men avtalsbestämmelser kan komma att prövas enligt 36 § AvtL. Enligt HD låg det nära till hands att söka ledning i 28 § handelsagenturlagen beträffande handelsagentens rätt till avgångsvederlag i det föreliggande fallet. Handelsagenten tillerkändes därför sådant vederlag beräknat på visst sätt.

3 Underlåten uppfyllelse

3.1 Reklamation och andra meddelanden såsom villkor för rätt att åberopa underlåten uppfyllelse

Frågan om en part måste meddela motparten för att bibehålla en rätt att göra gällande krav mot motparten uppkommer i en mängd olika situationer. Ser man till den kontraktstyp som traditionellt bildat en av flera utgångspunkter för obligationsrätten, dvs. köpet av varor, finner man reklameringsregler i en mängd bestämmelser.

Vid säljarens dröjsmål förlorar köparen rätten att kräva att säljaren fullgör köpet, om han eller hon väntar orimligt länge med att framställa kravet. Fristen börjar här löpa när säljaren kommer i dröjsmål med leveransen. Däremot gäller ingen reklamationsskyldighet förrän varan har levererats för att köparen ska vara bevarad sin rätt att häva köpet eller kräva skadestånd. Tanken är närmast att under tiden då säljaren är i dröjsmål behöver säljaren inte den kunskapen. När däremot dröjsmålet har upphört anses säljaren ha ett intresse av att få veta om köparen avser att göra gällande påföljder och då närmast kräva skadestånd. Det krävs därför att säljaren får ett meddelande om att köparen avser att kräva skadestånd. Detta meddelande ska lämnas inom skälig tid efter att köparen fick kännedom om avlämnandet. Däremot gäller ingen skyldighet att kräva skadestånd om köparen hävt köpet, något som också måste ske inom skälig tid efter kännedom om avlämnandet. Den bakomliggande tanken är här att om köparen har hävt köpet, så får man räkna med att han eller hon också kommer att kräva skadestånd. (Se 29 § KöpL.)

Vid fel i varan finns det två skilda typer av reklamationer; neutral och särskild reklamation. Den förra ska lämnas inom skälig tid efter det att köparen märkt eller borde ha märkt felet (se 32 § 1 st.). Den har alltså en direkt koppling till den undersökningsplikt som köparen har efter det att varan har levererats. Uppfyller köparen undersökningsplikten finner han eller hon de fel som finns och som kan upptäckas vid en sådan undersökning. Reklamationen ska därefter lämnas inom skälig tid från den tidpunkten. Den neutrala reklamationen är alltså en förutsättning för att köparen alls ska vara bevarad rätten att göra gällande påföljder vid fel.

En grundtanke med regleringen är att säljaren har ett befogat intresse av att få denna information och att detta intresse är så grundläggande att en köpare som inte uppfyller informationsplikten förlorar

sina rättigheter att göra gällande felpåföljder. Därför finns det också ett undantag för fall där säljaren har handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder (33 §). I dessa fall har säljaren inte något berättigat intresse av information.

Utöver den neutrala reklamationen finns också särskilda regler om att köparen måste avge en särskild reklamation för att vara bevarad rätten att göra gällande en viss påföljd. För rätten att kräva avhjälpande eller omleverans krävs exempelvis att köparen kräver avhjälpande eller omleverans i samband med att han eller hon avger den neutrala reklamationen eller inom skälig tid därefter (35 §). Också här finns det ett undantag för fall där säljaren agerat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. För rätten att häva köpet krävs än vidare att köparen inom skälig tid efter det att han eller hon märkt eller borde ha märkt felet, eller efter den tid för avhjälpande eller omleverans som kan följa av 37 §, meddelar säljaren att han eller hon häver köpet (39 § andra stycket). Liksom enligt 35 § gäller här att något meddelande inte behöver lämnas om säljaren agerat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. Däremot krävs inget meddelande om krav på skadestånd inom viss tid enligt köplagens uttryckliga regler.

Motsvarande system av reklameringsregler finns för köparens avtalsbrott. Liksom vid säljarens dröjsmål gäller vid köparens dröjsmål med betalning och med att medverka till köpet att rätten att kräva fullgörelse går förlorad om säljaren väntar orimligt länge med kravet (52 § tredje stycket och 53 § tredje stycket). Vid betalningsdröjsmål och dröjsmål med att hämta eller ta emot varan måste säljaren för att ha rätt att häva köpet meddela köparen att han eller hon häver innan fullgörelse har skett. När väl fullgörelsen skett saknas alltså rätt att häva köpet vid dessa avtalsbrott (59 § första stycket). När det däremot gäller köparens brott mot medverkansförpliktelsen tillämpas samma reglering som vid säljarens dröjsmål, dvs. det krävs krav på skadestånd eller hävning inom skälig tid efter att säljaren fullgjort men det behövs inget särskilt krav på skadestånd om säljaren hävt köpet (59 § andra stycket).

I andra lagar finns det liknande eller direkt motsvarande regler för de avtalsbrott och de påföljder som aktualiseras. Som framgår är det dock tydligt att det inte går att tala om *en* reklameringsplikt eller *en* regel om reklamation. Tvärtom är redan köplagens system mångfacetterat. Detta medför att det krävs en analys av en aktuell situation där det inte är fråga om en direkt lagreglerad avtalsform för att kunna utvärdera om det finns en reklameringsplikt och i så fall hur den ser ut. Härtill kommer att det kan finnas andra situationer, exempelvis allmänna normer om passivitet som aktualiseras och där det också kan tänkas krävas ett meddelande från ena parten till den andra inom viss tid för att olika rättigheter ska vara bevarade.

Liksom KöpL innehåller 4 kap. JB regler om neutral reklamation för rätten att göra gällande påföljder på grund av fel i fastigheten. Det anges i 19 a § att köparen inte får åberopa att fastigheten är felaktig

”om han inte lämnar säljaren meddelande om felet inom skälig tid efter det att han märkt eller borde ha märkt felet (reklamation)”. Enligt 4 kap. 19 a § andra stycket JB gäller, på samma sätt som enligt 33 § KöpL, att köparen trots utebliven reklamation får åberopa att fastigheten är felaktig, om säljaren har handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. Regleringen i 19 a § är tillämplig såväl för kommersiella köp som för konsumentköp av fastigheter.

Partsförhållandet kan påverka vad som ska betraktas som ”skälig tid”, något som framgår av NJA 2008 s. 1158. Här hade två privatpersoner köpt en fastighet av två andra privatpersoner. Reklamationen hade skett 4,5 månader efter köparnas faktiska vetskap om felet i fastigheten. Trots denna tidsutdräkt ansågs reklamationen ha skett inom skälig tid.

Enligt HD fick det godtas att en köpare efter faktisk vetskap ”anlitade ytterligare tekniskt biträde för att bedöma felen”. Det var vidare ”rimligt att köparna, som före köpet hade låtit utföra en överlåtelsebesiktning, gjorde vissa undersökningar av möjligheterna att göra felen gällande mot besiktningsmannen” innan någon reklamation skedde. Än vidare beaktades som berättigad grund för den långa perioden att det på grund av semester hade tagit något längre tid att få svar från besiktningsföretaget än det annars skulle ha gjort och än vad som annars skulle ha varit befogat. Härtill kom enligt HD att en sådan längre reklamationstid inte kunde anses påtagligt försvåra säljarens situation. Skälen härtill var bl.a. att säljaren inte har en rätt eller en skyldighet att avhjälpa felet och att 4 kap. JB inte föreskriver en undersökningsplikt för köparen efter köpet. Det senare innebär att säljaren inte kan bortse från att han eller hon fram till dess att den tioåriga preskriptionstiden har inträtt kan utsättas för krav på grund av fel i fastigheten. Detta skiljer sig alltså från vad som gäller enligt KöpL (31 §). Det bör också observeras att HD på flera sätt beaktade att det var fråga om privatpersoner på köparsidan. Bl.a. hänvisade HD till den för konsumentköp — som det alltså inte var fråga om i det aktuella fallet — särskilda regeln i 23 § KKöpL om att reklamation inom två månader från det att konsumenten märkt felet ska anses ha skett i tid och nämnde att det för en privatperson kan vara svårare vid köp av fastighet än vid köp av lös egendom att bedöma om det föreligger ett fel.

Också vid rättsliga fel måste köparen reklamera för att vara förbehållen rätten att göra felpåföljder gällande. I 4 kap. 19 a § JB anges således att reklamation även när det är fråga om fel enligt 4 kap. 17 § ska lämnas inom skälig tid efter det att köparen märkt eller borde ha märkt felet.

I NJA 2012 s. 1021 angav HD att det kunde antas att startpunkten för reklamationsfristen ”varierar alltefter typ av belastning och hur öppet rättigheten utövas”. HD gjorde här en jämförelse med 41 § KöpL om rättsliga fel och motsvarigheten i artikel 43 CISG, där påföljder kan göras gällande om det finns sannolika skäl för påståendet från tredje man om att det finns en rättslig belastning. Eftersom säljaren hade samma

intresse vid fastighetsköp som vid köp av lös egendom om att kunna överta ansvaret för att avlägsna belastningen och begränsa verkningarna av felet borde enligt HD "den avgörande tidpunkten för reklamationens början vara när ett krav från tredje man med anledning av ett rättsligt fel kan anses vara grundat på sannolika skäl". Det är alltså inte nödvändigt att belastningen fastställs genom dom.

I "Lokalarean" NJA 2016 s. 237 prövades om en neutral reklamation vid köp reglerat av KöpL hade skett i tid. Köparen hade här tillträtt en bostadsrätt nästan ett år innan reklamation skedde. Den egenskap hos köpeföremålet som var felaktig var att bostadsrättens area var mindre än vad som avtalats. Eftersom arean hade utgjort en central egenskap för köparen och hade stor betydelse för flera arbetsmoment som ingick i bolagets ombyggnadsprojekt fann HD att köparen borde ha märkt felet och reklamerat betydligt tidigare än som skett.

I målet gjorde HD ett antal principiella uttalanden rörande reklamationsskyldigheten för fel efter avlämnandet. HD angav bl.a. att undersökningen efter avlämnandet fyller funktionen att tillsammans med kravet på köparens reklamation göra det möjligt för säljaren att snabbt få veta om det kommer att föras fram några anspråk från köparen, vilket i sin tur medför att säljaren kan överväga om några åtgärder behöver vidtas och överblicka situationen.

Beträffande kravet på skälig tid uttalades att fristen är beroende av förhållandena i det enskilda fallet, där bedömningen som regel ska vara förhållandevis sträng om köparen är en näringsidkare och då särskilt om köpet har samband med den ordinarie näringsverksamheten. Det krävs då enligt HD, som här hänvisar till NJA 1982 s. 301 (se Herre, SvJT 2005 s. 707), att köparen lämnar meddelandet inom kort tid. För sådana fall krävs att köparen ska underrätta säljaren inom någon dag eller några dagar efter det att felet har observerats (jfr prop. 1988/89:76 s. 124). Regleringen bygger här på "tanken att det normalt inte finns någon egentlig anledning för köparen att vänta med reklamationen". Det kan dock finnas skäl att ta hänsyn till att köparen "kan behöva överväga om det som har kommit fram vid en undersökning verkligen utgör ett fel som kan åberopas gentemot säljaren".

För återförsäljaravtalen kunde man tänka sig att i första hand överväga en analogi från de närliggande handelsagentavtalen. I 34 § i lagen om handelsagentur anges att den som vill kräva skadestånd ska "meddela den andre detta utan oskäligt uppehåll efter det att han fick eller borde ha fått kännedom om de omständigheter som ligger till grund för kravet" och att en underlåtenhet att lämna sådant meddelande medför att parten förlorar rätten till skadestånd "utom i fall när den andre har handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder". Bestämmelsen är tillämplig vid alla avtalsbrott från huvudmannens sida och således även när en part felaktigt säger upp eller häver avtalet och därmed gör sig skyldig till avtalsbrott. I "Jehandens grus" NJA 2007

s. 909 kom HD dock fram till att bestämmelsen inte utgjorde en lämplig regel för en analogi eftersom regeln i första hand är ”avsedd som en reglering för ett löpande förhållande och inte avpassad för en situation då avtalet har hävts”. Därefter konstaterade HD att den princip som angivits i ”Lastbilsleasingen” NJA 1992 s. 728 (se Herre, SvJT 2005 s. 720 f.) — dvs. där HD funnit att avtalet var hävt utan att en uttrycklig hävningsförklaring hade avgivits och där HD i och för sig ansåg att det fanns ett krav på reklamation men där det fick godtas att den skadelidande väntade med att klargöra sin ståndpunkt intill dess det ekonomiska resultatet av situationen närmare gick att överblicka — inte utan vidare kunde anses tillämplig när en hävningsförklaring mötts med en neutral reklamation inom skälig tid från mottagandet av förklaringen. En sådan neutral reklamation där det klart framgick att uppsägningen inte accepterades fick anses utgöra en tillräcklig varning till motparten om att ett skadeståndsanspråk kunde komma att följa och det krävdes därför inte ett meddelande med krav på skadestånd. HD uttalade dock att en ”skyldighet för en part, som i ett avtalsförhållande påstår sig ha blivit utsatt för kontraktsbrott, att inom viss kortare tid framföra att påföljden skadestånd kommer att göras gällande skulle kunna motiveras med att den kontraktsbrytande parten skall få reda på att anspråk kan komma att ställas på honom, så att han får möjlighet att inrätta sig efter detta”.

Motsvarigheten till de momentana avtalens, t.ex. köpens, hävning på grund av avtalsbrott är för många långvariga avtal att part ges rätt att säga upp avtalet, ofta med omedelbar verkan (se t.ex. 26 § lagen om handelsagentur och 35 § kommissionslagen). Motsvarigheten vid hyra av hus eller delar av hus, t.ex. bostadslägenhet (jfr 12 kap. 1 § JB) är förverkande av hyresrätten och uppsägning av avtalet att upphöra i förtid (12 kap. 42 §). En sådan grund för förverkande och uppsägning i förtid är att lägenheten vanvårdas eller att bl.a. hyresgästen åsidosätter något av det som ska iakttas enligt 25 § vid användning av lägenheten eller inte håller den tillsyn som krävs. I dessa fall kan hyresgästen undvika förverkande genom att vidta rättelse utan dröjsmål efter tillsägelse (12 kap. 42 § första stycket 9). Vid allvarlig störning får förverkande och uppsägning ske vid överträdelse av punkt 9 även om tillsägelse om rättelse inte har gjorts och någon underrättelse vid bostadslägenhet till socialnämnden behöver inte ske (fjärde stycket i samma paragraf).

I NJA 2008 s. 243 hade en hyresgäst misshandlat en annan hyresgäst. Agerandet ansågs utgöra en sådan allvarlig störning som regleras i 12 kap. 42 § JB. HD fastställde hovrättens dom som i sin tur fastställt tingsrättens dom. Uppsägning av hyresgästen hade inte skett förrän det efter 2,5 år hade meddelats en lagakraftvunnen dom i hovrätten där det konstaterats att hyresgästen gjort sig skyldig till misshandel. Någon uppmaning om rättelse hade inte lämnats under mellantiden. En fråga i målet var om uppsägningen hade skett för sent. Tingsrätten konstaterade att regleringen inte innehåller några generella bestämmelser om

inom vilken tid en uppsägning ska ske men att vissa situationer, dock inte den föreliggande, är reglerade med angivna tidsfrister (se 12 kap. 42 § första stycket 5 och 8 samt 43 § andra st.). Tingsrätten uttalade vidare att även om lagreglering saknas för det nu aktuella fallet kan det inte anses att hyresvärden får dröja med uppsägningen hur länge som helst och gjorde en jämförelse med 7 § tredje stycket LAS där uppsägning inte får grundas enbart på omständigheter som arbetsgivaren har känt till mer än två månader före lämnad underrättelse eller inom två månader före lämnad uppsägning. Här finns ett undantag för synnerliga skäl och den bestämmelsen har tolkats så, att arbetsgivaren har rätt att invänta en dom som fått laga kraft. Tingsrätten, och därmed HD, kom därför fram till att hyresvärden genom att invänta den lagakraftvunna domen inte hade sagt upp avtalet för sent.

I ett tillägg för egen del utvecklade justitierådet Lindskog sin syn bl.a. på om det inte enligt allmänna rättsprinciper borde följa en generell skyldighet att underrätta inom skälig tid. Enligt Lindskog talade särskilt det sofistikerade regelsystemet i 12 kap. JB mot att komplettera regleringen med en generell reklamationsplikt utan stöd i lag men konstaterade samtidigt att det borde finnas ett visst utrymme för att falla tillbaka på allmänna rättsgrundsatser.

Utänför det lagreglerade området har HD i flera fall prövat om det finns en allmän princip om skyldighet att reklamera i vissa situationer. I ”Jehanders grus” NJA 2007 s. 909 hade en huvudman felaktigt sagt upp ett ensamåterförsäljaravtal i förtid och därmed gjort sig skyldig till ett kontraktsbrott. Återförsäljaravtal tillhör de avtalstyper som inte har lagreglerats. HD prövade i målet först om huvudmannen hade agerat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder (jfr vad som sagts ovan om exempelvis 33, 35 och 39 §§ KöpL). Det konstaterades till en början att eftersom ett sådant agerande inte kunde läggas huvudmannen till last hade en ”eventuell skyldighet att inom viss tidsfrist framställa skadeståndsanspråk” inte fallit bort på den grunden. HD uttalade sedan, med hänvisning till viss doktrin och rättspraxis, att det av ”allmänna kontraktsrättsliga principer i kommersiella förhållanden får anses följa att en avtalspart som vill göra gällande påföljder på grund av avtalsbrott inte kan förhålla sig passiv” och att de ”lagfästa bestämmelser om reklamation som finns för olika avtalsförhållanden kan ses som ett uttryck för en sådan princip”.

Frågan utvecklades vidare i ”Flyget till Antalya” NJA 2018 s. 127, som rörde en eventuell skyldighet att reklamera vid för sent utförd prestation och närmare bestämt frågan om en flygpassagerare som enligt EU:s flygpassagerarförordning hade rätt till ersättning för flygförsening måste meddela lufttrafikföretaget med återopande av förseningen inom viss tid för att vara ersättningsberättigad. Någon uttrycklig regel med ett sådant innehåll finns inte i förordningen.

HD uttalade här, efter en genomgång av betydande delar av den obligationsrättsliga lagstiftningen, att det genomgående krävs ”att den

icke-kontraktsbrytande (berättigade) parten vid ett konstaterat avtalsbrott i allmänhet, och vid en för sent utförd prestation i synnerhet, meddelar motparten på ett sådant sätt att denne förstår att parten förbehåller sig rätten att göra gällande påföljder på grund av avtalsbrottet” och att det vidare följer av ”förarbetsuttalanden till ett antal av de nu angivna lagarna att det vid dröjsmål särskilt är avvecklingsintresset som motiverat meddelandeskyldigheten. Ett sådant intresse gör sig typiskt sett gällande för motsvarande situationer på hela det kontraktsrättsliga området. Detta talar i sig starkt för att det normalt får anses föreligga en allmän skyldighet på detta område att inom viss tid meddela den kontraktsbrytande parten om ett krav på ersättning efter att prestationen har utförts för sent.” HD konstaterade vidare att också rättspraxis avseende skilda delar av det obligationsrättsliga området talade ”för en reklamationskyldighet vid dröjsmål vid risk av förlust av rätten att kräva bl.a. skadestånd (preklusion)”. Detta ansågs gälla även för det transporträttsliga området, där lagstiftaren ”typiskt sett har valt att föreskriva en reklamationskyldighet med preklusionsverkan för de fall där frågan om transportörens dröjsmål med befördran regleras”.

Mot bakgrund av dessa generella uttalanden ansågs passageraren, utan hinder av unionsrättens krav på likvärdighet och effektivitet, ha en reklamationskyldighet vid försenad flygning vid risk av att annars förlora rätten att kräva ersättning enligt artikel 7 i förordningen. Reklamation, som bara behövde vara neutral, skulle därför ske inom skälig tid som dock i vart fall inte kunde understiga två månader.

Frågan om meddelandeskyldighet och eventuell passivitetsverkan har också behandlats i ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203, ”Skogssällskapet” NJA 2017 s. 1195 och ”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171. I ”Kravmjölken” NJA 2017 s. 203 hade en köpare felaktigt, dvs. utan fog, hävt ett avtal om tilläggsersättning eftersom man menade att säljarna inte längre uppfyllde kraven för sådan ersättning. Säljarna hade fått vetskap om den obefogade hävningen senast i slutet av januari 2004 men levererat samma slags vara utan tilläggsersättning under hela tiden t.o.m. oktober 2004. Säljarna meddelade först i november 2013 att de inte accepterade hävningen och att de krävde betalning av tilläggsersättning för de leveranser som skett efter köparens felaktiga hävning intill dess leveranserna upphörde.

HD konstaterade här att en part vid ett köp har rätt att vid en obefogad hävning från motparten hålla fast vid köpet och kräva fullgörelse utan någon särskild reklamationsplikt, för säljarens del enligt 52 § KöpL. Enligt HD förutsätter vidare många avtal en lojal samverkan mellan parterna under avtalstiden, vilket bl.a. innebär att parterna har en skyldighet att i vissa för avtalet väsentliga delar lämna varandra upplysningar eller klargöra sin uppfattning i olika avseenden och det även i situationer när en part gjort sig skyldig till avtalsbrott.

Med hänvisning till "Jehandens grus" NJA 2007 s. 909 uttalade HD också att det av "allmänna kontraktsrättsliga principer följer att en avtalspart som vill göra gällande påföljder på grund av avtalsbrott, t.ex. skadestånd, inte kan förhålla sig passiv". En plikt att meddela motparten att ett anspråk görs gällande finns vid fullgörelse av ett avtalsåtagande, "t.ex. när en part vet att den andra parten inrättar sig på visst sätt i förlitan på en rättslig bedömning som är felaktig, när en part har gett motparten intrycket att han har eftergivit sin rätt eller när en part under mycket lång tid underlåtit att göra sin rätt gällande" (jfr här "Restaurang Pelé" NJA 2002 s. 630, se Herre, SvJT 2005 s. 712).

I det enskilda fallet fann HD att säljarna fortsatt att leverera varan efter den felaktiga hävningen, att säljarna måste ha insett att köparen ansåg att tilläggsöverenskommelsen upphört att gälla och att det därför hade ålegat säljarna att meddela köparen att de inte accepterade hävningen och att de ansåg sig fortfarande ha rätt till tilläggsersättning. Eftersom något sådant meddelande inte hade getts saknade säljarna rätt till tilläggsersättningen. Det bör noteras att HD inte angav uttryckligen vid vilken tidpunkt som säljarna senast borde ha meddelat köparen om detta.

Eventuell passivitetsverkan var också föremål för prövning i "Skogsällskapet" NJA 2017 s. 1195, där målet gällde om en fastighetsköpare hade förlorat rätten att göra gällande felpåföljder genom att inte underrätta säljaren om felet i ett fall där säljaren hade handlat i strid mot tro och heder. Som angivits (se inledningen till detta avsnitt och om NJA 2008 s. 1158 i det föregående) följer av 4 kap. 19 a § JB att köparen utan hinder av kravet på reklamation får åberopa att fastigheten är felaktig, om säljaren har handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. Det innebär att en illojal säljare inte ska kunna åberopa en försen reklamation. Samtidigt anges i lagförarbetena att detta "innebär dock inte att köparen kan dröja i obegränsad tid med att lämna meddelande om felet efter det att han märkt det" och att en "sådan passivitet kan enligt allmänna principer medföra förlust av rätten att åberopa felet" (se prop. 1989/90:77 s. 64). Liknande uttalanden har gjorts i förarbetena till KöpL, KKöpL och lagen om handelsagentur rörande 33 § KöpL, 24 § KKöpL respektive 34 § handelsagenturlagen (se NU 1984:5 s. 276, prop. 1988/89:76 s. 125, prop. 1989/90:89 s. 116 och prop. 1990/91:63 s. 132).

Beträffande frågan när en köpare som har vetskap om ett fel har en skyldighet av lojalitets skull att meddela motparten och vid underlåtenhet bör drabbas av passivitetsverkan angav HD ett antal aspekter som ska beaktas. Den övergripande frågan är enligt HD i 2017 års avgörande om en underrättelse med hänsyn till omständigheterna framstår som näraliggande och naturlig. Vid bedömning av den frågan bör hänsyn tas till bl.a. (1) arten och graden av illojalitet på säljarens, (2) säljarens befogade intresse av att bli informerad, särskilt om felet är sådant

att säljaren skulle kunna åtgärda felet eller minska dess negativa verkningar för köparen samt (3) i vad mån köparen genom sin passivitet skulle kunna spekulera på säljarens bekostnad i t.ex. prisförändringar. Hur lång tid köparen ska ha på sig går enligt HD inte att ange generellt men köparen bör ”ha en väl tilltagen tid på sig att överväga sin situation efter vetskap om felet” och passivitetsverkan bör inte inträda ”förrän säljaren har haft en beaktansvärd nackdel av köparens passivitet”.

Beträffande verkan av nu aktuellt slags passivitet — som alltså skiljer sig från den passivitet som uppkommer genom att part inte reklamerar på sätt som angetts i det föregående — angav HD att verkan inte nödvändigtvis bör vara förlust av rätten att göra gällande påföljder generellt. Många andra alternativ föreligger och det avgörande bör vara vad som motiverar lojalitetskravet som manifesteras i en meddelandeskyldighet och den och omfattningen av den nackdel som köparen kan ”ha haft av köparens passivitet”. Man kan därför tänka sig förlust av avhjälpanderätten och hävningsrätten men inte skadeståndsskyldigheten eller att endast rätten till skadestånd reduceras till vad som svarar mot skadan av att säljaren inte fått meddelandet. Det är alltså en komplex prövning som skisseras av HD, där det beträffande vissa av faktorerna är svårt att på förhand dra slutsatser när det uppkommer en sådan passivitetsverkan och vilka effekter den för med sig i så fall.

Frågan om part ska drabbas av sin passivitet har också prövats i ”Leksaksaffären i Vimmerby” NJA 2018 s. 171, där de faktiska omständigheterna var tämligen komplicerade. Här hade en hyresvärd och en hyresgäst avtalat om att viss omsättningshyra skulle utgå. Hyresgästens verksamhet hade sedermera övergått till en ny hyresgäst som dock inte fick del av det skriftliga hyresavtalet vid övertagandet. Någon omsättningshyra hade inte betalats från den nya hyresgästens övertagande år 2002 fram till och med 2011. Inte heller den tidigare hyresgästen hade betalat sådan hyra under perioden 1997–2002. Ingen av hyresgästerna hade heller lämnat uppgifter till hyresvärden om den omsättning som skulle läggas till grund för beräkning av omsättningshyran. Hyresvärden krävde dock 2013 omsättningshyra för perioden 2003–2012.

HD prövade till en början om avtalet om omsättningshyra hade avtalats bort. Principiellt uttalades här att för att ”en parts passivitet ska få den följd att ett befintligt avtal anses ändrat måste passiviteten typiskt sett kunna ges verkan som en viljeförklaring” och att för ”att passiviteten ska kunna uppfattas som en bindande viljeförklaring krävs som huvudregel att den passiva avtalsparten har varit medveten om att avtalstillämpningen avviker från vad som ursprungligen avtalats”. I det enskilda fallet konstaterades att hyresvärden inte känt till att denne underlåtit att kräva också omsättningshyra och således om den avvikande avtalstillämpningen och att därför hyresgästens underlåtenhet att betala sådan hyra inte kunde medföra avtalsverkan på grund av passivitet.

HD prövade också frågan om eventuell passivitetsverkan för förfluten tid. Det konstaterades här att en parts passivitet kan innebära förlust av rättigheter för förfluten tid exempelvis vid generös avtalsstillämning (jfr NJA 1939 s. 579 och NJA 1965 s. 427, se Rodhe, SvJT 1968 s. 185) och att det kan vara av betydelse om motparten med fog uppfattat agerandet som ett avstående av rättigheterna för förfluten tid (jfr "Nilcons tele-abonnemang" NJA 1973 s. 315, se Rodhe, SvJT 1979 s. 612, och "Mjölby–Svartådalens elleveranser" NJA 1991 s. 3, se Herre, SvJT 2005 s. 591). I det enskilda fallet kom HD fram till att det hade ålegat hyresvärden — som underlåtit att debitera omsättningshyra under fem år med den tidigare hyresgästen — att klargöra avtalsläget för den nya hyresgästen. Det beaktades också att underlåtenheten hade pågått under mycket lång tid. Sammantaget ansågs hyresvärden närmare att bära risken för följderna av passiviteten.

Vid vissa avtalstyper, särskilt försäkringsavtal, gäller ofta att ett åtagande från naturagäldenären/försäkringsgivaren för en ny period gäller endast om betalning har skett för perioden. De villkor som används varierar i viss utsträckning. Vissa gränser för avtalen sätts för försäkringsavtalens del av reglerna i försäkringsavtalslagen. För företagsförsäkring gäller enligt 8 kap. 17 § att om premien inte betalas i rätt tid enligt avtalet, får försäkringsbolaget säga upp försäkringen, om inte dröjsmålet är av ringa betydelse. Dock gäller att vid dröjsmål att betala premie för en senare premieperiod än den första, upphör försäkringen att gälla först sju dagar efter det att försäkringsbolaget har avsänt en påminnelse om premiens förfallodag till försäkringstagaren.

NJA 2015 s. 365 gällde frågan enligt vilka förutsättningar ett försäkringsbolags ansvar kan upphöra under viss tid vid dröjsmål med betalning av premien (s.k. suspension). I avtalet hade angivits att premien för förnyad försäkring skulle betalas senast på försäkringens begynnelse, dock inte tidigare än 14 dagar efter det att försäkringsgivaren hade skickat ut premiefaktura. Villkoren föreskrev också att försäkringen skulle förnyas även om premien betalades senare, dock med viss yttersta gräns i tid, samt att ansvarighet inträdde först dagen efter betalningen. Frågan i målet var närmast om det för att en suspensionsklausul ska kunna åberopas krävs att försäkringsgivaren dessförinnan har skickat en påminnelse om premiens förfallodag till försäkringstagaren och alltså om man för suspensionsfallen skulle tillämpa samma regel som uttryckligen gäller för uppsägningsrätten enligt 8 kap. 17 § första stycket tredje meningen.

Enligt HD borde den regeln tillämpas så att det krävs att "försäkringsgivaren, för att kunna göra gällande att ansvaret har upphört på grund av utebliven premiebetalning, minst sju dagar i förväg har avsänt en påminnelse till försäkringstagaren om premiens förfallodag. En sådan påminnelse kan sändas innan en premieperiod löpt ut och förutsätter således inte att ett dröjsmål med premiebetalningen redan har skett." Eftersom försäkringsgivaren en tid före periodens slut hade skickat ut

en faktura med en påminnelse om att betala premien hade ansvaret suspenderats med verkan från den förra periodens slut.

4 Påföljder

4.1 Rätt att hålla inne egen prestation

4.1.1 Retentionsrätt

Frågor om retentionsrätt och betydelsen av en sådan rätt kan uppkomma i vitt skilda situationer. I ”Saga 27” NJA 2008 s. 282 hade en persons båt stulits i en småbåtshamn, ägaren blivit kompenserad av sitt försäkringsbolag och båten därefter tagits i beslag från personer som i och för sig ostridigt gjort ett godtrosvärv av båten. Enligt 3 § godtrosvärvslagen (1986:796) följer att ägaren har vindikationsrätt till egendom som stulits.

En fråga i målet var om godtrosvärvarna hade rätt till ersättning för nedlagda kostnader på den beslagtagna egendomen och om de till följd av dessa kostnader hade retentionsrätt i båten. HD uttalade här principiellt att när kostnader avser åtgärder som kommer ägaren till godo ”finns inte skäl att avvika från allmänna principer om retentionsrätt för ersättning för nödiga och nyttiga kostnader vid återbäring av egendom som tillkommer annan. Besittaren har således i princip alltid rätt till ersättning för nödiga kostnader och, om han var i god tro, även för nyttiga kostnader”. HD hänvisade här till t.ex. 5 kap. 1 § JB, 12 § lagen (2005:130) om dödförklaring, 4 kap. 15 § konkurslagen samt NJA 1936 s. 650 och ”Philipsons retentionsrätt” NJA 1987 s. 312 (se Herre, SvJT 2005 s. 714). Det fanns inte heller enligt HD skäl att frångå den principen när målsägandens anspråk prövas interimistiskt enligt 27 kap. 4 a § RB (som ger undersökningsledaren eller åklagaren rätt att under vissa närmare angivna villkor besluta om att föremålet ska lämnas ut till målsäganden redan innan åtal har väckts).

Den principiella synen bekräftades sedan i ”Likvidators retentionsrätt” NJA 2019 s. 259. HD uttalade här att det är en allmän princip ”att den som har annans egendom i sin besittning och som har haft nödvändig kostnad för vård av egendomen eller annars i god tro lagt ned en nyttig kostnad på den har retentionsrätt i egendomen för sin kostnad”. HD hänvisade här till nyss behandlade ”Saga 27” NJA 2008 s. 282 och ”Philipsons retentionsrätt” NJA 1987 s. 312. Enligt HD är det vidare ”en grundläggande förutsättning för retentionsrätt av detta slag ... att det föreligger ett funktionellt samband mellan borgenärens fordran och den egendom i vilken säkerhetsrätten görs gällande (konnexitet)”. Det påpekades dock samtidigt — med hänvisning till ”Takt & Ton” NJA 1981 s. 1050, ”Redovisningstjänst” NJA 1982 s. 404, och ”Driftsbyrån” NJA 1985 s. 29 (se Herre, SvJT 2005 s. 713 ff.) — att retentionsrätten kan vara begränsad i olika avseenden. Detta exemplifierades med att det inte finns en sådan rätt i räkenskapsmaterial som tagits emot. Det påpekades också att möjligheterna för en syssloman att åberopa retentionsrätt torde vara beroende av uppdragets art. Detta uttalande torde

också gälla utanför sfären av sysslomän. Uppdragets art kan alltså ha betydelse för om retentionsrätt ska anses föreligga. Beträffande sysslomän är det exempelvis med HD:s ord ”mindre naturligt att tillerkänna den som är integrerad i huvudmannens organisation ... retentionsrätt i bolagets förmögenhetsmassa”.

I det enskilda fallet, som gällde frågan om en likvidators eventuella retentionsrätt, fann HD att de allmänna principerna om retentionsrätt bara grundade en retentionsrätt i bankmedel för den del av likvidatorns ersättning som hänför sig till förvaltningen av medlen. Trots avsaknaden av lagreglering kom HD fram till att likvidatorn — sedan det konstaterats finnas ett utrymme för en mer försiktig utvidgning enligt de principer som gäller för kommission genom utveckling i rättstillämpningen — skulle tillerkännas en säkerhetsrätt i den juridiska personens bankmedel för sitt samlade anspråk med anledning av uppdraget.

Vid köp reglerat av KöpL har en part rätt att ställa in fullgörelsen och hålla inne sin egen prestation om det efter köpet visar sig att en parts handlingssätt eller ekonomiska förhållanden är sådana, att det finns starka skäl att anta att han eller hon inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser. En motsvarande rätt finns i artikel 71 CISG. Däremot saknas en motsvarande reglering t.ex. i KKöpL. I NJA 2014 s. 978 uttalade HD att den i KöpL reglerade stoppningsrätten ”tillagts betydelse inom hela kontraktsrätten då den anses ge uttryck för allmänna principer om befogenheter vid befarat avtalsbrott”. HD hänvisade här till NJA 1986 s. 136, där domstolen för ett avtal om upplåtelse av avverkningsrätt uttalade att de grundsatser rörande stoppningsrätt som kom till uttryck i 39–41 §§i 1905 års köplag (61–63 §§ nu gällande KöpL) var tillämpliga. I 2014 års avgörande anförde HD att det därför saknas anledning att göra annan bedömning för ett avtal om köp av en resa med flyg.

4.1.2 Detentionsrätt

I NJA 2011 s. 600 (se även avsnitt 1.2.1.2, 1.9.1, och 4.5.1) hade en person genomgått en tandvårdsbehandling som inte varit framgångsrik och parterna var därför eniga om att behandlingen behövde göras om. Vårdgivaren, Karolinska institutet som del av den offentliga vården, hade därför remitterat personen till en specialisttandläkare. Vårdgivaren krävde dock att personen först skulle betala hela beloppet för den ursprungliga behandlingen. HD anförde här inledningsvis att vårdgivaren fick anses bedriva näringsverksamhet och att patienten var att betrakta som en konsument. Reglerna i exempelvis konsumenttjänstlagen hade därför varit tillämpliga om lagen också hade omfattat behandling av person. Vidare uttalade HD att även om ”konsumenttjänstlagen inte är tillämplig, kan den i vissa avseenden tjäna till vägledning för bedömning av parternas rättigheter och skyldigheter. Denna funktion kan lagen ha också för tandvårdstjänster, i vart fall när

den bygger på vad som kan antas ge uttryck för allmänna obligationsrättsliga principer tillämpliga inom tjänsteområdet.”

I 41 § KTjL stadgas att om inte annat följer av avtalet, är konsumenten skyldig att betala vid anfordran sedan näringsidkaren har utfört tjänsten. Den regeln ansågs ge uttryck för en allmän princip som gäller vid tjänsteprestationer. Huvudregeln vid tandvårdstjänster fick därför anses vara att betalningsskyldighet uppkommer först när tjänsten har utförts av näringsidkaren. I ett fall där näringsidkaren har åtagit sig att göra om behandlingen finns det enligt HD skäl att tillämpa de principer för betalningsskyldighet som gäller när tjänsten ännu inte har utförts eftersom den uppdragsgivande konsumenten vid en sådan överenskommelse har samma intresse av att inte behöva betala förrän uppdragstagaren utfört tjänsten som uppdragsgivaren har vid ett ursprungligt avtal om utförande av en tjänst. Med den slutsatsen behövde HD inte pröva frågan om konsumenten skulle anses ha haft rätt att hålla inne betalningen till följd av att behandlingen varit felaktig.

4.2 Naturaluppfyllelse (fullgörelse, avhjälpande, omleverans)

Vid fastighetsköp gäller enligt 4 kap. 1 § JB ett formkrav. Köp av fast egendom ingås genom upprättande av en köpehandling som skrivs under av säljaren och köparen. Handlingen ska innehålla en uppgift om köpeskilling och förklaring av säljaren att egendomen överläts till köparen. Om köpet inte uppfyller dessa krav är köpet ogiltigt. Detta betyder också att ett löfte om att i framtiden köpa eller sälja en fastighet inte är bindande (jfr t.ex. NJA 1923 s. 316, NJA 1929 s. 225, NJA 1932 s. 290, NJA 1940 s. 112, NJA 1941 s. 689, NJA 1947 s. 220, NJA 1977 s. 509, NJA 1981 s. 897, NJA 1984 s. 673, NJA 1987 s. 726, NJA 1990 s. 18, NJA 1992 s. 66 och ”Överförmyndaren” NJA 2012 s. 1095). Sådana avtal anses lägga band på ägarens handlingsfrihet och skapa osäkerhet i äganderätten med ogynnsamma verkningar för exempelvis fastighetsomsättningen och kreditgivningen.

Det nu sagda innebär alltså att exempelvis optionsavtal avseende fast egendom inte är bindande. Detta skiljer sig från vad som allmänt gäller vid icke-formbundna avtal och således exempelvis vid förvärv av lös egendom. Här är utgångspunkten att ett optionsavtal är bindande, naturligtvis med den begränsningen att annat kan följa särskilt av lagstiftning eller till följd av särskilda omständigheter i en viss situation.

Också vid köp av bostadsrätter, som alltså avser köp av lös egendom, gäller ett formkrav. Enligt 6 kap. 4 § bostadsrättslagen (1991:614) ska ett avtal om överlåtelse av en bostadsrätt genom köp upprättas skriftligen och skrivas under av säljaren och köparen. Köpehandlingen ska vidare innehålla uppgifter om den lägenhet som överlåtelsen avser och om ett pris. En överlåtelse som inte uppfyller formföreskrifterna är ogiltig (se 6 kap. 5 §).

I NJA 1992 s. 66 kom HD fram till att det inte fanns ”tillräcklig anledning att anse att uppställandet av formkrav vid överlåtelse av bostadsrätt skulle inverka på rättsläget beträffande optionsavtal på så sätt att ett sådant avtal under alla omständigheter blev ogiltigt”. Dock konstaterades det att det måste krävas att optionsavtalet är upprättat i skriftlig form eftersom skriftlighetskravet annars skulle ”urholkas på ett inte godtagbart sätt eftersom ett muntligt optionsavtal då skulle binda säljaren lika starkt som ett köpeavtal som uppfyller lagens formkrav”. I NJA 1994 s. 130 ansågs sedan en hembudsklausul i ett avtal mellan en bostadsrättsinnehavare och en bostadsrättsförening vara giltig och i NJA 2001 s. 75 ansågs ett skriftligt avtal om överlåtelse av en bostadsrätt som ännu inte var upplåten vara giltigt (se Herre, SvJT 2005 s. 564 f.).

Ett annat område där formkrav gäller är vid emission av nya aktier i ett aktiebolag. Enligt 13 kap. 13 § aktiebolagslagen (2005:551) framgår att teckning av nya aktier med anledning av ett beslut om nyemission av aktier enligt huvudregeln ska ske på en teckningslista som innehåller emissionsbeslutet. En aktieteckning som har gjorts på annat sätt kan göras gällande endast om emissionsbeslutet registreras utan att aktietecknaren dessförinnan har anmält felet hos Bolagsverket. I andra fall är teckningen ogiltig. Frågan om detta formkrav medför att det inte är möjligt att med bindande verkan ingå en utfästelse att teckna aktier eller en emissionsgaranti har under lång tid varit omdiskuterad i svensk rätt.

I NJA 1918 s. 394 anges i rubriken att den som träffat avtal om rätt och skyldighet att teckna aktier när bolaget i en framtid fattade beslut om ökning av aktiekapitalet inte är bunden av utfästelsen ”enär avtalet icke blivit av X. fullgjort genom teckning av de ifrågavarande aktierna på sätt i lagen om aktiebolag föreskrives”. Räckvidden av avgörandet har länge varit omdiskuterat. I ”Emissionsgarantin” NJA 2016 s. 107 anförde HD, efter att ha behandlat NJA 1918 s. 394, att ”det finns skäl för att en sådan emissionsgaranti ska kunna genomdrivas av bolaget. Det är sålunda svårt att se varför en sådan garanti inte skulle berättiga bolaget att ta i anspråk den ställda säkerheten till betalning av teckningslikviden”. Samtidigt konstaterades att det också fanns skäl för att 1918 års rättsfall ”fortfarande bör ha prejudikatverkan”. Ett sådant var enligt HD att formkravet avseende aktieteckning inte förändrats sedan 1918 års avgörande. Ett annat var att förarbetena till 1975 års lag gav visst stöd för ett rättsläge motsvarande det som kom till uttryck i 1918 års avgörande och att det inte fanns stöd för en förändrad syn i förarbetena till nu gällande aktiebolagslag. Detta torde betyda att, trots att 2016 års avgörande inte rörde huruvida den som utfäst sig att teckna aktier ska förpliktas att göra det, principen i 1918 års fall fortfarande ska anses gälla.

När köparen får leverans av en felaktig vara kan köparen bl.a. kräva avhjälpande eller omleverans. Enligt 37 § KöpL gäller att köparen också får kräva prisavdrag eller häva köpet men att detta förutsätter att

avhjälpande eller omleverans inte kommer i fråga eller inte sker inom skälig tid efter reklamationen. En motsvarande reglering finns i 28 § KKöpl. Enligt artikel 50 andra meningen CISG gäller, med en liknande reglering, att "if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with those articles, the buyer may not reduce the price". Det innebär att om avhjälpanderätten fortfarande står öppen för säljaren enligt artikel 48, så kan köparen inte kräva prisavdrag. Också vid konsumenttjänster gäller en motsvarande ordning. Även vid sådana tjänster som lagen omfattar kan alltså konsumenten kräva avhjälpande. Prisavdragspåföljden står även här buds för köparen endast om felet inte avhjälpas. (Se 20 och 21 §§ Köpl.) Enligt alla dessa regler måste säljaren beredas möjlighet att vidta rättelse.

Särskilda problem avseende relationen mellan avhjälpande och omleverans på den ena sidan och rätten till prisavdrag på den andra uppkommer när köparen ställer upp särskilda krav för avhjälpandet. Har dessa krav inte stöd i de rättigheter som ges av lagen och säljaren därför inte får möjlighet att på sätt som anges i lagen vidta rättelse, uppkommer frågan om alls prisavdragspåföljden står till buds. Den frågan behandlades i det konsumenträttsliga avgörandet NJA 2016 s. 222. Här hade näringsidkaren ostridigt lagt in fel golv och arbetena inte utförts fackmässigt. Näringsidkaren hade omgående erbjudit sig att avhjälpa felet. HD uttalade här att konsumenten normalt har att godta ett erbjudande om avhjälpande men att konsumenten kan avvisa erbjudandet om det skulle medföra betydande besvär eller olägenheter för konsumenten. Konsumenten kan också ha rätt att avvisa avhjälpandet om "näringsidkaren har visat allvarlig oskicklighet när tjänsten utfördes, uppträtt störande, visat bristande hederlighet eller på annat sätt åsidosatt konsumentens intressen, så att denne med fog kan göra gällande att han inte har förtroende för näringsidkaren personligen eller för näringsidkarens kompetens".

I det aktuella fallet hade konsumenten efter näringsidkarens erbjudande om avhjälpande krävt bl.a. att hela golvet i vardagsrummet skulle flytspacklas och att vite om 1 000 kr per dag skulle utgå om arbetet försenades på visst sätt, två krav som gick utöver vad som avtalats mellan parterna rörande det ursprungliga genomförandet. Eftersom konsumenten vidhållit dessa krav trots invändningar från näringsidkaren ansågs konsumenten ha avvisat näringsidkarens erbjudande om felavhjälpande. HD fann vidare att konsumenten saknat stöd i lag och i parternas avtal att ställa dessa krav och att han felaktigt avvisat avhjälpandet. Någon rätt till prisavdrag fanns därför inte.

I två entreprenadrättsliga avgöranden har HD berört frågor om avhjälpande. En viktig fråga när påföljden avhjälpande aktualiseras är hur långt denna skyldighet sträcker sig. I 34 § första stycket Köpl anges

att köparen har rätt att kräva att säljaren ”avhjälper felet”. Samma uttryck används i 26 § KKöpL. I artikel 3(2) i 1999 års konsumentköpdirektiv anges att vid ”bristande avtalsenlighet skall konsumenten ha rätt att utan kostnad få varan återställd till avtalsenlighet genom reparation eller utbyte”.¹³ Vilka åtgärder som inbegrips i denna skyldighet framgår inte närmare. EU-domstolen prövade frågan med avseende på konsumentköp i EU-domstolens mål Gebr. Weber och Putz, C-65/09 och C-87/09, EU:C:2011:396, där de varor som sålts var polerade golvplattor respektive en diskmaskin. Sedan plattorna satts och diskmaskinen installerats hade det visat sig att respektive vara var felaktig och behövde bytas ut. Konsumenten ansågs här ha rätt till ersättning för demontering och montering som en del i rätten till ersättning för avhjälpandekostnader.

I ”De ingjutna rören” NJA 2018 s. 653 var motsvarande fråga föremål för prövning i ett entreprenadmål. Enligt HD följer det av dispositiv rätt för entreprenadtjänster att en entreprenörs avhjälpandeskyldighet omfattar inte bara åtgärdandet av felet som sådant, utan också vid avtalsstillfället påräkneliga arbeten för åtkomst av detta samt återställande efter åtgärdande. Här inbegrips åtkomst- och återställandeåtgärder beträffande också annat än själva entreprenaden, dvs. annat än entreprenörens egen prestation. Skyldigheten omfattar dock bara sådant som har ett direkt och nödvändigt samband med avhjälpandet av den del av entreprenaden som inte utförts kontraktsevenligt. Alternativet till detta synsätt hade varit att rätt till ersättning skulle ha funnits i form av skadestånd. Att det blir fråga om en ersättningsskyldighet som del i själva avhjälpandet och inte ett skadestånd är av särskild betydelse i situationer där antingen parterna föreskrivit olika förutsättningar som ska vara uppfyllda för rätt till ersättning av det ena eller andra slaget eller där en sådan åtskillnad görs i lag (jfr här 34 § tredje stycket samt 40 och 67 §§ KöpL).

I ”Det Andra Bolaget” NJA 2014 s. 960 (se avsnitt 1.9.4.3 och särskilt 1.9.4.4.2) uttalade sig HD generellt om dispositiv rätt på det entreprenadrättsliga området. Man angav här att en entreprenör, på motsvarande sätt som vid köp av lös egendom, enligt dispositiv rätt har både skyldighet och rätt att avhjälpa fel och brister i entreprenaden och att en underlåtenhet att avhjälpa ger beställaren rätt till avdrag på den avtalade entreprenadsumman. Enligt HD:s majoritet innebär underlåtenheten att efterkomma en avhjälpandeskyldighet ett kontraktsbrott som ger beställaren rätt att som påföljd avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad. Den ersättning som ska utgå utgörs då av ett skadestånd. Här gäller vidare en presumtion för att beställaren kommer att avhjälpa felet. Eftersom det föreligger en rätt till skadestånd har beställaren rätt till ersättning motsvarande en beräknad avhjälpandekostnad

¹³ Jfr art. 13(1) i direktiv 2019/771 om vissa aspekter på avtal om försäljning av varor, där det anges att konsumenten ska ”ha rätt att få varorna att återställas till avtalsenlighet” (eng. ”shall be entitled to have the goods brought into conformity”).

även om inget faktiskt avhjälpande har skett. Den skiljaktige anförde att en obligationsrättslig grundsats är att den kontraktsbrytande parten som inte fullgör sin prestation blir skyldig att utge ersättning för vad det kostar att avhjälpa det som han eller hon trots avtalet inte gjorde. Det spelar då principiellt sett ingen roll — eftersom det saknar betydelse för motparten — om den berättigade parten sedan använder ersättningen till att avhjälpa felet eller om han eller hon nöjer sig med felet och använder pengarna till något annat. Enligt dissidenten skulle därför ersättning utgå för en beräknad kostnad för avhjälpande av felet, oavsett hur det blev med avhjälpandet.

4.3 Rätt att häva ett avtal

4.3.1 Hävning av fastighetsköp

I NJA 2007 s. 86 bestod felet i högt ljud från en till fastigheten närbelägen motocrossbana som användes huvudsakligen tisdag och torsdag kl. 17.00–20.00, lördag kl. 11.00–16.00 och söndag kl. 10.00–15.00 och särskilt på sommaren. Eftersom köpet avsåg en fritidsfastighet kom HD fram till att det avsevärda bullret under dessa tider sommartid anses ha utgjort ett väsentligt fel. Köparen ansågs därför ha hävningsrätt enligt bl.a. 4 kap. 19 § JB.

4.3.2 Hävningsliknande påföljder

Av 12 kap. 27 § JB framgår att om hyresgästen överger lägenheten (jfr om detta begrepp bl.a. prop. 1973:23 s. 139), får hyresvärden genast återta den. Återtagandet sker genom att hyresvärden åter tar lägenheten i sin besittning. Genom åtgärden upphör hyresförhållandet, dvs. avtalet mellan hyresvärd och hyresgäst, och hyresvärden kan därför efter återtagandet ingå ett nytt hyresavtal med annan.

I NJA 2006 s. 427 var frågan vad som skulle krävas för att en hyresgäst skulle anses ha övergett hyresobjektet. Här hade hyresgästen flyttat ut sina tillhörigheter, ändrat folkbokföringsadress samt anmält flytten till el- och telebolag. Att hyresgästen trots att hon haft skyldighet att flytta i samband med den exekutiva försäljningen och haft en inte utåt manifesterad avsikt att återvända till bostaden påverkade inte bedömningen att hyresgästen skulle anses ha övergett objektet på det sätt som krävs enligt bestämmelsen.

4.3.3 Hävningsförklaringen

En hävningsförklaring utgör en rättslig disposition och är således rättsligt bindande för den som avger den. Den får effekt som sådan om den har avsänts på ett ändamålsenligt sätt. Det gäller även om den försenas, förvanskas eller inte kommer fram eftersom förklaringen typiskt sett går på mottagarens risk. Hävningsförklaringen kan alltså som regel inte återtas utan motpartens medgivande, eftersom motparten haft rätt att inrätta sig efter den hävande partens besked om att han eller hon inte önskar ett fullgörande.

I NJA 2006 s. 120 påstod den part som hade avgivit hävningsförklaringen att parterna kommit överens om att denne skulle få återta förklaringen och att förklaringen inte skulle ha någon rättsverkan. HD kom här fram till att den avgivande parten hade bevisbördan för att en sådan överenskommelse, med avvikelse från den dispositiva regeln, hade träffats mellan parterna. I det enskilda fallet lyckades inte den avgivande parten bevisa en sådan överenskommelse.

4.3.4 Verkan av återtagandeförbehåll

Säljarens rätt vid köp av varor att häva köpet vid köparens betalningsdröjsmål förutsätter när varan har kommit i köparens besittning att säljaren förbehållit sig rätt till detta, alternativt att köparen har avvisat varan (se t.ex. 54 § sista stycket KöpL, 38 § konsumentkreditlagen, 2010:1846, och 7 § lagen, 1978:599, om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl.). Dessa förbehåll, som generellt kan användas av en kreditgivande säljare för rätt att återta en vara om köparen inte fullgör sin del av avtalet, har många namn, t.ex. äganderättsförbehåll, ägarförbehåll, hävningsförbehåll eller återtagandeförbehåll. Oberoende av benämning har de samma obligationsrättsliga och sakrättsliga verkningar.

Av ett stort antal avgöranden framgår att ett förfogandemedgivande, dvs. en underförstådd eller uttrycklig reglering mellan parterna om att köparen får förfoga över varan före slutbetalning, medför att förbehållet inte har sakrättslig verkan, se t.ex. "Krupps äganderättsförbehåll" NJA 1932 s. 292, "Smågrisarna" NJA 1959 s. 590, "Asfaltbolagets dörrar" NJA 1960 s. 221, "Industriportarna" NJA 1974 s. 660 och "Det tyska äganderättsförbehållet" NJA 1978 s. 593.

En i viss mån omdiskuterad fråga var, delvis grundad i justitierådet Mannerfelts tillägg i "Industriportarna" NJA 1974 s. 660, om det kunde anses föreligga en presumtion i vissa fall för att parterna utgått ifrån att köparen oberoende av förbehållet och betalning skulle ha rätt att ta varan i anspråk. I dessa fall skulle förbehållet inte anses vara allvarligt menat. Detta skulle exempelvis gälla när varan sålts till någon som skulle kunna ta varan i anspråk när det var behövt. Det hävdades därför i den juridiska litteraturen att en presumtion av nu nämnt slag skulle kunna anses föreligga t.ex. vid försäljning till en återförsäljare som i sin tur säljer sådana varor det är fråga om och till avbetalningsköpare med svag likviditet.

HD konstaterade emellertid i "Husbilarna" NJA 2019 s. 195 att rättspraxis inte gav stöd för mer än att frågan om ett återtagandeförbehålls sakrättsliga giltighet till följd av en uttrycklig eller underförstådd överenskommelse mellan parterna ska avgöras efter sedvanlig avtalstolkning. Enligt HD innebär detta att sådant som parternas tidigare mellanhavanden och vad som förekommit inför och efter avtalsslutet får betydelse, liksom vilken typ av vara och avtalssituation det är fråga om.

Mot en presumtion talade också att en sådan skulle skapa gränsdragningsproblem. Däremot konstaterade HD att i de fall där den naturliga förfogandetidpunkten infaller före betalningstidpunkten kan det tala för att säljaren i vart fall underförstått har gett köparen en förfoganderätt före betalning. Även här måste dock hänsyn tas till avtalet och omständigheterna i det enskilda fallet.

I det aktuella fallet hade det i det första försäljningsledet avtalats att kreditgivaren hade rätt att återta varorna — husbilar — till dess att köparen fullgjort alla sina avtalade betalningsförpliktelser och det angavs i avtalen att köparen inte fick sälja eller på annat sätt göra sig av med varorna innan slutbetalning skedde. HD konstaterade här att husbilarna köpts in för att användas som reservbilar för köparens uthyrnings och provkörningsverksamhet, liksom för köparens personal i vissa fall. Utredningen visade också att husbilar tidigare hade sålts med förbehåll men att ingen bil hade sålts vidare före slutbetalning; något partsbruk kunde alltså inte konstateras. Av detta följde att det inte hade bevisats att parterna kommit överens om att förfogande skulle få ske. I det andra ledet — husbilarna hade sålts från köparen till en annan köpare efter att kreditgivaren hade godkänt ett gäldenärsbyte — hade det på i princip motsvarande sätt avtalats om ett återtagandeförbehåll. Den nye köparen bedrev huvudsakligen försäljning av fritidsfordon och alltså av sådan egendom som köpet avsåg. Utredningen gav enligt HD inte stöd för att den nye köparen uppfattat sig ha rätt att vidare sälja husbilarna innan slutbetalning skedde och än mindre stöd för att kreditgivaren genom att acceptera gäldenärsbytet skulle ha lämnat ett underförstått förfogandemedgivande i strid med det skriftliga avtalet. Det ansågs därför inte heller här bevisat att det lämnats ett förfogandemedgivande.

I NJA 2008 s. 668 hade en bil sålts genom ett avbetalningskontrakt med återtagandeförbehåll och bilen återtagits efter överenskommelse med köparen till följd av att köparen underlåtit att betala hela kontantinsatsen och den första månadsbetalningen. Vid återtagandet hade någon avräkning ännu inte skett mellan säljare och köpare. Bilen hade stulits tio dagar efter återtagandet. I målet aktualiserades bl.a. frågan om vem av köparen och säljaren som efter återtagandet stod risken för varan. HD konstaterade här att ett återtagande regelmässigt sker i syfte att avveckla rättsförhållandet, att köparen enligt 27 § konsumentkreditlagen vid återtagandet har rätt att tillgodoräkna sig varans värde vid återtagandet, att avräkningen ska göras redan vid själva återtagandet (28 § första stycket) och att säljarens tillägnande därför får anses ske redan vid själva återtagandet. Detta ansågs tala för att risken övergår på säljaren från och med återtagandet.

4.3.5 Rätt att kräva restitution efter hävning m.m.

Vid hävning av ett avtal om köp bortfaller säljarens skyldighet att överlämna varan och köparens skyldighet att betala och medverka till köpet. Om och i den utsträckning köpet har fullgjorts får vardera

parten kräva att motparten lämnar tillbaka vad han eller hon har tagit emot. Hävningen innebär också att köparen ska ge ut den avkastning av varan som han eller hon har fått samt betala skälig ersättning om köparen har haft annan nytta av varan. På motsvarande sätt ska säljaren, om han eller hon ska lämna tillbaka betalningen, betala ränta från den dag han eller hon tog emot betalningen. (Se 64 och 65 §§ KöpL, jfr artikel 81 och 84 CISG). Som framgår saknas det i KöpL en mängd regler som närmare anger hur när och hur återbäringen ska ske. Vad gäller exempelvis när det är fråga om en vara där det på marknaden finns samma typ av vara och den vara som köparen fått sig levererad har förstörts? Kan köparen då leverera annan vara? Eller ska återlämnandet bytas ut mot en ersättningskyldighet (jfr 66 § tredje stycket KöpL)? Vilken tidpunkt ska läggas till grund för bestämningen av värdet av varan? Vad gäller om köparen innan hävningen har gjort förbättringar på varan i god tro om det fel som föranleder hävningen? Har köparen då rätt till ersättning för förbättringskostnaden? Vad gäller om köparen har fått avkastning av varan? Ska den redovisas till säljaren? Också andra öppna frågor finns.

Vid avtals ogiltighet ska också parternas prestationer gå åter. Vad som gäller för återgången vid olika typer av egendom anges inte i lagen. Inte heller lämnas svar på de frågor som regleras i KöpL eller de frågor som just ställdes beträffande återlämnande enligt KöpL.

Återgång av prestationer regleras också i konkurslagen. Här är situationen delvis en annan. Bland annat kan det vara viktigt om mottagaren av en prestation som ska gå åter var i god eller ond tro om existerande återgångsgrund.

Vid all återvinning i konkurs ska den egendom som gäldenären har utgett återbäras till konkursboet. Den som har lämnat gäldenären något vederlag för egendomen har rätt att återfå vad han eller hon har utgett. Detta gäller dock inte ett sådant vederlag som inte har kommit boet till godo, om den som lämnade vederlaget hade eller borde ha haft kännedom om att gäldenärens avsikt var att undanhålla borgenärerna detta. Viktigt är vidare att om egendomen inte finns i behåll, ska ersättning för dess värde utges. Är återbäring av viss egendom förenad med särskild olägenhet för den förpliktade, kan det medges att ersättning utges i egendomens ställe. Om det finns en skyldighet att återbära egendom ska också den avkastning som belöper på tiden efter det att återvinning påkallades utges. När egendomen utgörs av ett penningbelopp eller om ersättning ska utges för egendomens värde, ska också erläggas avkastningsränta enligt 2 och 5 §§ räntelagen (1975:635) till och med den dag då skyldighet att återbära beloppet eller utge ersättningen inträdde och enligt 6 § räntelagen för tiden därefter.

När skyldigheten att återbära egendom baseras på 4 kap. 5 § konkurslagen — dvs. när rättshandlingen på ett otillbörligt sätt har gynnat en viss borgenär framför andra eller gäldenärens egendom har undandragits borgenärerna eller hans skulder har ökats och gäldenären var

eller genom förfarandet ensamt eller i förening med annan omständighet blev insolvent samt den andre kände till eller borde ha känt till gäldenärens insolvens och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig — kan den återbäringsskyldige förklaras vara skyldig att utge dels avkastning som belöper på tiden från det att han eller hon mottog egendomen till dess att återvinning påkallades, dels avkastningsränta beräknad enligt 5 § räntelagen.

I alla fall av återbäring gäller att den som har lagt ned nödvändig eller nyttig kostnad på egendom som återbärs har rätt till ersättning för denna, om det inte finns särskilda skäl mot det. (Se 4 kap. 14 och 15 §§ konkurslagen.)

Som framgår reglerar konkurslagen väsentligt fler frågor om återbäringsskyldigheten än KöpL och AvtL.

HD fick i NJA 2010 s. 709 anledning att beröra ett antal återbäringssfrågor. Här hade återvinningsvaranden köpt aktier till ett pris som endast utgjorde dryga tre procent av värdet (priset var drygt 1,9 miljoner och värdet var då 57 miljoner eller 30 kr per styck). Aktierna hade därefter sålts av svaranden under en femårsperiod för cirka 31 kr per styck. Frågan i målet var vilken tidpunkts värden som skulle läggas till grund för återvinningskravet.

Av domen framgår att huvudregeln i konkursfallen är att den egendom som gäldenären har utgett ska återbäras till konkursboet. Huvudregeln är densamma enligt den köprättsliga regleringen, där köparen ska lämna tillbaka vad han eller hon har tagit emot. Vid icke-fungibel egendom, dvs. egendom som har individuella kännetecken och därför inte kan bytas mot annan egendom av samma slag, innebär detta att just det objekt som återvinningen eller hävningen avser ska återlämnas. Vid fungibel egendom, dvs. egendom som saknar individuella kännetecken och därför kan bytas mot annan egendom av samma slag (t.ex. olja, spannmål, pengar, aktier), är återgångskravet typiskt sett generiskt bestämt, dvs. det framgår av kravet hur mycket av vad som ska återgå. För konkursboet, liksom för en köpare av en vara, är det normalt inte av betydelse om just det objekt som återvinningsvaranden eller köparen fått återlämnas. Svaranden eller köparen har därför normalt både en rätt och en skyldighet att återlämna likvärdig egendom.

Särskilda problem uppkommer dock om det är fråga om icke fungibel egendomen som av något skäl inte finns i behåll eller när fungibel egendom av motsvarande slag inte längre finns att tillgå. Ersättning ska då utges för egendomens värde (4 kap. 14 § tredje stycket konkurslagen). Inget sägs i konkurslagens reglering om vilken värdetidpunkt som ska läggas till grund. Inte heller 66 § KöpL anger vilken värdetidpunkt som ska läggas till grund för bestämningen av det värde som är en följd av att varan har försämrats eller minskat.

Som anges av HD i 2010 års fall kan en mängd alternativa tidpunkter tänkas. För återvinningsfallen enligt konkurslagen anger HD att ef-

tersom ”huvudregeln är att just den överlåtna egendomen ska återbäras — med det värde denna egendom har vid återvinningsdomen — är det följdriktigt att välja värdet vid återvinningsdomen, om en sådan värdering är möjlig; därmed minimeras också återvinningsvarandens möjlighet att bestämma utfallet”.

Motsvarande gäller också när återvinningsobjektet är fungibel egendom vars värde påverkats av köparens eller återvinningsvarandens åtgärder. Ett exempel på detta är NJA 2003 s. 37, där handelsbolagsandelarna fanns i behåll men där de hade förändrats genom att deras substans hade tömts. Återvinning kunde då enligt HD inte ske av andelarna i sig utan återvinningsvaranden var i stället skyldig att utge värdet av andelarna. I rättsfallet fann HD att det värde som andelarna hade vid överlåtelsen skulle läggas till grund för bestämningen. Som HD konstaterade i 2010 års avgörande var ingen annan värdetidpunkt aktualiserad i målet.

Det finns dock undantag från huvudregeln om att värdet av egendomen, generellt fastställt vid tidpunkten för återvinningsdomen, ska läggas till grund för vad som ska återgå. Det kan gälla situationer där svaranden har sålt objektet eller där det förstörts och svaranden i stället fått ersättning för den förstörda egendomen. I 2010 års avgörande kom HD fram till att i fall där återvinning sker med stöd av 4 kap. 5 § konkurslagen, dvs. där svaranden varit medveten om att det finns grund för återvinning om konkurs inträffar, ska konkursboet ha rätt att kräva redovisning av ett belopp som betingats eller mottagits vid försäljning av egendomen till tredje man eller som återvinningsvaranden har rätt till eller fått från tredje man med anledning av att egendomen skadats.

Av betydelse för den allmänna förmögenhetsrätten är att HD också uttalade sig om vad som bör anses gälla vid avtals ogiltighet. Enligt HD anses den återbäringsskyldige här vara skyldig att efter kärandens val i stället för värdet av egendomen redovisa vad han eller hon erhållit vid en försäljning av egendomen eller erhållit som ersättning ifall egendomens förstörts. Frågan är emellertid om detta gäller i alla situationer. En sådan valrätt förefaller emellertid naturlig åtminstone i fall där den återbäringsskyldige har varit i ond tro om att han eller hon innehar annans egendom utan att ha rätt till egendomen, dvs. utan ett giltigt fång.

Även för konkursfallen finns en osäkerhet i rättsläget när den återbäringsskyldige var i god tro om sin rätt till egendomen. I förlängningen betyder det också att det finns en betydande osäkerhet vad som ska anses gälla när ett avtal hävts och egendomen hunnit säljas eller skadas dessförinnan. Ytterligare ett fall där det råder osäkerhet om rättsläget är när den mottagna egendomen var fungibel och den ondtröende återvinningsvaranden även hade annan egendom av samma slag. Här kan man enligt HD tänka sig att tillämpa huvudprincipen om att det finns en rätt att återlämna motsvarande vara eller att konkurs-

boet ska kunna kräva redovisning av vilken som helst av svarandens försäljningar av detta slags egendom som ägt rum efter mottagandet och före återvinningsmålets avgörande.

Som framgått innehåller konkurslagen regler om att svaranden, när denne känt till att det skulle finnas en återbäringskyldighet om konkurs inträffade, kan vara skyldig att utge avkastning från mottagandet till dess återvinning påkallades. Den regeln har sin principiella motsvarighet i skyldigheten att utge vederlagsersättning i 65 § första stycket KöpL. Det finns också en regel om att om svaranden har lagt ned nödvändig eller nyttig kostnad på egendomen har svaranden rätt till ersättning för denna om inte särskilda skäl föreligger. En sådan regel saknas i AvtL och KöpL. I ”Restatement of Nordic Contract Law”¹⁴ anges dock att om en part ”has incurred expenditure on goods to be returned, that party is entitled to compensation either if the expenditure was necessary, or if it was beneficial and was incurred before that party knew or had reason to know of the ground for termination” (§ 8–13 (5)). Utöver reglerna i konkurslagen kan sådana regler också återfinnas i 5 kap. JB rörande avträdande av fastighet efter klander.¹⁵

4.3.6 Särskilt om förtida uppsägning

För uppsägning av ett hyresavtal i förtid krävs, när det är fråga om en brist i nyttjanderätten, att bristen är av väsentlig betydelse (se 12 kap. 11 § jämfört med 16 § JB). Vad som ska anses utgöra en sådan brist kommenterades redan i lagberedningens förslag till jordabalk, där det angavs att en obetydlig bristfällighet inte under något förhållande får tas till anledning att bryta avtalet utan att bristen måste vara av beskaffenhet att för hyresgästen medföra en verkligt avsevärd olägenhet (se Lagberedningens förslag till jordabalk I, 1905, s. 207).

Bedömningen av det föreligger en brist av väsentlig betydelse ska som utgångspunkt göras objektivt men hänsyn måste tas till också rent subjektiva och tillfälliga omständigheter, vilket innebär att hänsyn ska tas till alla föreliggande omständigheter. Bedömningen ska vidare i princip ske från den drabbades synpunkt (jfr Knut Rodhe, Obligationsrätt, 1956, s. 430 f., vartill hänvisas i ”Entré Malmö” NJA 2019 s. 445 p. 16). Av särskilt intresse är bestämmelserna i hyresavtalet och det ändamål för vilket lokalen är avsedd att nyttjas. Det centrala är, som anförs av HD, om bristen innebär att hyresgästen i huvudsak berövas vad han eller hon hade rätt att vänta sig enligt avtalet (jfr t.ex. artikel 25 CISG, där det anges att ett avtalsbrott är väsentligt om det medför en sådan

¹⁴ Se Ole Lando m.fl. (ed.), Restatement of Nordic Contract Law, 2016.

¹⁵ Här kan jämföras också med det förslag till en europeisk köplag (Common European Sales Law, CESL, som presenterades 2011 av kommissionen, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD)). Här återfinns regler om återlämnande av saken, av avkastning, betalning av värdet, kärandens valrätt att kräva substitutet i pengar eller i natura, betalning för användning av vara eller ränta på penningbelopp som erhållits och rätt till ersättning för utgifter (artikel 172–175 i förslaget). Förslaget motsvarar i mycket stor utsträckning det som angavs av HD i 2010 års avgörande.

olägenhet för den andra parten att det i huvudsak berövar honom vad han eller hon hade rätt att vänta sig enligt avtalet). Någon hänsyn ska emellertid typiskt sett inte tas till att hävningen från kan medföra problem för hyresvärderna, exempelvis svårigheter att finna en annan hyresgäst till lokalen.

Vid bedömningen av om avtalsbrottet är väsentligt vid hyresavtal är det ofta viktigt om bristen är eller kan förväntas bli långvarig; ju längre tid under vilken bristen kan tänkas pågå, desto större risk finns det alltså att hyresgästen drabbas av en sådan olägenhet som i huvudsak berövar henne eller honom vad som kunde förväntas enligt avtalet. Eftersom hyresvärderna normalt ska beredas tillfälle att avhjälpa en uppkommen brist är det också av betydelse om bristen kan avhjälpas. Det medför i sin tur att en brist som inte från början utgör grund för en förtida uppsägning sedermera kan vara av väsentlig betydelse, om bristen inte avhjälpas inom rimlig tid (se "Entré Malmö" NJA 2019 s. 445 p. 17 med hänvisning till bl.a. NJA II 1908 nr 5:1 s. 140).

I "Entré Malmö" NJA 2019 s. 445 ansågs hyresgästen i det enskilda fallet ha haft rätt att säga upp hyresavtalet i förväg. HD beaktade här särskilt att ombyggnationerna av centrumet där hyresgästen bedrev sin butiksverksamhet vid uppsägningen hade pågått under cirka åtta månader med stora störningar av hyresgästens verksamhet och att det inte var möjligt att förutse när de skulle bli färdigställda.

4.4 Prisavdrag

4.4.1 Inledande anmärkningar

Ett prisavdrag ska enligt KöpL beräknas så att "förhållandet mellan det nedsatta och det avtalsenliga priset svarar mot förhållandet vid tidpunkten för avlämnandet mellan varans värde i felaktigt och i avtalsenligt skick". Hur man ska bestämma varans värde i felaktigt skick orsakar ofta problem. Ibland kan reparationskostnaden, dvs. den kostnad som köparen kommer att få för att återställa varan i avtalat skick, ge vägledning eller till och med vara bestämmande (jfr t.ex. NJA 1984 s. 3, NJA 1988 s. 3 och NJA 1996 s. 584, se Herre, SvJT 2005 s. 666, 667, 669, 723 och 724). Att avhjälpningskostnaden kan få betydelse för prisavdragsberäkningen kan också få processuella återverkningar.

I NJA 2014 s. 651 påstod en köpare av en bostadsrättslägenhet att det förelåg fel främst genom att elinstallationer var felaktiga och att golvbrunnen i badrummet inte hade bytts ut i samband med genomförd renovering. Köparen krävde därför prisavdrag med visst belopp motsvarande en föregiven sänkning av marknadsvärdet som felet medfört. Säljarna yrkade, med hänvisning till 38 kap. 2 och 4 §§ RB, att köparen skulle föreläggas utge fakturor och fakturaspecifikationer rörande de reparationer som genomförts av elinstallationerna och golvbrunnen, något köparen motsatte sig. HD, som konstaterade att parterna var oense om vilken beräknings- eller bedömningsmetod som skulle tillämpas för bestämning av ett eventuellt prisavdrag, angav att oavsett "vilken

metod som läggs till grund för ett eventuellt prisavdrags storlek kan en utredning om reparationskostnaderna för de påstådda felet antas vara av betydelse som bevis i målet”. Säljaren förelades därför att ge ut de begärda handlingarna.

En förutsättning för rätten till prisavdrag är att avhjälpande eller omleverans inte kommit i fråga eller skett inom skälig tid efter reklamationen. I NJA 2016 s. 222, där konsumenten utan att ha haft skäl för det hade avisat näringsidkarens erbjudande om avhjälpande av felet, konstaterade HD att konsumenten genom sitt agerande hade förlorat rätten att kräva prisavdrag (se närmare i avsnitt 4.2).

4.4.2 Förutsättningar för prisavdrag

I ”Högskoleavgiften” NJA 2018 s. 266 gjorde HD klart att det av allmänna kontraktsrättsliga principer får anses följa att en part som erhåller en prestation med fel eller brist har rätt att kräva avdrag på priset. Avgörandet avsåg en students rätt att göra gällande ett avtalsbrott som bestått av leverans av utbildning med undermålig utbildningskvalitet. Vid tillhandahållande av utbildningstjänster fanns det enligt HD inget tydligt stöd i svensk rätt för att utbildningsanordnaren ska anses ha en rätt att avhjälpa bristerna som en förutsättning för rätten till avdrag på priset, något som krävs vid köp av varor och vid arbeten på lösa saker eller fast egendom (jfr 37 § KöpL, 28 § KKöpL och 21 § KTjL).

4.4.3 Prisavdragets beräkning

I ”Högskoleavgiften” NJA 2018 s. 266 ansåg HD att studenten var berättigad till prisavdrag för den bristande kvaliteten i högskoleutbildningen. Hon hade begärt att hela avgiften skulle återbetalas. Här uttalade HD att frågan om hur avdraget ska beräknas är beroende av vilken kontraktstyp prestationen avser. Grundläggande är dock att ”avdraget ska vara så stort att det skäligen kan anses återställa balansen mellan prestation och pris”. Enligt HD förutsatte studentens yrkande att den utbildning hon faktiskt hade genomgått och tillgodogjort sig helt hade saknat värde och detta ansågs inte bevisat. Avdraget bestämdes till två tredjedelar av den erlagda avgiften.

4.4.4 Särskilt om nedsättning av hyra

För hyra av lägenhet gäller enligt 12 kap. 11 § JB att hyresgästen för den tid som en lägenhet är i bristfälligt skick har rätt till ”skälig nedsättning av hyran”. Rätten gäller oberoende av hyresvärdens har varit vållande till bristen. Hur nedsättningen ska bestämmas var föremål för prövning i såväl ”Radonhuset” NJA 2016 s. 303 som ”Entré Malmö” NJA 2019 s. 445. HD uttalade här i 2019 års avgörande, med hänvisning till den juridiska litteraturen, att nedsättningens storlek är beroende av det avbräck i nyttjandet som bristen kan anses innebära och ska motsvara värdet av minskningen i hyresvärdens prestation.

Domstolen poängterade särskilt att bedömningen huvudsakligen ska vara av objektiv karaktär, att nedsättningen inte får bestämmas diskretionärt utan normstyrt och att domstolen ska redovisa de överväganden som läggs till grund för bestämningen av nedsättningsbeloppet (jfr "Kezban" NJA 2013 s. 842 p. 35).

Vid lokalhyra ska typiskt sett hänsyn tas till effekterna för den verksamhetstyp som inom ramen för det avsedda ändamålet bedrivs i lokalen. Det har därför betydelse om den typiska nyttan med lokalen har påverkats negativt, t.ex. genom att en störning medför att hyresgästen tvingas inskränka eller på annat sätt ändra sin verksamhet. Uppgifter om hyresnedsättning för andra hyresgäster i liknande situationer kan därför, som påpekades av HD i 2019 års avgörande, belysa frågan om vad som är en skälig nedsättning. När lokalen används för affärsverksamhet, och omständigheten får en negativ inverkan på lokalens funktionalitet, kan uppgifter om rörelsens resultat före och under bristens förekomst vara av intresse för att visa bristens inverkan på möjligheterna att nyttja lokalen på avsett vis. Också hyresgästens budget för den aktuella perioden kan vara relevant i den utsträckning den utvisar hyresgästens ekonomiska planering för en ostörd verksamhet (jfr "Entré Malmö" NJA 2019 s. 445 med hänvisning till "Multitotal" NJA 2017 s. 9 p. 82–85). I vissa fall kan bestämningen av nedsättningen vara förhållandevis enkel. Det gäller t.ex. när nyttjanderättens värde är kopplat just till lokalens yta och hindret består i att hyresgästen inte har tillgång till en viss yta. Då kan hyresnedsättningen ofta direkt bestämmas utifrån en jämförelse med lokalens hela yta.

Vid bostadslägenhet är en viktig faktor hur förhållandet kan antas ha påverkat lägenhetens allmänna attraktivitet (jfr "Radonhuset" NJA 2016 s. 303).

Ett riktmärke för beräkningen av hyresnedsättningen bör enligt HD vara att förhållandet mellan den nedsatta och den avtalsenliga hyran svarar mot förhållandet mellan lägenhetens hyresvärde i felaktigt respektive avtalsenligt skick (se "Radonhuset" NJA 2016 s. 303 p. 27 och "Entré Malmö" NJA 2019 s. 445 p. 11). Det får dock, som påpekas i 2016 års fall med hänvisning till NJA 2015 s. 656 (p. 10 som dock avsåg ett allmänt konstaterande av vad som ligger i skälighetsbedömningens natur och i det enskilda fallet skäligheten hos en yrkad rättegångskostnad), många gånger göras en friare bedömning inom vissa ramar. I 2016 års fall konstaterade HD att vetskapen om en för hög radonhalt i bostaden skapar ett betydande obehag hos de flesta, att utredning om hur detta påverkade hyresvärdet sänktes och att frågan fick anses tämligen svårutredd. Det ansågs dock som klart att en radonförekomst av den aktuella storleken hade en högst påtaglig negativ effekt när det gäller en lägenhets attraktivitet. Hyresnedsättningen skulle därför i vart fall inte vara lägre än de 15 procent som tingsrätten kom fram till.

I "Entré Malmö" NJA 2019 s. 445 konstaterade HD att ombyggnationen av shoppingcentrumet hade utgjort en ingripande olägenhet

som inneburit att lokalen inte varit fullt brukbar för sitt ändamål. Trots det hade omsättningen i hyresgästens butik varit relativt stabil under den aktuella perioden, något som dock till stor del berott på att hyresgästen på grund av störningarna från ombyggnationen delvis fått ändra sortimentet i butiken och bedriva fortlöpande realisationskampanjer för att hålla uppe försäljningen. Det innebar att verksamheten inte hade kunnat drivas som planerat, något som också bekräftas av att verksamheten framför allt under en viss period gav en betydligt lägre bruttomarginal än vad som normalt var fallet. HD instämde därför i hovrätens bedömning att hyresnedsättningen borde uppgå till 40 procent för ett visst kvartal.

Speciellt för den slags nedsättning av priset som det här är fråga om är att hyresgästen, som påpekas av HD ("Entré Malmö" NJA 2019 s. 445 p. 16), typiskt sett inte anses ha rätt till hyresnedsättning för tiden innan han eller hon har påtalat felet hos hyresvärden. Detta följer fast praxis (se bl.a. NJA 1917 s. 331 och NJA 1928 s. 70) och principen har ansetts ha sådan stadga och generalitet att lagstiftaren inte funnit skäl ta in den i hyreslagstiftningen (se NJA II 1939 s. 566 f.).

I "Radonhuset" NJA 2016 s. 303 konstaterades att det fanns goda skäl för detta synsätt. Bland de skäl som åberopas av domstolen kan nämnas att meddelandet ger hyresvärden möjlighet att vidta skadebegränsande åtgärder och säkra bevisning i frågan om brist. Här kan jämföras med vad som anses utgöra en grund för den allmänna reklamationsplikt som finns (se p. 20 i domen; jfr avsnitt 3.1). Ett annat skäl är enligt domstolen att kravet innebär en rimlig riskfördelning också i situationer där det föreligger en dold brist.

I 2016 års fall konstateras att det i bl.a. 17 § andra stycket KTjL, 24 § KKöpL och 33 § KöpL görs undantag från reklamationsplikten när motparten agerat grovt vårdslöst eller i strid med tro och heder. Enligt domstolen bör motsvarande undantag gälla från principen om att nedsättning av hyran inte ska utgå före påtalet av felet (se "Radonhuset" NJA 2016 s. 303 p. 22). Från den tidpunkt då motparten har agerat på nyssnämnt sätt bör alltså hyresgästen ha rätt till nedsättning av hyran. Kan hyresvärdens agerande härledas till avtalsingåendetidpunkten innebär detta alltså att hyresgästen har rätt till nedsättning för hela perioden. Om däremot den grova vårdslösheten eller agerandet i strid med tro och heder inträffar under hyresperioden torde hyresnedsättning inte kunna utgå för perioden dessförinnan. I den frågan uttalade sig inte domstolen explicit. I det enskilda fallet var frågan om hyresvärden hade agerat på ett sätt som skulle bryta principen genom att ha kunskap om inte obetydlig radonavsöndring från blåbetong som fanns i lägenheten och om ett nytt riktvärde som socialstyrelsen utfärdade fem år efter hyresperiodens början. Eftersom det inte var fråga om en bevisad hälsofara utan om en brist i den ideella boendekvaliteten kunde hyresvärdens underlåtenhet att vidta åtgärd för att underrätta

hyresgästen om det nya riktvärdet inte läggs till grund för en hyresnedsättning före hyresgästens underrättelse. Domskålen får i den delen förstås så, att om det hade varit fråga om en påtaglig hälsorisk som hyresvärden skulle ha informerat om och om underlåtenheten hade ansetts utgöra grov vårdslöshet eller ett agerande i strid med tro och heder, så skulle hyresgästen ha haft rätt till hyresnedsättning från den tidpunkt då han eller hon hade fått ett rättidigt meddelande.

4.5 Skadestånd

4.5.1 Förutsättningar för skadeståndsskyldighet

4.5.1.1 Vårdslöshet/oaktsamhet/culpa

Av ett stort antal lagregler följer att vårdslöshet (culpa, oaktsamhet) är en förutsättning för skadeståndsansvar. Innehållet i culpatröskeln och de omständigheter som ska ingå i bedömningen av om ansvar föreligger varierar. HD har i ett betydande antal avgöranden berört vad som krävs för att en part ska anses ha agerat vårdslöst.

Enligt 12 kap. 24 § JB ska hyresgästen under hyrestiden väl vårda lägenheten med vad därtill hör och är skyldig att ersätta all skada som uppkommer genom hyresgästens vållande. För skadeståndsansvar krävs alltså att hyresgästen agerat vårdslöst. Oaktsamhetsbedömningen blev föremål för prövning i NJA 2011 s. 454. Här framgick av ordningsregler till hyreskontraktet att hyresgästen fick installera bänkdiskmaskin och att hyresgästen — i en regel som av HD bedömdes omfatta också bänkdiskmaskiner — vid varje tillfälle efter användande skulle stänga av vattnet till maskinen.

Här konstaterade HD att varje överträdelse av ordningsreglerna inte kunde anses utgöra brott mot plikten att väl vårda lägenheten. HD prövade frågan om hyresgästen varit vårdslös genom tillämpning av de gängse kriterierna för vårdslöshetsprövningen vid en fri bedömning, dvs. (1) sannolikheten för att skada skulle uppkomma och (2) möjliga skadors storlek, (3) hyresgästens möjligheter att inse den risken samt (4) möjligheterna att förebygga skada samt kostnaderna och olägenheterna med sådana åtgärder. Det konstaterades här beträffande (1) att sannolikheten för att slangen mellan köksblandaren och diskmaskinen skulle brista kunde betraktas som ganska liten och att inget tidigare inträffat med maskinen som kunde tyda på behovet av särskild akt-samhet. Enligt HD var det beträffande (2) klart att en slanganslutning där vattnet ”står på tryck” var ett stort riskmoment där skadan kunde bli mycket stor om vattnet fritt kunde strömma ut. Beträffande (3) ansågs det vidare att hyresgästen måste ha insett den risken. Angående (4) var det klart att några kostnader för avstängning av vattnet givetvis inte skulle uppkomma. Utöver dessa omständigheter beaktade HD att olägenheten för hyresgästen att behöva stänga av vattnet efter användning fick anses som obefintliga eftersom vattnet enkelt kunde stängas

av vid blandaren ovanpå diskbänken och inte endast med en anordning under diskbänken. Med beaktande av dessa omständigheter befanns hyresgästen ha agerat vårdslöst.

I några äldre avgöranden har HD behandlat frågan om den tröskel som gäller för att en praktiserande jurist ska anses ha agerat vårdslöst. I NJA 1939 s. 374 (se Nial, SvJT 1941 s. 224) ansågs en praktiserande jurist som agerat som utredningsman i ett dödsbo ha agerat skadeståndsgrundande, dvs. agerat försumligt eller vårdslöst, genom att ha underlåtit att bevaka testamenten på föreskrivet sätt och därmed brustit i den omsorg som han skulle ha iakttagit. I NJA 1957 s. 621 (se Rodhe, SvJT 1961 s. 281) hade en jurist enligt HD, som fastställde Rådhusrättens dom, inte ägnat frågan om förmånsrätt gick förlorad vid ett företags flytt någon tanke och underlåtit att skaffa sig tillfredsställande kunskap om det juridiska läget som bl.a. var klarlagt ”i Östen Undéns år 1927 utgivna, bland jurister allmänt kända arbete Svensk sakrätt”. Denna försummelse medförde skadeståndsskyldighet.

Som HD påpekade i ”Advokatens skadeståndsansvar” NJA 2018 s. 414 är detta exempel på mer uppenbara fall där skadeståndsansvar aktualiseras. När emellertid de rättsliga problemställningarna är komplexa och kräver svåra överväganden får enligt HD oaktsamhetsbedömningen i stället främst riktas in på frågan om ”advokaten har varit tillräckligt omsorgsfull vid sina undersökningar och i sin analys av dels de faktiska omständigheterna, dels rättsläget och de processuella förutsättningarna att driva huvudmannens sak”.

Allmänt sett ska enligt HD vid vårdslöshetsbedömningen tas hänsyn till sådant som (1) uppdragets omfattning, (2) de sakliga frågornas komplexitet och svårighetsgrad, (3) de rättsliga frågornas komplexitet och svårighetsgrad, (4) den tid advokaten haft till sitt förfogande, (5) de värden som står på spel, (6) klientens instruktioner samt om (7) advokaten haft särskilda insikter och erfarenheter från det rättsområde som klientens ärende rör.

När det är fråga om situationer där klienten har olika handlingsalternativ är advokaten vidare enligt HD skyldig att upplysa klienten om alternativen och ”framhålla de fördelar och risker som finns med respektive alternativ och bör normalt ange sin uppfattning”. Dock är det bara i uppenbara fall som underlåtenhet att agera på sistnämnda sätt bör anses vårdslöst och därmed skadeståndsgrundande. Och beträffande agerandet i processer i domstol gäller enligt HD, på sätt som anförts i den rättsliga litteraturen, att ”talanglös, svag eller dålig processföring endast i undantagsfall kan vara skadeståndsgrundande”. Än vidare gäller att om advokaten i rättegången lämnat ett medgivande eller erkännande som inte borde ha lämnats eller då advokaten underlåtit att åberopa en grund som borde ha åberopats eller framställa en invändning som borde ha framställts, så kan detta knappast anses vårdslöst ”annat än i vissa fall”.

I det enskilda fallet kunde HD konstatera att det kunde sättas i fråga om advokaten hade anlagt ett för snävt synsätt och om han därmed hade med tillräcklig omsorg analyserat aktuella avtal och parternas mellanhavanden. Enligt HD kunde detta inte, bl.a. med hänsyn också till att advokaten inte fått tillgång till all information som skulle ha haft rättslig betydelse och inte visat bristande omsorg i detta hänseende, anses som ett skadestandsgrundande misstag.

I "Advokatens skatterådgivning" NJA 2019 s. 877 utvecklades vissa av de allmänna överväganden som ska göras vid oaktsamhetsbedömningen avseende just advokatens ansvar. Det påpekades bl.a. att när det är fråga om sakligt eller rättsligt komplexa frågeställningar får bedömningen främst inriktas mot den "metod som advokaten har använt sig av och om den kan anses vara anpassad efter vad uppgiften kräver. Prövningen ska alltså ta sikte på om advokaten har varit tillräckligt omsorgsfull i sin genomgång och analys av saken och rättsläget". Med andra ord har advokaten ett metodansvar som innebär att om den valda metoden är tillfredsställande och har utförts på ett korrekt sätt, men advokaten trots det kommit till fel slutsats, bör detta typiskt sett inte anses skadestandsgrundande (jfr här också justitierådet Herres tillägg med instämmande av övriga ledamöter i "Kezban" NJA 2013 s. 842, p. 12).

Det innebär enligt HD i 2019 års avgörande att det, även om det finns skäl att ställa höga krav på advokatens kunnande och omdömesförmåga, finns utrymme att ta hänsyn till att rättsläget är svårt att fastställa, t.ex. när det saknas auktoritativa uttalanden i rättskällorna eller när källmaterialet framstår som motstridigt. I sådana fall får det betydelse för aktsamhetsbedömningen om advokaten "har presenterat rättsläget, med välgrundade påpekanden om eventuella osäkerheter, på ett rättvisande sätt för klienten så att denne får ett korrekt underlag för sitt eget beslutsfattande". Härtill kommer att det finns skäl att beakta hur riskbenägen klienten varit rörande det som legat till grund för det bakomliggande handlandet, t.ex. en transaktion eller vid tidigare tillfällen. Hur klientens risktagande och riskmedvetenhet ska avvägas mot advokatens agerande går dock enligt HD inte att ange generellt utan får bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Vid en samlad bedömning fann HD i det enskilda fallet att advokaten inte hade agerat vårdslöst.

Myndigheter ansvarar enligt 3 kap. 3 § skadeståndslagen för ren förmögenhetsskada som vållas genom fel eller försummelse i form av att felaktiga upplysningar eller råd har lämnats. I vårdslöshetsbedömningen ligger, som framgår av "Kommunens oriktiga upplysning" NJA 2017 s. 824, att det ska göras en s.k. objektiv culpabedömning (jfr avseende 3 kap. 2 §, som använder samma lokution, t.ex. "Kezban" NJA 2013 s. 842 p. 32). Myndigheten kan hållas ansvarig även för felaktigheter som inte kan hänföras till en viss tjänsteman (s.k. anonyma eller kumulerade fel). Det avgörande blir enligt HD vad den enskilde har

rätt att förvänta sig vid en verksamhet av det aktuella slaget och att det är det felaktiga resultatet av en tjänstemans handlande, inte orsakerna till detta, som blir väsentligt i sammanhanget.

Vem som ska anses ha bevisbördan för att culpa kan läggas den skadevallande parten till last är ofta en viktig fråga. Utgångspunkten är, som anges t.ex. i ”Kommunens oriktiga upplysning” NJA 2017 s. 824, att det är den som begär skadestånd som har att visa att omständigheterna är sådana att han eller hon har rätt till skadestånd. Det finns dock viktiga undantag. I 2017 års fall gällde frågan om en kommuns ansvar enligt 3 kap. 3 § skadeståndslagen för felaktiga upplysningar. Här uttalade HD att det inte kan krävas av den enskilde att han eller hon utreder de närmare skälen till att en upplysning har blivit fel, eftersom dessa vanligen hänför sig till interna förhållanden inom myndigheten. Om därför en myndighetsföreträdare har lämnat en enskild ett bestämt besked i en viss fråga och om beskedet har varit oriktigt, får det därför normalt presumeras att det beror på fel eller försummelse från myndighetens sida. Myndighetens har då att visa på omständigheter som medför att det inte utgjorde fel eller försummelse att lämna upplysningen, trots att den var felaktig. Vad särskilt gäller felaktiga uppgifter som en myndighet har fått från en annan myndighet innebär det att den myndighet som lämnat uppgiften till enskild kan behöva visa att felaktigheten inte har orsakats av fel eller försummelse hos den andra myndigheten.

I ”Gamla vägen” NJA 2019 s. 94 konstaterade HD att en bostadsrättsförening som av vårdslöshet orsakar ren förmögenhetsskada genom att lämna ut ett utdrag ur lägenhetsregistret som är felaktigt eller genom att orsaka fel i förteckningen bör kunna åläggas att ersätta denna skada. I avgörandet görs, med hänvisning till bl.a. vad som angivits i ”Kommunens oriktiga upplysning” NJA 2017 s. 824 och ”Badkarsskadan” NJA 1975 s. 657 (om hyresgästs ansvar för skada på badkar i uthyrd lägenhet), viktiga uttalanden om bevisbördan för de omständigheter som grundar vårdslösheten. När det står klart att förteckningen eller utdrag ur denna innehållit felaktigheter får det enligt HD presumeras att felaktigheterna beror på vårdslöshet, i något skede, på föreningens sida. Bevekelsegrunderna för detta ställningstagande anges vara bl.a. (i) att en köpare av en bostadsrätt i regel har mycket begränsade möjligheter att visa hur ett fel i lägenhetsförteckningen eller i ett utdrag ur den har uppkommit och (ii) att kraven på aktsamhet måste ställas högt till följd av vikten av att lägenhetsförteckningen och utdrag ur den på ett riktigt sätt återspeglar de verkliga förhållandena.

Ett ansvar för vårdslöshet gäller också när någon lämnar information i en kontraktuell situation. I NJA 2012 s. 725 utvecklade HD hur vårdslöshetsbedömningen ska göras i fall av detta slag (se i det följande, avsnitt 4.5.1.4).

4.5.1.2 Strikt ansvar

I 3 kap. UB regleras verkställighet av exekutionstitlar i form av exempelvis domstols dom, utslag eller beslut, stadfäst förlikning eller verkställbar medlingsöverenskommelse, skiljedom eller beslut om avskrivning av ett skiljeförfarande, Kronofogdemyndighetens utslag eller beslut i mål om betalningsföreläggande eller handräckning samt europeiskt betalningsföreläggande som har förklarats verkställbart av Kronofogdemyndigheten. Skulle exekutionstiteln upphävas, ska den sökta verkställigheten omedelbart ställas in och redan vidtagna åtgärder återgå om detta är möjligt. Sökanden är vidare ”skyldig att ersätta skada som svaranden har lidit genom verkställigheten”. (Se 3 kap. 22 § UB.) Ersättningskyldigheten gäller oberoende av vårdslöshet och omfattar all förlust, inklusive ren eller allmän förmögenhetskada, som svaranden har orsakats genom verkställigheten.

I ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 hade ett företag i ett interimistiskt förbud förbjudits att använda visst kännetecken i marknadsföring och försäljning av en vara. Förbudet kom att gälla under nästan fyra år. En fråga i målet var om den sökande parten hade ett skadeståndsansvar för att svaranden inte kunnat marknadsföra och sälja produkter under det avsedda varumärket och i så fall vilken grund för skadeståndsskyldighet som skulle föreligga för ett sådant ansvar. HD slog här fast att regleringen i 3 kap. 22 § UB, analogiskt och direktivkonformt tillämpad, utgjorde den rättsliga grunden för skadeståndsansvaret i ett fall där ett interimistiskt vitesförbud upphört till följd av att sökanden inte haft ett berättigat anspråk. Sökanden hade därför ett ”rent strikt skadeståndsansvar, dvs. ett ansvar oberoende av vårdslöshet, för all skada — alltså även för ren förmögenhetskada inbegripet utebliven vinst — som orsakas svaranden”. Ansvarsperioden ansågs omfatta tiden från det att det interimistiska vitesförbudet kommunicerats med svaranden till dess förbudet upphävdes, alldeles oavsett att förbudet då inte fått laga kraft. För skadeståndsansvaret skulle allmänna skadeståndsrättsliga principer tillämpas.

4.5.1.3 Ansvar för kontraktsmedhjälpare

I ”NSAB-försäkringen” NJA 2018 s. 301 hade hyresgästen åtagit sig att för egen räkning lagra varor (pappersrullar) för annan enligt ett avtal om lagring där NSAB 2000 gällde (Nordiskt Speditörsförbunds Allmänna Bestämmelser) och ordnat lagringen i en lokal som hyrdes ut i befintligt skick av en hyresvärd. Till följd av vattenläckage i lokalens sprinklersystem hade pappersrullarna skadats. En fråga i målet var om hyresvärden ansvarade för eventuella underleverantörers underlåtenhet att utföra sitt uppdrag på rätt sätt och om hyresvärden var att betrakta som kontraktsmedhjälpare till hyresgästen.

HD uttalade här att huvudregeln är att en avtalsparts ansvarar i förhållande till motparten för vållande av en anlita självständig uppdragsstagare på samma sätt som avtalsparten ansvarar för egna anställda. För

ansvar krävs dock, ”i vart fall som utgångspunkt, att den skadegörande handlingen har utgjort ett led i uppfyllelsen av en preciserad förpliktelse som principalen avtalsvis åtagit sig”. HD hänvisar bl.a. här till ett antal äldre avgöranden, NJA 1941 s. 560 (där hyresvärd ansågs ansvarig för skador som uppkommit på hyresgästens egendom och som orsakats av hyresvärdens kontraktsmedhjälpare, se Rodhe, SvJT 1946 s. 35), NJA 1943 s. 356 (där den som ansvarat för att viss vara skulle transporterats och därför anlitat en transportör, ansvarade för den skada som uppkommit på en fastighet och som orsakats av transportören, se Rodhe, SvJT 1946 s. 35) och NJA 1965 s. 124 (där den som åtagit sig att transportera en vara ansvarade för agerandet hos den som anlitas för att genomföra den faktiska transporten, se Rodhe, SvJT 1968 s. 206 f.). På motsvarande sätt ansvarar enligt HD ”speditörer i vissa situationer för självständiga medhjälpare som anlitas för att uppfylla förpliktelser enligt NSAB”.

I det enskilda fallet ansågs dels att hyresvärden ansvarade för agerandet hos den underleverantör som haft en förpliktelse att underhålla sprinklersystemet, dels att hyresvärden var att betrakta som en kontraktsmedhjälpare till hyresgästen i dennes förhållande till den som givit hyresgästen uppdraget att förvara pappersrullarna.

4.5.1.4 Informationsansvar

Frågan om en informationslämnarens ansvar för informationens riktighet kan uppkomma i skilda situationer. Ett sådant ansvar kan uppkomma i kontraktsförhållanden, i kontraktsliknande förhållanden och i utomobligatoriska förhållanden. Klassiska exempel är värderingsmannens ansvar för ren förmögenhetsskada som drabbat tredje man som förlitat sig på värderingsmannens felaktiga värderingsutlåtande (jfr ”Kone” NJA 1987 s. 692 och ”Fastigheten Pastorn” NJA 2001 s. 878, se Herre, SvJT 2005 s. 730). Ett annat exempel är en provningsanstalts ansvar för bristfälligheter — såväl ofullständig redovisning som en utförmning som varit ägnad att föranleda missförstånd — i ett testprotokoll som medfört att den kund som anlitat anstalten lidit skada (jfr NJA 1994 s. 532¹⁶, se Herre, SvJT 2005 s. 739) och statens, regions eller kommuns ansvar enligt 3 kap. 3 § skadeståndslagen för felaktiga upplysningar (jfr exempelvis ”Kommunens oriktiga upplysning” NJA 2017 s. 824). Ett tredje exempel gäller ansvaret för viss information i pantsättningsituationer. Om en gäldenär som säkerhet för borgenärens fordran pantsätter antingen en fordran gäldenären har på sekundogäldenären eller pantsätter egendom som finns hos tredje man uppkommer frågan om sekundogäldenärens respektive egendomsinnehavarens ansvar för eventuell

¹⁶ Se om detta avgörande exempelvis Jan Kleineman, Tekniska konsulter skadeståndsansvar för vilseledande information, JT 1994–95 s. 702 ff. och Göran Millqvist, Informationsansvar och kontraktsregler. En kommentar till en kommentar, JT 1995–96 s. 575 ff.

bekräftelse om skulden respektive innehavet som lämnas till borgenären (jfr NJA 2012 s. 725 p. 25 med hänvisningar).

I nyssnämnda NJA 2012 s. 725 uppkom frågan om informationsgivarens ansvar i en annan kontraktuell situation. Här hade två personer undertecknat ett kontrakt avseende ett kreditköp av en båt som skulle levereras av annan än säljaren (som också var kreditgivare). Köparna hade här godkänt leveransen av båten genom att skriva under ett formulär där det dels angavs på framsidan att leveransen godkändes, dels framgick av de förtryckta bestämmelserna på baksidan att säljaren förbehöll sig äganderätten till båten. Någon båt hade emellertid inte levererats. Sedan säljaren/kreditgivaren fått leveransbekräftelsen hade denne betalat ut köpeskillingen till den uppgivne leverantören av båten. Enligt HD stod det klart att säljaren/kreditgivaren inte skulle ha gjort utbetalningen om denne känt till att båten inte var levererad och att utbetalningen medfört att säljaren fått ett oprioriterat återkrav i leverantörens konkurs.

HD slog fast att köparna hade ett ansvar för den lämnade uppgiften även om de ”inte avsåg att bekräfta att leverans hade skett och oavsett om en bristande insikt om kontraktets innehåll skulle vara i någon mening ursäktlig (t.ex. därför att de blev förledda)”, förutsatt att säljaren inte insåg eller borde ha insett att fråga kunde vara om ett viljefel av något slag. Enligt HD är en uppgiftslämnarens ansvar för uppgifts riktighet när information lämnas om sakförhållanden i ett kontrakt beroende av ”såväl ... vilken påföljd eller annan rättsföljd uppgiftsmottagaren gör gällande (såsom avtalets ogiltighet, hävningsrätt, köprättsligt fel, skadestånd eller prisavdrag) som ... vad för slags uppgift det är fråga om”.

Man kan här tänka sig som ytterligheter ett rent garantiansvar för uppgiften alternativt inget ansvar alls därför att informationen endast är av upplysningskaraktär av särskilt slag. Avser uppgiften den egna avtalsprestationen är ansvaret strikt eftersom det då typiskt sett är fråga om ett tillförsäkrande av egenskap eller kvalitet hos det som ska presteras. I andra fall har uppgiftslämnaren bara ett vårdslöshetsansvar. Vid den senare bedömningen ska hänsyn enligt HD tas till (1) vad som har föranlett uppgiftens oriktighet, exempelvis att uppgiftslämnaren har undersökt fakta dåligt och (2) uppgiftens betydelse för uppgiftsmottagaren, dvs. i ”vad mån och på vilket sätt uppgiften är ägnad att ligga till grund för ett på tillit till uppgiften grundat handlande på uppgiftsmottagarens sida”. Aktsamhetskravet påverkas alltså redan när uppgiftslämnaren bort inse på vad sätt uppgiften är av betydelse för uppgiftsmottagaren. HD slog här fast att uppgiftslämnare i en situation som den föreliggande fick anses ha ett oaktsamhetsansvar för uppgifterna.

HD:s majoritet (1 justitieråd) kom därefter fram till att ansvaret skulle jämkas. En minoritet om två ledamöter ogillade skadeståndskravet eftersom man sammanfattningsvis menade att säljaren/kreditgiva-

ren inte borde ha litat på köpekontraktets uppgift om godkänd leverans, att säljaren borde ha undersökt förhållandena närmare och att säljaren därför inte, trots köparnas oaktsamhet, kunde anses ersättningsberättigad. Två ledamöter kom fram till att köparna fullt ut var skadeståndsskyldiga för den skada som säljaren åsamkats. För att komma fram till den slutsatsen konstaterade ledamöterna att säljaren inte hade varit medvällande till skadan genom brister i kreditprövningen eller genom att inte vidta tillräckliga åtgärder för att kontrollera leveransgodkännandets riktighet. De konstaterade också att leverantörens handlande inte kunde tillräknas säljaren i förhållandet till köparen och att någon grund för jämkning inte förelåg.

4.5.1.5 Formalavtal och skadeståndsskyldighet

Vid icke-formbundna avtal och således exempelvis vid förvärv av lös egendom är utgångspunkten att ett optionsavtal är bindande, naturligtvis med den begränsningen att annat kan följa särskilt av lagstiftning eller till följd av särskilda omständigheter i en viss situation. Också vid formbundna avtal om köp av lös egendom torde utgångspunkten vara, när annat inte följer av lag, att optionsavtal är bindande även avseende sådana transaktioner men undantag kan göras om särskilda omständigheter föranleder det (jfr NJA 1992 s. 66 om optionsavtal beträffande överlåtelse av bostadsrätt, NJA 1994 s. 130 angående avtal om hembudsskyldighet mellan bostadsrättshavare och annan än bostadsrättsföreningen samt NJA 2001 s. 75 angående avtal om överlåtelse av ännu inte upplåten bostadsrätt; se särskilt ”Emissionsgarantin” NJA 2016 s. 107 p. 32, se även Herre, SvJT 2005 s. 561 ff.).

Vid köp av fast egendom är ett löfte om att i framtiden köpa en fastighet inte bindande. Som utgångspunkt innebär det att en bristande uppfyllelse av ett löfte om en försäljning eller om ett köp inte heller medför något skadeståndsansvar, i vart fall inte när ett sådant ansvar allvarligt underminerar formkravet. Det innebär att motparten inte har rätt till skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset. Anledningen är att en sådan ersättning skulle innebära att ”löftesmottagaren försattes i samma ekonomiska situation som om ett bindande avtal hade ingåtts, och att detta skulle underminera formkravets syfte” (se ”Överförmyndaren” NJA 2012 s. 1095 med hänvisningar, se avsnitt 1.2.2.1).

Vid fastighetsköp träffas till följd av formkravet och den därav följande bristen på rätt till ersättning enligt det positiva intresset ofta s.k. handpenningsavtal där köparen åtar sig att ersätta säljaren för säljarens skada om fastighetsköpet inte kommer till stånd. Detta avtal betraktas som ett särskilt avtal eller förbindelse från köparens sida som är bindande. Köparen kan vid underlåtenhet att infria löftet om köp av fastigheten bli ersättningsskyldig enligt tillitsintresset (det negativa kontraktsintresset), dvs. till ett belopp som försätter säljaren i samma situation som om avtal inte kommit till stånd. Säljaren har därför rätt till

ersättning för utgifter för förhandling, avtalsingående och förberedande åtgärder för fullgörande av avtalet. Också vissa s.k. dispositionsförluster kan ersättas, dvs förluster som säljaren har gjort genom att ha vidtagit eller ha låtit bli att vidta rättsliga dispositioner i tillit till det förutsatta avtalet (jfr "Överförmyndaren" NJA 2012 s. 1095 och NJA 1974 s. 526, där HD angav att "ersättning skulle kunna tänkas utgå för förlust, som uppstått på grund av avtalet, såsom förlust genom att säljaren avböjt att träffa avtal med annan" men där säljaren i det aktuella fallet inte visat att hon lidit sådan förlust).

Det händer också att handpenningsavtalet anger att handpenningen i dess helhet ska anses förverkad om avtalet inte fullgörs. Detta avtal är bara bindande så långt som det ger rätt till ersättning enligt tillitsintresset. Om därför handpenningen är till beloppet högre än den tillitsbaserade ersättningen är det inte bindande med avseende på den överskjutande delen.

I "Överförmyndaren" NJA 2012 s. 1095 uttalade HD vidare grundtanken med principerna för handpenningsavtal och liknande är att "ersättning enligt tillitsintresset ska kunna utgå i vissa fall när det är motiverat och inte innebär att de fastighetsrättsliga formkraven kringgås eller urholkas". För fall där något handpenningsavtal inte ingåtts kunde det enligt HD "inte anses finnas något absolut hinder mot att lägga allmänna lojalitetshänsyn till grund för en rätt till ersättning enligt principerna om *culpa in contrahendo* också när det gäller fastighetsköp". En köpare som av oaktsamhet skapat en befogad tillit hos säljaren om att ett bindande avtal om fastighetsköp har ingåtts eller kommer att ingås och som har medfört att säljaren drabbats av kostnader eller annan tillitsbaserad skada, "så bör det — beroende på de närmare omständigheterna — kunna medföra skyldighet att utge skadestånd enligt tillitsintresset".

Enligt HD bör en motsvarande rätt gälla för den köpare som drabbas av säljarens oaktsamhet.

HD:s slutsats om en möjlig rätt till skadestånd enligt tillitsintresset (det negativa kontraktsintresset) medförde att det — med beaktande också av att parten när som helst kan avbryta möjligheterna till spekulation — inte fanns skäl att förstärka skyddet för den först undertecknande parten genom en "utsträckning av principerna för avtalsbundenhet vid fastighetsköp utöver vad som redan har skett i praxis"; skäl fanns därför för att hålla fast vid den bindningsordning som anvisats i NJA 2000 s. 747 I och NJA 2000 s. 747 II (se Herre, SvJT 2005 s. 556). Eftersom skrivningarna om eventuell rätt till tillitsbaserat skadestånd utgjorde en del i ett resonemang för att komma till en slutsats om det målet direkt gällde kan det diskuteras om HD:s uttalanden gjordes *obiter dictum* eller inte. Alldeles oavsett detta ger rättsfallet stöd för slutsatsen att det finns en möjlighet att den inte löftesuppfyllande parten blir ersättningsskyldig för tillitsintresset vid löfte om köp eller försäljning av fast egendom även utan ett handpenningsavtal.

Vid emission av nya aktier i ett aktiebolag gäller enligt 13 kap. 13 § aktiebolagslagen (2005:551) att aktieteckningen måste ske på visst, förbundet sätt. Teckning av nya aktier med anledning av ett beslut om nyemission av aktier ska enligt huvudregeln ske på en teckningslista som innehåller emissionsbeslutet. En aktieteckning som har gjorts på annat sätt kan göras gällande endast om emissionsbeslutet registreras utan att aktietecknaren dessförinnan har anmält felet hos Bolagsverket. I andra fall är teckningen ogiltig.

I ”Emissionsgarantin” NJA 2016 s. 107 (se avsnitt 2.6) hade ett antal personer mot betalning lämnat en emissionsgaranti genom vilka de åtog sig att om emissionen inom teckningstiden inte fulltecknades av aktieägarna, själva teckna aktier i emissionen och betala teckningslikvid. Sedan det visat sig att nyemissionen inte var fulltecknad krävde emittenten att garantierna skulle infrias men garanterna vägrade fullgöra sin garanti. Ett annat bolag erbjöd sig då att teckna så många aktier att emissionen blev fulltecknad, tecknade aktierna och erlade teckningslikvid. Bolaget yrkade sedermera att garanterna skulle mot erhållande av så många aktier som belöpte på dem betala ett belopp motsvarande teckningslikviden.

Twisten föranledde enligt HD bl.a. en huvudfråga om huruvida ett brutet teckningsåtagande i en emissionsgaranti grundar rätt till skadestånd för det emitterande bolaget. Beträffande den frågan konstaterade HD — efter att ha nämnt vad som gäller vid köp av fast egendom och vid bostadsrättsavtal — att frågan huruvida ”en optionsutställare kan förpliktas att genomföra en formbunden optionstransaktion beror på hur den rättsliga regleringen av transaktionstypen ska tolkas” och att ”tolkningen ska göras i linje med det synsätt som kommer till uttryck i 1992 års rättsfall [NJA 1992 s. 66], nämligen att bindningsverkningarna av en ensidig utfästelse att senare ingå ett förbundet avtal inte till följd av formkraven ska begränsas mer än vad formkravens ändamål motiverar”.

Den rättsliga regleringen av transaktionstypen ansågs inte direkt tillämplig när det gäller frågan om formkravens betydelse för löftesgivarens skadeståndsansvar. Den grundläggande principen om avtalsfrihet medför enligt HD att ett optionsavtal i princip är bindande på så sätt att ett underlåtet infriande utgör ett skadeståndsgrundande avtalsbrott även om de formkrav som gäller för den utfästa transaktionen inte har iakttagits. På sätt som angavs i NJA 1992 s. 66 anförde HD att syftet med ett visst formkrav kan ge anledning till undantag. Vid den bedömningen har de ändamål — som det får förstås för parterna, omsättningen, samhället, tillförlitligheten i register etc. — som ligger bakom formkraven betydelse. Av stor principiell betydelse är också att HD uttalade att utgångspunkten för bedömningen av om det finns skäl för undantag från huvudprincipen om skadeståndsskyldighet vid underlå-

tet infriande av ett bindande optionsavtal bör vara att ”bindningsverkingarna av utfästelsen inte ska begränsas mer än vad syftet med formkraven motiverar”.

Beträffande emissionsgarantier stod det enligt HD klart att ändamålen med formkraven för aktieteckning är sådana att ett ”teckningsåtagandet är bindande i den meningen att ett bristande fullgörande utgör ett skadeståndsgrundande avtalsbrott, om garantin är skriftlig och garanten har blivit adekvat informerad om nyemissionens villkor och förutsättningar”.

4.5.1.5 Gränsen mellan kontraktuellt och utomkontraktuellt ansvar

Det är inte sällan svårt att avgöra om ett agerande ska bedömas enligt kontraktuella eller utomkontraktuella regler. I ”Gamla vägen” NJA 2019 s. 94 uppkom frågan om en bostadsrättsförening kan bli skadeståndsskyldig gentemot en förvärvare av en bostadsrätt om föreningen i ett utdrag ur lägenhetsförteckningen lämnat ofullständiga uppgifter om bostadsrättens pantsättning. Någon särskild regel om ett sådant ansvar gentemot en köpare av en bostadsrätt finns inte i lagen (2018:672) om ekonomiska föreningar eller i bostadsrättslagen (1991:614). Däremot finns naturligtvis regler om styrelsens ansvar i dessa lagar (se 21 kap. 1 § respektive 10 kap. 1 §). Av HD:s dom följer att ett ersättningsansvar för ren förmögenhetsskada i ett fall av aktuellt slag inte kan grundas på att det finns ett kontraktsförhållande; vid tidpunkten för avtalet mellan säljare och köpare föreligger nämligen inget kontrakts- eller kontraktsliknande förhållande mellan köparen och föreningen.

Klart är att ansvar för sådan skada kan föreligga vid brott (jfr 2 kap. 2 § skadeståndslagen). Eftersom det enligt 10 kap. 3 § bostadsrättslagen är straffbelagt att inte föra en lägenhetsförteckning, där bl.a. pantsättningar som underrättats föreningen ska antecknas, kan uppsåtliga och oaktsamma gärningar därför föranleda ersättningsskyldighet. Enligt HD är det emellertid oklart om andra än medlemmen med framgång kan åberopa en sådan ersättningsskyldighet.

Utöver ansvar för brottslig handling var frågan enligt HD om ansvar också på annan grund kunde anses föreligga. HD:s slutsats var att köparen av en bostadsrätt har fog för att sätta sin tillit till ett utdrag ur lägenhetsförteckningen och att den som av vårdslöshet orsakar ren förmögenhetsskada genom att lämna ut ett utdrag som är felaktigt eller genom att orsaka fel i förteckningen bör kunna åläggas att ersätta denna skada. Denna slutsats gjordes efter en avvägning mellan fördelar och nackdelar med en sådan princip. Det konstaterades härvid å ena sidan att en sådan skadeståndsskyldighet i och för sig kan få stora ekonomiska konsekvenser för den ansvarige. Å andra sidan skulle det kunna skapa problem för omsättningen av bostadsrätter om en förvärvare inte kan lita på uppgifter om pantsättning i ett utdrag ur en lägenhetsförteckning utan själv tvingas stå risken för felaktigheter i ett sådant

utdrag. Uppenbarligen väjde det senare skälet tyngre särskilt med beaktande av att (1) det enligt HD ligger i skyldigheten att i utdraget ur lägenhetsregistret ange fullständiga uppgifter (se p. 22; detta är i sig ett viktigt uttalande om tolkningen av 9 kap. 11 § bostadsrättslagen), (2) lägenhetsförteckningen i huvudsak fyller samma funktion som fastighets- och pantbrevsregistren för fast egendom och (3) att den rättsliga betydelsen av förteckningen understryks av straffansvaret.

Det hade varit tänkbart att lägga ansvaret på styrelsen som ansvarar för lägenhetsförteckningen (jfr 9 kap. 8 § bostadsrättslagen) eller på en självständig uppdragstagare (i detta innefattas den som skötte förvaltningen av föreningen i vilket ingick att hålla lägenhetsförteckningen). HD konstaterade emellertid att det är föreningen som är ytterst ansvarig och därmed typiskt sett ska ansvara framför styrelsen. Man konstaterade också att det i ett fall som det föreliggande, där det i lag anges ett visst ansvarssubjekt och ansvaret omfattar en uppgift av stor betydelse för tredje man, finns skäl att avvika från principen om eget ansvar för en självständig uppdragstagare och i stället låta uppdragsgivaren, föreningen, ansvara, trots att vårdslösheten kan härledas till uppdragstagaren. En annan sak är naturligtvis det interna förhållandet mellan styrelseledamoten och föreningen, en fråga som dock inte berördes i avgörandet.

Inom transporträtten är ansvaret för skador under transport ofta relativt komplicerat till sin struktur. Reglerna skiljer sig också åt mellan de olika transportsätten. För internationella godstransporter på väg regleras ansvaret av konventionen den 19 maj 1956 om fraktavtalet vid internationell godsbefordran på väg (CMR¹⁷, SÖ 1969:23) som blev svensk lag utan transformering genom lagen (1969:12) om internationell vägtransport. Utgångspunkten enligt CMR är att transportören är ansvarig för skada, förlust eller dröjsmål som inträffar under tiden mellan godsets mottagande till befordran och dess utlämnande. Fem olika grunder för undantag från ansvar finns dock, nämligen (1) felundantaget (fel eller försummelse av den berättigade), (2) anvisningsundantaget (sådan anvisning från den berättigade som inte har föranletts av transportörens fel eller försummelse), (3) godsundantaget (godsets bristfälliga beskaffenhet), (4) force majeure-undantaget (förhållande, som transportören inte har kunnat undvika och vars följder han eller hon inte har kunnat förebygga) och (5) att förlusten härrör av den särskilda risk som är förbunden med ett eller flera av i artikel 17.4 uppräknade förhållanden, däribland risker som rör handhavande, lastning, stuvning eller lossning av godset som ombesörjts av avsändaren och risker som rör sådan beskaffenhet hos visst slag av gods som medför att godset är särskilt utsatt för fara att gå förlorat, minskas eller skadas. (Se artikel 17.2 och 17.4.) Av regleringen framgår också att transportören inte till befrielse från ansvar får åberopa vare sig bristfällighet hos det

¹⁷ Efter franskans *Convention relative au contrat de transport international de Marchandise par Route*.

fordon som han eller hon använder för befordringen eller fel eller försummelse av den från vilken han eller hon kan ha hyrt fordonet eller av dennes folk (artikel 17.3).

I NJA 2016 s. 563 hade det funnits fettrester i tankbilens tankar som medförde kontaminering av den transporterade etanolen som gjorde att den inte kunde användas för avsett ändamål. HD kom här fram till att artikel 17.3 omfattade också fordonets lämplighet för transport av godset och inte bara fordonets skick i mer teknisk mening, såsom sådant som växellåda och framdrivningsmekanik. Frågan om fordonet i det enskilda fallet hade varit bristfälligt fick enligt HD avgöras genom en tolkning av parternas avtal. Eftersom transportören före transportavtalets ingående inte fått besked om att det rörde sig om en etanol för vilken särskilda transportförutsättningar gällde, det inte anförts några omständigheter som tydde på att sådana förutsättningar skulle ha kunnat vara underförstådda samt det inte åberopats något som visade att det i branschen fanns en internationell sedvana ansågs fordonet inte ha varit bristfälligt. Frågan var därför om transportören var fri från ansvar enligt artikel 17.2. Här slog HD fast att en transportör under vissa förutsättningar kan befrias från ansvar på grund av en utebliven eller ofullständig anvisning om transportens genomförande, även om underlåtelsen inte är att anse som fel eller försummelse på den berättigades sida.

Under senare år har HD i ett antal avgöranden berört frågan om relationen mellan ett utomobligatoriskt ansvar gentemot en motpart och det ansvar som följer av kontraktsförhållandet mellan parterna. HD har också i ett antal avgöranden berört avtalets betydelse i kontraktskedjor (se om detta i det följande, avsnitt 4.5.1.6). När det gäller ansvaret mellan parterna följer av 1 kap. 1 § skadeståndslagen att bestämmelserna i lagen om skadestånd ska tillämpas, om inte annat är särskilt föreskrivet eller föranleds av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden.

I förarbetena till skadeståndslagen uttalades att existensen av avtal mellan berörda parter i en skadeståndstvist kan föranleda avvikelser i skilda hänseenden från skadeståndslagens bestämmelser, antingen på grund av avtalets innehåll eller till följd av de särskilda skadeståndsrättsliga regler eller grundsatser som gäller för avtalstypen, vare sig dessa kan anses följa av lagregler eller av oskriven sedvanerätt. De allmänna skadeståndsreglerna förhåller sig enligt förarbetena till kontraktsrättens skadeståndsregler som "lex generalis" i förhållande till "lex specialis". Frågan om utomobligatoriska regler kan åberopas som grund för ett ansvar när det finns kontraktsrättsliga regler som inskränker eller begränsar rätten att få skadestånd har enligt förarbetena inget allmängiltigt svar. Allmänt sett måste dock den rättspolitiska grunden för den kontraktsrättsliga regleringen eller de kontraktsrättsliga principerna beaktas. Av särskild vikt är här hur parternas rättigheter och skyldigheter i övrigt har hanterats och särskilt vilka möjligheter en part har

att inom avtalets ram kompensera sig för de nackdelar regleringen kan medföra för honom eller henne i skadeståndsrättsligt hänseende. Enligt förarbetena innebär det ofta att parterna genom avtalet får anses ha avstått från möjligheterna att åberopa allmänna skadeståndsrättsliga regler också när de kontraktsrättsliga reglerna är mindre förmånliga för den skadelidande parten. (Se prop. 1972:5 s. 448 f. och 489 f.; jfr även ”Cargo Center” NJA 2014 s. 760 p. 9).

I ”Olyckan på hundpensionatet” NJA 1996 s. 104 (se Herre, SvJT 2005 s. 729 och 733), som gällde eventuellt strikt ansvar för hundägaren enligt lag (1943:459) om tillsyn över hundar och katter gentemot den som mot betalning tagit emot hunden för förvaring på hundpensionat, fann HD att regleringen var skriven med tanke på ansvaret för skada som hunden orsakar annan än ägaren eller vårdaren. Det ansågs ligga närmast till hands att följa de kontraktsrättsliga reglerna om förvaring, där det krävs vårdslöshet för ansvar. HD valde alltså här att inte tillämpa det strikta ansvaret som följde av den skadeståndsrättsliga lagstiftningen.

Ett annat avgörande som rört problemställningen är ”Hyr-Börsens diskmaskiner” NJA 2003 s. 384, där en fastighetsägare och hyresvärd krävde ersättning av hyresgästen, vars förvarade kemikalier i en del av byggnaden skadat av hyresvärdens i andra delar av byggnaden förvarade varor på grund av emissioner från kemikalierna. Grunden för det åberopade ansvaret var 32 kap. 1 § MB. Enligt den paragrafen, som är den centrala paragrafen i ett kapitel om skadestånd för vissa miljöskador och andra enskilda anspråk, ska skadestånd betalas för personskada och sakskada samt ren förmögenhetsskada som verksamhet på en fastighet har orsakat i sin omgivning. Ansvaret är strikt. Här anförde HD att det bakom verksamheten fanns en avtalsrättslig relation mellan parterna och att därför fastighetsägaren, tillika hyresvärdens, haft möjlighet att välja om lokalerna skulle hyras ut och i så fall i avtalet reglera till vem och under vilka villkor detta skulle ske. Den skada som inträffat på fastighetsägarens/hyresvärdens i lokalen förvarade egendom ansågs därför inte ha uppkommit i verksamhetens omgivning.

I ”Branddammen på Malmö flygplats” NJA 2019 s. 866 fick HD anledning att återkomma till den problemställning som aktualiserats i ”Hyr-Börsens diskmaskiner” NJA 2003 s. 384. I 2019 års fall hade utsläpp från en flygplats kontaminerat det slam som en kommun — tillika hyresvärd till det bolag som var hyresgäst och som bedrev flygplatsverksamheten — avskilde i ett reningsverk, något som i sin tur hade medfört kostnader för kommunen/hyresvärdens. HD slog här fast att miljöbalkens regler är dispositiva och att därför parterna i ett avtalsförhållande kan komma överens om annat än det som följer av balkens regler. Med hänvisning till ”Cargo Center” NJA 2014 s. 760 (se särskilt avsnitt 4.5.1.6 i det följande), och därmed till skadeståndslagens förarbeten (se i det föregående), konstaterade HD att åtagandena i ett avtal kan innebära såväl en utvidgning av parts ansvar som en inskränkning

av ansvaret även om detta inte anges uttryckligen i avtalet. Vad som gäller i det enskilda fallet får avgöras genom sedvanlig avtalsstolkning.

Beträffande det föreliggande fallet stod det klart att kommunen enligt avtal åtagit sig att mot ersättning omhänderta avloppsvatten från flygplatsen, att kommunen haft möjlighet att i avtalen reglera vilka föroreningar som fick finnas i avloppsvattnet och hade "kunnat värdera risker och kostnader för oönskade och oförutsedda föroreningar", något som också i betydande utsträckning skett i avtalet. Vidare konstaterades att ett av avtalen som reglerade förhållandet mellan parterna innehöll en uttrycklig bestämmelse enligt vilken hyresgästen skulle ersätta de kostnader som uppstod för hyresvärden om vissa angivna föreskrifter i avtalet inte följdes medan ansvaret i övrigt förutsatte grov försummelse från parts sida. Skadorna ansågs därför ha haft ett sådant samband med de centrala avtalsförpliktelserna att avtalen uteslöt ett ansvar enligt miljöbalkens regler och uteslutande skulle avgöras av avtalsvillkoren och kontraktsrättsliga regler.

I "Max och Frasses" NJA 2005 s. 608 uppkom frågan om en part skulle kunna åläggas att betala skadestånd mot en annan part för ren förmögenhetsskada trots att parterna inte stått i avtalsförhållande till varandra och trots att skadan inte hade orsakats genom brott. Utgångspunkten i skadeståndslagen är att den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott ska ersätta skadan (2 kap. 2 §). Av förarbetena till paragrafen framgår att lagstiftningen inte ska utgöra hinder mot en rättsutveckling genom rättspraxis på ett sådant sätt att ansvaret för ren förmögenhetsskada vidgas. Med hänvisning till bl.a. "Kone" NJA 1987 s. 692 och "Fastigheten Pastorn" NJA 2001 s. 878 konstaterade HD att sådan skada i vissa fall ersatts när den orsakats på annat sätt än genom brott. Efter att ha uttalat att utgångspunkten är att en avtalspart som drabbas av skada till följd av motpartens avtalsbrott har att vända sig till motparten för att få ersättning för sin skada anförde HD att detta inte hindrar "att det även enligt svensk rätt, åtminstone i särskilt allvarliga fall, bör föreligga skadeståndsansvar för en tredje man som på ett kvalificerat otillbörligt sätt ingriper i andras avtalsförhållanden, så att den ena avtalsparten vidtar avtalsstridiga åtgärder till skada för den andra avtalsparten".

I det enskilda fallet ansågs Frasses handlande utgöra ett tydligt avsteg från vad som måste krävas av en kommersiell aktör och vara så allvarligt att Frasses ålades att ersätta Max för den skada som handlandet orsakat Max. De omständigheter som HD särskilt fäste avseende vid var (1) att Max hade beslutat att flytta sin hamburgerrestaurang till annan plats i Luleå, (2) att Max därför önskade överlåta lokalen till annan men inte till någon som kunde bedriva konkurrerande verksamhet, (3) att Max svikligen förleddes av förvärvaren av lokalen, som då utan Max vetskap ägdes huvudsakligen av Frasses (som också bedrev hamburgerrestaurangverksamhet), att överlåta lokalen trots att avsikten var att därigenom bereda Frasses möjlighet att öppna konkurrerande verksamhet,

(4) att Max inte skulle ha ingått avtalet om man känt till de verkliga förhållandena samt att (5) agerandet framstod som kvalificerat otillbörligt och ett tydligt avsteg från vad som måste krävas av en kommersiell aktör.

4.5.1.6 Direktkrav i kontraktskedjor — avtalskrav och utomobligatoriska krav

Den som orsakar en sakskada, personskada eller ren förmögenhetskada kan enligt reglerna i skadeståndslagen bli ersättningsskyldig för de förluster som uppkommer. Utgångspunkten vid sak- och personskada är att den som vållar sådan skada är skyldig att utge ersättning för förlust som drabbat den person som lider den primära sak- eller personskadan men inte är skyldig att utge ersättning för den förlust som tredje man lider till följd av den primära skadan. Undantag gäller bara för särskilda fall (se prop. 1972:5 s. 159).¹⁸

I NJA 1966 s. 210 hade en person skadat en kraftledning som tillhörde ett bolag inom viss koncern och som användes uteslutande för att överföra elektrisk kraft till andra bolag eller företag inom samma koncern. Skadan medförde driftsavbrott som resulterade i förluster hos bolagets abonnenter av elkraft. De skadelidande bolagen hade enligt HD konkreta och närliggande intressen knutna till kraftledningen och dessa intressen hade varit kända för skadevållaren. Det fanns enligt HD:s majoritet skäl att göra ”avsteg från den i svensk rätt i allmänhet upprätthållna principen, att s.k. allmän förmögenhetskada ej är ersättningsgill med mindre den är en följd av sak- eller personskada som tillskyndats samma rättssubjekt” (se härom särskilt justitierådet Conradis tillägg). Det kan här noteras att kraftbolaget var ett helägt dotterbolag till ett av de bolag som drabbades av driftsavbrott.

I NJA 1972 s. 598 hade förlust i form av såväl sakskada — dödade och skadade höns — som förmögenhetskada uppkommit vid driften av ett hönseri sedan en elektrisk lågspänningsledning skadats av en person inom staten som agerat culpöst. Hönseriet hade varit inrymt i en byggnad som hyrdes av staten genom domänverket. Den skadade ledningen, som också tillhörde staten, försörjde bara de aktuella husen och ett hus till där dock ingen bodde permanent. Enligt HD fick den förlust som drabbat hönseriet genom ledningsskadan anses som en följd av en hönseriet själv åsamkad sakskada. Något tredjemansproblem uppkom därför enligt HD inte i detta fall.

Det gjorde det däremot i NJA 1988 s. 62. Här hade en statlig elkabel skadats genom vållande av en person som utförde arbete åt arbetsgivaren som ensam skulle ansvara för ersättningsgill skada. Genom handlingen hade strömavbrott uppkommit som medförde att ett företag (Volvo Flygmotor) drabbades av dels förlust till följd av att fabrikation fick inställas under viss tid (förmögenhetskada), dels skada genom att

¹⁸ I NJA 2004 s. 609 hänvisas felaktigt till prop. 1975:12 s. 159.

visst material måste kasseras (sakskada). Förmögenhetsförlusten utgjorde inte en följdskada till sakskadan. Skadan på kabeln kunde enligt HD inte betraktas som en sakskada som drabbat företaget. Den förmögenhetsförlust som företaget drabbats av var därför en följdskada av sådant slag att den enligt huvudprincipen i svensk rätt inte var ersättningsgill och det förelåg inte några skäl till undantag. Beträffande sakskadan fann HD att den fick anses adekvat orsakad av personens vållande och att företaget därför var berättigat till ersättning för den (se härom särskilt justitierådet Soleruds tillägg).

Frågan om rätt till ersättning för tredjemansskada uppkom sedan igen i NJA 2004 s. 609. Här hade en bil som tillhörde förarens son skadats i en trafikolycka av ett sådant slag att försäkringsbolaget var skyldigt att utge trafikskadeersättning för sakskadan. Föraren hade till följd härav drabbats av kostnader och inkomstförlust som han krävde ersättning för. Enligt 9 § trafikskadelagen (1975:1410) skulle bl.a. 5 kap. 7 § skadeståndslagen tillämpas, där det anges att skadestånd med anledning av sakskada omfattar även annan kostnad till följd av skadan samt inkomstförlust eller intrång i näringsverksamhet. Efter att ha angivit huvudregeln för tredjemansskador uttalade HD här att undantag kunde tänkas exempelvis om särskilda omständigheter föreligger i fråga om en tredjemansskada i samband med en sakskada som motiverar en rätt till ersättning. Det kunde exempelvis gälla annan än ägaren av ett föremål som nyttjanderättshavare eller en innehavare av en begränsad sakrätt. HD konstaterade också att domstolen i NJA 1966 s. 210 gått längre än så.

Beträffande bedömningen i det enskilda fallet konstaterades att föraren rent faktiskt i avsevärd omfattning hade nyttjat bilen, att han var antecknad som huvudsaklig brukare av fordonet i försäkringsbrevet utfärdat av det spanska försäkringsbolag där bilen var försäkrad, att bilens ägare vid tidpunkten för förvärvet och olyckan inte hade körkort och att föraren svarat för utgifter för bilens nyttjande. Detta ansågs inte tillräckligt för att föraren skulle självständigt vara berättigad till ersättning för sina kostnader och sin inkomstförlust med anledning av sakskadan på bilen eftersom han inte lidit den primära sakskadan utan i stället drabbats av en förmögenhetsförlust till följd av sakskadan. Föraren ansågs inte heller ha visat att hans överenskommelse med ägaren var sådant att detta motiverade att han skulle anses ersättningsberättigad.

Det gemensamma för 1966, 1972 och 1988 års avgöranden är att den skadelidande tredje mannen baserar sitt krav på avtal med den direkt skadelidande och att det som orsakar skadan berör själva avtalsuppfyllelsen. I alla tre fallen skadades ju det som försörjde tredje man med el. Också 2004 års fall får anses röra en situation där tredje mans intresse baseras på ett avtal med den direkt skadelidande och där orsaken till tredje mans skada är att avtalsföremålet skadats. Tredje mans förhållande till den direkt skadelidande var dock där inte tillräckligt nära för att motivera en ersättningsrätt.

Dessa avgöranden skiljer sig i viss utsträckning från en annan grupp fall där skadan drabbar en part som har en avtalsgrundad rätt till ersättning från sin avtalspart och därmed en annan än skadevållaren. Det är ett område som, liksom de föregående elförsörjningsfallen och 2004 års avgörande, orsakat betydande diskussion och där rättsläget fortfarande i alla delar inte kan anses klart.

Utgångspunkten är här, som påpekas i NJA 1997 s. 44 (se Herre, SvJT 2005 s. 580 f.), att ”ett kontraktsförhållande binder part endast gentemot sin direkte medkontrahent, inte gentemot sin medkontrahents medkontrahent. I enlighet härmed kan i princip ansvar göras gällande endast mellan de direkta avtalsparterna i ett kontraktsrättsligt förhållande.” Skälet är främst att ”det befordrar klarheten i rättsförhållandena att var och en håller sig till sin medkontrahent”. Här kan jämföras även med NJA 2007 s. 758, där HD anförde att huvudregeln i svensk rätt är att ”en skadelidande, som har en kontraktuell rätt till ersättning från en medkontrahent (det främre ledet), vilken i sin tur har en kontraktuell täckningsfordran eller regressrätt mot en annan part (det bakre ledet), inte kan hoppa över det främre ledet och rikta ett kontraktuellt krav direkt mot det bakre ledet, inte ens inom ramen för båda de kontraktuella kraven”. Också i NJA 2012 s. 697 fick HD anledning att redovisa sin principiella syn på direktkravsrätten. HD angav här, efter att ha anfört vad som framgår av 1997 och 2007 års avgöranden, att man från huvudregeln gjort undantag i stor utsträckning inom bl.a. (1) transporträtten, så att den skadelidande kan rikta krav mot både transportören och undertransportören (jfr t.ex. 13 kap. 35–37 §§ sjölagen), (2) konsumentskyddslagstiftningen, så att konsumenten kan rikta krav mot bakre säljled eller annan i bakre led (46 § KKöpl, 29 § konsumentkreditlagen, 33 § KTjL) och (3) försäkringslagstiftningen vid ansvarsförsäkring (9 kap. 7 § FAL). HD konstaterar här att man i viss utsträckning utvecklat en rätt för borgenären att med framgång rikta talan mot gäldenärens gäldenär, exempelvis rörande rättsskyddsförsäkring (se nedan).

Mot huvudprincipen om avtalets subjektiva begränsning kan ställas huvudprincipen enligt skadeståndslagen, nämligen att den som genom vårdslöshet orsakar en person- eller sakskada blir ersättningsskyldig (2 kap. 1 § skadeståndslagen). Från denna huvudregel görs dock undantag för fall där annat är föreskrivet eller föranleds av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden (1 kap. 1 §). Detta kan betyda att en oaksam part i en kontraktskedja i vissa fall kan komma att bli ersättningsskyldig mot annan än sin kontraktspart under vissa förhållanden. Hur dessa båda skilda utgångspunkter ska användas för att avgöra en ansvarssituation är oklart och bedömningen är ofta komplicerad. Frågan har varit föremål för prövning i ett antal avgöranden.

Ett första sådant avgörande var NJA 1949 s. 289 (se Rodhe, SvJT 1951 s. 614). Här hade en kund hos postverket ingått avtal med verket om

befordran av tre paket. Verket hade i sin tur ingått avtal med ett rederibolag för befordran av paket till adressaterna i Sydamerika. Mellan verket och kunden gällde ett avtal med begränsning av verkets ansvar. Sedan paketen inte kommit adressaten till handa hade kunden krävt ersättning av rederiet för den del av skadan som inte ersatts av verket. HD kom här fram till att någon ersättning utöver det kunden fått från verket inte kunde utgå eftersom det "ej visats något förhållande som medför, att ytterligare ersättning kan tillerkännas" kunden. Avgörandet är till följd av den begränsade motiveringen svårtolkat. HD har dock i "Cargo Center" NJA 2014 s. 760 (p. 11) anfört att avgörandet får läsas på det sättet att föreskriften om ansvarsbegränsning hindrade att ytterligare ersättning utgick på skadeståndsrättslig grund. Med den tolkningen kunde alltså kunden inte göra gällande ett krav mot det bakomliggande ledet när kunden i sin direkta avtalsrelation hade accepterat att ansvaret om försändelserna försvann beloppsbegränsades och kunden fått denna maximala ersättningen enligt avtalet.

I NJA 2001 s. 711 (se Herre, SvJT 2005 s. 580) hade tillgrepp skett i bankfack av egendom som tillhörde bankkunder. Inbrottet hade möjliggjorts genom att det bevakningsföretag som hade ett avtal med banken om att svara för bevakningen agerat grovt vårdslöst vid utförandet av uppdraget. En fråga i målet var om bankfackskunderna skulle ha kunnat vända sig direkt mot bevakningsföretaget. Här anförde HD att det var med banken som bevakningsföretaget hade tecknat bevakningsavtal och att den vårdslöshet som företaget gjort sig skyldigt till utgjorde ett avtalsbrott i förhållande till banken. HD anförde vidare att företaget "stod inte i något kontraktsförhållande till bankfackskunderna, och i enlighet med den huvudregel som gäller i svensk rätt (se t.ex. NJA 1997 s. 44) skulle de därmed inte ha kunnat vända sig mot" företaget på kontraktuell grund. Vidare anfördes att "inte heller är omständigheterna sådana att bankfackskunderna skulle ha kunnat göra gällande ett utomkontraktuellt skadeståndsanspråk gentemot" företaget. Trots att kunderna drabbats av en egendomsskada, dvs. en sakskada, ansågs alltså kunderna inte kunna på utomobligatorisk grund kräva ersättning av bevakningsföretaget som ju som underleverantör till banken genom grov vårdslöshet inte tillsett att den säkerhet som utlovats fanns i bankvalvet och därför åtminstone medverkat till skadan.

Ett i flera avseenden minst lika komplicerat avgörande är NJA 1986 s. 712 (se Herre, SvJT 2005 s. 704), där en hamn hade köpt en hamnkran av ett bolag. I kranen fanns en överlastindikator som köpts av en leverantör. Indikatorn hade på grund av leverantörens bristande kontroll vid tillverkning eller inmonteringen inte fungerat vid ett lyft och detta hade medfört att hela hamnkranen välte och skadades. Hamnen hade därför krävt ersättning för reparationskostnader, kontroll av indikatorn och för den ersättning för överliggetid som hamnen nödgats utge till ett bolag. HD anförde här att indikatorn "utgjort en väsentlig säkerhetsanordning i kranen, och fel i dess funktion har inneburit en

betydande risk för både personskada och omfattande sakskada”. Leverantören fick därför anses ansvarig för försummelser i kontrollen. Enligt HD saknade det betydelse att den eftersatta säkerhetsförpliktelsen inte fanns konkretiserad i någon författningsbestämmelse. I ett tillägg av justitierådet Bengtsson¹⁹ anfördes att det ”knappast [finns] något stöd i svensk rätt för att man vid produktskador som den aktuella skulle göra undantag från lagens regler om ersättningsskyldighet för sakskada av den anledningen, att skadeståndskrav eventuellt skulle kunna göras gällande på kontraktsrättslig grund mot någon annan svarande”. Enligt Bengtsson var det ”också svårt att finna några vägande skäl för ett sådant undantag; här liksom i andra produktskadefall framstår det som en både naturlig och lämplig lösning att talan kan föras direkt mot tillverkaren av en defekt produkt”.

De nu angivna rättsfallen utgör bakgrunden till de tre avgöranden som meddelats under perioden 2005–2019.

I det första, NJA 2009 s. 16, hade ett byggföretag som anlåtts av en bostadsrättsförening orsakat vattenskada i en av föreningen ägd fastighet som i sin tur medförde allmän förmögenhetsskada bestående i kostnad som innehavare av en skadad bostadsrättslägenhet haft för ersättningsboende. Här ansågs bostadsrättshavaren ersättningsberättigad trots att bostadsrättsföreningen och inte bostadsrättshavaren var ägare till fastigheten. Bostadsrättshavaren ansågs alltså ha rätt att på utomobligatorisk grund göra gällande ansvar direkt mot byggföretaget trots att detta anlåtts av föreningen och oberoende av om bostadsrättshavaren hade varit berättigad till ersättning för samma skada av bostadsrättsföreningen.

HD:s majoritet anförde här, med hänvisning till NJA 1966 s. 210 och NJA 2004 s. 609, bl.a. att ”vid sakskada är det tredje mans relation till den skadade saken som är central, och som en förutsättning för ersättning har ställts upp att tredje man måste ha konkreta och närliggande intressen knutna till saken” men att rättsläget inte i någon större utsträckning syntes kunna preciseras med stöd av generella kriterier. Beträffande bostadsrättshavarens position gick HD domskälsvis vägen över nyttjanderättshavarens rätt till ersättning för tredjemansskada och konstaterade att en nyttjanderätt kan ha ett sådant innehåll att det motiverar en rätt till sådan ersättning. Den större eller mindre likheten mellan ett visst slag av nyttjanderätt och en äganderätt till saken brukar enligt HD ges stor betydelse vid bedömningen om nyttjanderättens innehavare som tredje man kan rikta rättsliga anspråk på ersättning för följdskador mot skadevållaren.

Beträffande bostadsrättshavarens rätt till ersättning anförde HD att ”den som har vållat en skada på fastigheten får betala ersättning till en bostadsrättshavare för de kostnader som han eller hon har åsamkats till

¹⁹ I Bertil Bengtsson och Erland Strömbäck, *Skadeståndslagen*, 6 uppl. 2018, avsnitt 1:1.2 anförts i not 20 att yttrandet enligt referatet inte skedde för egen del och därför kan antas ha gett uttryck för avdelningens mening. Övriga instämde emellertid inte i yttrandet.

följd av skadorna kan med hänsyn till bostadsrättshavarens starka anknytning till den skadade egendomen inte anses skapa oklarheter om ansvarsförhållandena eller normalt antas leda till en ersättningsskyldighet som är alltför långtgående eller svår att överblicka”. Lagreglerna i bostadsrättslagen om bostadsrättshavarens rätt att i vissa fall vända sig mot föreningen och kräva ersättning för kostnader som följt av skadan på föreningens byggnad kunde enligt HD inte hindra att bostadsrättshavaren på utomkontraktuell grund kunde kräva ersättning av den som på föreningens uppdrag utfört arbeten på byggnaden och då vållat skadorna på lägenheten och de därav följande kostnaderna för innehavaren av bostadsrätten (se också den skiljaktiga meningen om betydelsen av NJA 2007 s. 758, se strax nedan, för frågan om bostadsrättshavarens rätt att rikta anspråk på utomobligatorisk grund direkt mot bakre led, dvs. mot byggföretaget).

I det andra avgörandet som i tiden låg några år före 2009 års avgörande, NJA 2007 s. 758, hade en beställare av en entreprenad avtalat med en entreprenör om renovering av stammar för vatten i beställarens fastighet. Entreprenören hade anlitat en underentreprenör som genom vårdslöshet orsakat skador huvudsakligen på fastigheten och därmed på egendom som inte utgjorde entreprenaden. I båda leden gällde standardkontraktet AB 72. Avtalen innebar enligt HD dels att om underentreprenören vårdslöst orsakat en skada på annan beställarens egendom än entreprenaden, kunde beställaren inte alltid få full ersättning för sakskadorna och därav följande allmän förmögenhetsskada från entreprenören, dels att entreprenören vid en regress mot underentreprenören inte heller alltid kunde få full ersättning för vad han eller hon utgett till beställaren. Frågan i målet var emellertid enligt HD om beställaren kunde komma förbi ansvarsbegränsningarna med stöd av skadeståndslagen.

HD konstaterade här bl.a. att entreprenören hade kunnat välja att utföra arbetet själv och att beställaren då hade varit bunden av ansvarsbegränsningen samt att ansvarsbegränsningarna gällde också till förmån för entreprenören när denne ansvarade också för en underentreprenörs vårdslöshet. HD anförde vidare att beställaren kunde ”sägas ha accepterat ansvarsbegränsningarna, oavsett om entreprenören utför arbetet själv eller om han gör det genom en underentreprenör” och att det dessutom låg ”i entreprenörens intresse att hans ansvarsbegränsningar gäller också till förmån för underentreprenörer, eftersom detta typiskt sett sänker det pris som underentreprenörerna begär”. Med undantag för situationer där ”underentreprenören åsidosatt en särskild säkerhetsförpliktelse, med beställaren som skyddsobjekt” (här torde HD ha syftat på vad som anges i NJA 1986 s. 712), liksom för fall där ansvarsbegränsningen skulle åsidosättas till följd av grov vårdslöshet eller uppsåt, medförde enligt HD ”en hänvisning till AB 92 i ett avtal mellan en beställare och en entreprenör ... att beställaren inte har rätt till

ersättning från en underentreprenör på utomobligatorisk grund”. I referatrubriken anges vidare att en beställare ”vid en generalentreprenad, på vilken AB 92 varit tillämpliga, har ansetts inte kunna få ersättning från en underentreprenör på utomobligatorisk grund, när beställarens egendom skadats genom underentreprenörens vårdslöshet”.

Den naturliga läsningen av dessa hänvisningar till AB 72 kan tyckas vara att HD gjort klart att när avtalet mellan en naturaborgenär och en naturagäldenär innehåller ansvarsbegränsningar av det slag som AB 72 innehöll, så kan naturaborgenären inte göra gällande rätt till ersättning på utomobligatorisk grund gentemot naturagäldenärens naturagäldenär, dvs. part i det bakre ledet. HD har emellertid i ”Cargo Center” NJA 2014 s. 760 (p. 11) anfört att avgörandet ”bygger på en tolkning av bestämmelserna i AB 92 och rör förhållandena vid generalentreprenad” och att det därmed ger ”begränsad vägledning för andra fall av kontraktskedjor”.²⁰

Här bör också noteras NJA 2010 s. 629, där en beställare ingått avtal med en entreprenör som i sin tur ingått avtal med en underentreprenör. Den sistnämnda hade sedermera ingått ett avtal med en uttömmande vitesreglering (se avsnitt 2.8 och 4.5.2.5) med beställaren. Efter den skadegörande händelsen — en kvitterad nyckel som förkommit — hade beställaren rest anspråk mot entreprenören. HD konstaterade här att underentreprenören inte skulle ha kunnat ingå avtal om att entreprenören skulle ansvara för mer eller med för beställaren förmånligare ansvarsförutsättningar än vad underentreprenören och beställaren avtalat om. Det konstaterades vidare att det berott på tillfälligheter att avtalet inte hade ingåtts mellan beställaren och entreprenören och att entreprenören vidarebefordrat nyckeln till underentreprenören. Detta talade för att entreprenören kunde ha åberopat villkoret gentemot beställaren trots att entreprenören inte var part i avtalet mellan beställaren och underentreprenören.

I nyssnämnda ”Cargo Center” NJA 2014 s. 760 hade beställaren ingått avtal med en speditör med uppdraget att ombesörja transporter av beställarens varor och speditören i sin tur ingått avtal med en förvarare om hanteringen av varorna på terminalerna på en flygplats. För båda avtalen hade parterna kommit överens om att NSAB 85 skulle tillämpas. HD kom här fram till att om parten i det främre ledet vid en kontraktskedja har råkat ut för en sakskada, kan han på utomobligatorisk skadeståndsrättslig grund vända sig direkt mot ett bakre led som vårdslöst har orsakat skadan, om inte något annat följer av en särskild rättsregel eller föranleds av avtal. I skälen gjorde HD också ett antal principiella uttalanden.

²⁰ Jfr även Bertil Bengtsson och Erland Strömbäck, Skadeståndslagen, 6 uppl. 2018, avsnitt 1:1.2, fotnot 21, där det anges att efter ”Cargo Center” NJA 2014 s. 760 lär 2007 års avgörande ha begränsat intresse i vart fall utanför entreprenadområdet. Jfr även justitierådets Lindskogs tillägg för egen del i ”Cargo Center” NJA 2014 s. 760, p. 49 ff.

Ett sådant var att det utomobligatoriska skadeståndsansvaret principiellt skiljer sig från ett kontraktuellt ansvar eftersom det senare ska säkra fullgörandet av parternas förpliktelser i ett ingånget avtal medan det utomobligatoriska skadeståndsansvaret i stället syftar till reparation av en inträffad skada och därför gäller i förhållande till var och en men då normalt förutsatt att det föreligger uppsåt eller vårdslöshet. Utgångspunkten om den generella giltigheten för ett utomobligatoriskt ansvar kan dock modifieras av avtal, ”antingen omedelbart på grund av avtalets innehåll eller till följd av särskilda rättsregler eller rättsgrundsatser — lagfästa eller i annan form — som gäller för den aktuella avtalstypen”.

Klart är enligt HD att parterna i ett avtal kan komma överens om vad som ska gälla i fråga om möjligheten att vända sig på utomobligatorisk grund mot medkontrahentens avtalspart i ett bakre led. För att den skadeståndsrättsliga utgångspunkten inte ska gälla förutsätts dock som regel enligt HD — ”i enlighet med allmänna principer för tredjemansavtal — att avtalsparterna kan anses ha åsyftat att den part som skadas ska avstå från möjligheten att åberopa skadeståndsansvaret mot det bakre ledet”, en fråga som får avgöras genom avtalstolkning.²¹

Även om den skadelidande inte har ingått ett avtal med det främre ledet som begränsar den skadelidandes rätt att vända sig mot det bakre ledet med ett utomobligatoriskt krav kan rätten till ersättning ändå vara begränsad beroende på hur uppdraget kvalificeras och hur avtalet mellan den skadelidande partens motpart och tredje man ser ut. Är det således fråga om kommission, där kommittenten står utanför avtalet mellan kommissionären och tredje man, gäller, som HD påpekar i ”Cargo Center” NJA 2014 s. 760, att kommittenten när denne tar i anspråk en rättighet som följer av kommissionärens avtal med tredje man i princip inte ska komma i bättre ställning än vad kommissionären hade gjort. Det betyder för utomobligatoriska krav att kommittenten inte ”på utomobligatorisk grund kan få bättre rätt mot den tredje mannen än vad han skulle ha haft om han själv hade ingått avtalet med denne, vilket innebär att den tredje mannen inte blir sämre ställd av att det är kommittenten och inte kommissionären som är skadelidande”. Är det alltså fråga om kommission, eller enligt HD också avtal där den skadelidande partens motpart intar en förmedlarroll som det väsentliga, kan alltså den skadelidandes rätt till ersättning begränsas av vad som följer av avtalet mellan kommissionären/förmedlaren och tredje man. I det aktuella fallet hade dessa parter avtalat om en tidsgräns om ett år inom vilken anspråk måste göras gällande. Eftersom anspråk inte hade riktats från den skadelidande mot tredje man/förvararen inom den angivna tiden ansågs anspråket förfallet.

²¹ Se härom t.ex. Jori Munukka, Utomobligatoriskt anspråk mot avtalsparts kontraktsmedhjälpare och mot avtalspart, JT 2015–16 s. 410 ff. på s. 426 ff. och Stefan Lindskog, Något om rättslig flerspårighet, i Festskrift till Gertrud Lennander, 2010, s. 204 ff.

Som redan nämnts har HD vidare i ett par avgöranden utvecklat en direktkravs rätt inom området för rättsskyddsförsäkringar.

I NJA 1996 s. 400 (se Herre, SvJT 2005 s. 578) konstaterade HD att försäkringsgivarna i rättsskyddsärenden enligt fast praxis utbetalade ersättning för ombudskostnader till försäkringstagaren endast om det kunde visas att denne hade ersatt ombudet men i övriga fall direkt till ombudet. Denna praxis ansågs så fast att den utgjorde branschsedvänja och därför del av avtalsinnehållet i avtal om rättsskyddsförsäkring. En försäkringsgivare som hade betalat ut ersättningen till försäkringstagaren trots att denne ostridigt inte hade ersatt ombudet var därför skyldig att utge ersättning till ombudet. (Se om avgörandet särskilt justitierådet Håstads tillägg för egen del i NJA 2000 s. 48, där han bl.a. konstaterade att om man inte givit en sådan självständig rätt i 1996 års avgörande, skulle ombuden omedelbart ha övergått till att kräva att försäkringstagaren överlät eller pantförskrev sin rätt till försäkringsersättning, om försäkringstagaren inte framstod som betryggande solvent.)

I NJA 2000 s. 48 drog HD den slutsatsen av 1996 års avgörande att avtalet om rättsskyddsförsäkring var ett avtal till förmån för såväl försäkringstagaren som ombudet och att ombudet därför inom ramen för försäkringsvillkoren fick anses ha ”en självständig rätt mot försäkringsgivaren oavsett om försäkringstagaren gått i konkurs”.

Frågan blev sedan i NJA 2012 s. 697 om ett ombud till följd av direktkravs rätt i ett utmättningsmål skulle före utmättningsborgenärerna ha rätt till influtna medel avseende rättegångskostnad som hade betalats in i utmättningsärendet av hans klients motparter. HD uttalade här att en följd av att en borgenär ges rätt att vända sig direkt till sin medkontrahents medkontrahent, dvs. mot gäldenärens gäldenär, är att borgenären har separationsrätt vid medkontrahentens konkurs eller vid utmätning hos denne. Borgenären kan alltså i dessa fall ”göra gällande medkontrahentens fordran mot dennes medkontrahent som sin egen, med företräde framför övriga borgenärer”. HD:s slutsats i avgörandet var dock att det inte fanns skäl att genom en direktkravs rätt skydda rättegångsombudet mot sin klients borgenärer. Skälen för detta var flera. Ett var att en direktkravs rätt skulle urholka principen om borgenärs lika rätt i exekutionsförfarandet och att särskild försiktighet borde iaktas för att skapa en sådan rätt när kravet är kontraktuellt grundat. Andra skäl var den reglering som finns i 12 kap. 14 § första stycket 7 RB om att rättegångsfullmakt ger behörighet för ombudet att uppbära parten tillerkänd ersättning för rättegångskostnad som bl.a. medför att om motparten har betalat till ombudet så är beloppet fredat från andra borgenärs anspråk, liksom att ombudet kan sakrättsligt skydda sig genom förvärv av eller panträtt i klientens fordran mot motparten och denuntiation (jfr NJA 2005 s. 871, där HD konstaterade att en part som pantsatt sin framtida fordran mot staten i ett mål där staten genom kronofogdemyndigheten ansökt om försättning av rättegångskostnadsbor-

genären i konkurs inte hade erhållit sakrättsligt skydd enligt en analogisk tillämpning av 10 och 31 §§ skuldebrevslagen eftersom denuntiation skett till skattemyndigheten som var fristående från kronofogdemyndigheten).

4.5.1.7 Det allmännas kontraktsansvar eller kontraktsliknande ansvar Betydande delar av det allmännas verksamhet är av det slaget att förhållandet mellan det allmänna och den enskilde inte kan betraktas som ett kontraktsförhållande i vanlig mening och där allmänna kontraktsrättsliga principer därför inte kan läggas till grund för bedömningen av det allmännas ansvar för exempelvis fel i prestationen. HD har emellertid i några viktiga avgöranden haft anledning att bedöma om vissa prestationer som tillhandahålls är sådana att det finns skäl att tillämpa ett obligationsrättsligt eller mer allmänt ett civilrättsligt synsätt.

Ett sådant avgörande är NJA 1998 s. 656 I, där föräldrar som haft sina barn i kommunal barnomsorg och som betalat avgifter för omsorgen ansågs kunna föra en talan vid allmän domstol om återbetalning av avgifter på grund av hälsofarliga lokaler. Här bedömdes förhållandet ha så starka privaträttsliga inslag att det förelåg ett ömsesidigt förpliktande avtal. Också NJA 2008 s. 642 rörde kommunal barnomsorg. Här var frågan om föräldrar var skyldiga att betala barnomsorgsavgift också under den period vid vilken personalen hade tagits ut i strejk och någon verksamhet alltså inte bedrevs. Även i detta fall ansågs verksamheten utgöra ett ömsesidigt förpliktande avtal. HD fann här att någon betalningsskyldighet inte hade förelegat under tiden då personalen strejkade eftersom den som inte får en avtalad prestation inte heller behöver betala för den.

Dessa båda avgöranden utgjorde delar av bakgrunden till ”Högskoleavgiften” NJA 2018 s. 266. Här hade en utländsk student betalat en studieavgift för en högskoleutbildning. Lagstiftaren hade i detta fall lämnat öppet hur förhållandet mellan högskolan och studenten skulle betraktas eftersom de offentlighetsrättsliga reglerna inte täckte alla aspekter av rättsförhållandet. HD kom här fram till att allmänna kontraktsrättsliga principer kunde tillämpas vid bedömningen av dels vilka rättigheter en avgiftsbetalande student får anses ha i förhållande till en högskola beträffande utbildningens kvalitet, dels vilka påföljder som kan göras gällande vid eventuella avvikelser från kvalitetskraven. Det påpekades dock särskilt att rättsförhållandets offentlighetsrättsliga natur måste beaktas vid denna bedömning. Den bristande utbildningskvaliteten ansågs i det enskilda fallet utgöra ett avtalsbrott som grundade en rätt till avdrag på studieavgiften.

4.5.1.8 Produktansvar

Produktansvar kan aktualiseras såväl inom kontraktets ram som utanför. Exempelvis behandlar KöpL produktskador som utom-

obligatoriska skador (se 67 § första stycket, som undantar ”ersättning för förlust som köparen tillfogas genom skada på annat än den sålda varan”). Det gör att KöpL avviker från internationella köplagskonventionen CISG, som omfattar saksador (se artikel 5). För konsumentköpens och konsumenttjänsternas del regleras också ansvaret för vissa produktskador (se 31 § KKöpL och 31 § fjärde stycket KTjL). Utöver att skadeståndslagen och allmänna rättsprinciper i viss utsträckning reglerar ansvaret för produktskador finns den allmänna regleringen i produktansvarslagen (1992:18). Skadestånd enligt den lagen ”betalas för personskada som en produkt har orsakat på grund av en säkerhetsbrist” och för ”sakskada som en produkt på grund av en säkerhetsbrist har orsakat på egendom som till sin typ vanligen är avsedd för enskilt ändamål, om den skadelidande vid tiden för skadan använde egendomen huvudsakligen för sådant ändamål”. Med produkt avses enligt definitionen ”varje lös sak” (se 2 §).

Vad som är en ”produkt” i lagens mening är inte givet för alla situationer. I ”Dricksvattnet” NJA 2018 s. 475 hade dricksvatten i enlighet med lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster levererats från ett bolag som var helägt av en kommun till några privatpersoner som menade att de orsakats personskada på grund av att vattnet haft en säkerhetsbrist i form av att det kontaminerats med en viss substans (PFAS). Frågan var om produktansvarslagen skulle anses vara tillämplig. En fråga var då om dricksvatten skulle anses utgöra en produkt. HD konstaterade här, med hänvisning till lagens förarbeten, att uttrycket lös sak i lagen används i dess vedertagna betydelse och att det därmed omfattar varje slag av rörligt fysiskt föremål, att sättet att framställa en produkt är inte avgörande för om den ska falla under lagens tillämpningsområde samt att gaser och vätskor är ”exempel på produkter i lagens mening, oavsett om de utvinns direkt från naturen eller framställs industriellt”. Dricksvatten ansågs därför vara en produkt i lagens mening.

4.5.1.9 Konkurrerande skadeorsaker

En skadelidande kan drabbas av en negativ effekt som beror på flera olika och oberoende orsaker. Frågor om när det föreligger skadeståndsskyldighet och hur ansvaret i så fall ska fördelas mellan dem vars agerande eller underlåtenhet att agera har medfört skadan avgörs huvudsakligen av läran om konkurrerande skadeorsaker.

I NJA 2012 s. 597 hade en entreprenörs arbeten försenats med 13 veckor, något som hindrade att objektet för entreprenaden togs i drift vid den avtalade tidpunkten. Samtidigt hade en annan sidoentreprenörs arbeten försenats på ett sådant sätt att också detta hindrade att anläggningen sattes i drift. HD slog här fast att det närmast råder enighet i nordisk doktrin om att båda händelserna medför skadeståndsansvar om två ansvarsgrundande händelser medför samma skada vid samma tidpunkt eller under samma tidsrymd, dvs. när det föreligger

s.k. faktisk orsakskonkurrens. I dessa fall ansvarar skadevållarna solidariskt för hela den uppkomna skadan.

Även om principerna om konkurrerande skadeorsaker utvecklats inom den utomobligatoriska skadeståndsrätten var det enligt HD motiverat att man för kontraktsförhållanden hämtar ledning från dessa principer. Därför är utgångspunkten vid faktisk orsakskonkurrens mellan två skadeståndsgrundande avtalsbrott som medför samma skada under samma tidsrymd att skadevållarna blir solidariskt skadeståndsskyldiga. Det gäller exempelvis ”när en köparens produktion stoppas både av säljarens uteblivna leverans av insatsvaror och av en elleverantörs kontraktsstridiga underlåtenhet att tillhandahålla elektricitet för produktionen”. Detta innebär att det inte krävs att avtalsbrottet för att vara skadeståndsgrundande är en nödvändig betingelse för den inträffade skadan. Det krävs alltså inte att skadan inte skulle ha inträffat om handlingen inte hade skett.

I det enskilda fallet utgick HD från dessa allmänna principer och slog fast att viss dröjsmålsvitesreglering i AB 92 medförde att var och en av de som varit försenade var skyldiga att utge vite, även om detta medförde att beställaren, den skadelidande, erhöll mer i kompensation än som motsvarade den faktiskt lidna skadan, dock med den generella begränsning som eventuellt följer av en tillämpning av 36 § AvtL.

4.5.1.10 Fastställelse av att skadeståndsskyldighet föreligger

En skadeståndstalan rymmer inte sällan behovet av ställningstaganden i en mängd avseenden. Käranden kan för framgång behöva bevisa att motparten agerat eller inte agerat på ett visst sätt, att agerandet har varit sådant att en skadeståndsförutsättning (t.ex. vållande) föreligger eller en befrielsegrund inte föreligger (t.ex. enligt kontrollansvaret), att en negativ ekonomisk effekt — skada — uppkommit, att denna orsakades av motpartens avtalsbrott, att det föreligger adekvat kausalitet mellan brottet och skadan och att den negativa effekten uppgår till visst belopp. Bedömningen kan kompliceras ytterligare av att svaranden gör gällande att den skadelidande har varit medvållande till skadan och att skadeståndet av det skälet ska jämkas eller att ett skadestånd bestämt enligt de regler som gäller för nyssnämnda prövning skulle vara oskäligt betungande. Det kan ofta vara ändamålsenligt och kostnadseffektivt att prövningen delas upp i flera domar, där alltså delar av talan avgörs genom mellandom och där det fastställs exempelvis att skadevållaren är skadeståndsskyldig. Käranden kan också välja att föra en fastställsetalan om dessa förhållanden. En sådan talan om huruvida visst rättsförhållande består eller inte består får typiskt sett föras om det råder ovisshet om rättsförhållandet och ”denna länder käranden till förfång” (jfr 13 kap. 2 § RB). Det krävs dock härutöver att talan med hänsyn till omständigheterna får anses lämplig.

I NJA 1973 s. 412 hade käranden yrkat att svaranden skulle förklaras skyldig att ersätta käranden den skada denne lidit genom viss skadegörande handling (en arbetsgivare påstods ha vållat ett olycksfall på en arbetsplats). I talan inbegreps inte en prövning av skadans art eller storlek. HD uttalade här att en skadelidande kan ha ”ett betydande intresse att erhålla en dom som går ut på fastställelse av att annan är skyldig att ersätta skadan. Han kan härigenom besparas arbete och kostnad för utredning om skadans storlek till dess det visar sig att han äger rätt till skadestånd”. HD uttalade emellertid vidare att en prövning av frågan om skadeståndsskyldighet ”måste, för att tillgodose syftet att undanröja denna ovisshet, i förekommande fall avse även de omständigheter som kan leda till en jämkning av ett skadestånd”. I det enskilda fallet träffade detta uttalande den medvållande fråga som aktualiserats av svaranden. Enligt HD kunde därför den aktuella tvisten tas upp till prövning.

Frågan belyses också i NJA 2005 s. 517, där käranden hade yrkat att det skulle fastställas att svaranden hade ådragit sig skadeståndsskyldighet i första hand för skada i form av kostnader samt utebliven vinst på grund av kontraktsbrott och i andra hand för skada i form av kostnader m.m. på grund av *culpa in contrahendo*. Storleken på den skadeersättning som käranden ansåg sig vara berättigad till skulle dock inte prövas. Svaranden hade invänt att ett eventuellt skadestånd skulle jämkas bl.a. på grund av skadans storlek, vilket enligt HD fick förstås så att svaranden gjorde gällande att ett skadestånd skulle vara oskäligt betungande. Käranden hade uppgivit att skadan enligt förstahandsyrkandet grovt kunde uppskattas till ett visst angivet belopp, medan skadan avseende andrahandsyrkandet sannolikt inte skulle överstiga ett annat uppgivet belopp.

HD:s majoritet uttalade här, efter en redovisning av NJA 1973 s. 412, bl.a. att det finns fall där ”det inte låter sig göra att pröva frågan om skadeståndsskyldighet oberoende av den uppkomna skadans art och storlek” och att en ”dom varigenom svaranden förklaras skyldig att ersätta käranden för skada som denne lidit genom viss skadegörande handling — utan att skadans art eller storlek samtidigt prövas — är inte mycket värd, om frågan om och i vad mån skadeståndet skall jämkas lämnas obesvarad i domen”. Valet står i dessa fall därför enligt HD vanligtvis mellan att pröva jämkningsfrågorna antingen i en inledande fastställelseprocess eller i den fullgörelseprocess som avslutar tvisten och det finns inte skäl att utesluta något av dessa alternativ.

I det aktuella fallet beslutade HD att tillåta fastställsetalan. Enligt HD var det tydligt att jämkningsyrkandet rörande ett eventuellt oskäligt betungande skadestånd lämpligen prövades i den senare processen och inte i den initiala fastställsetalan. Samtidigt kunde det inte möta något hinder att pröva jämkningsyrkandet redan i den initiala fastställsetalan mot bakgrund av de uppgifter den skadelidande lämnat om skadeståndsbeloppets storlek. Minoriteten konstaterade att påståenden om medvållande kunde prövas inom ramen för fastställsetalan

men att detsamma inte kunde gälla jämningsyrkandet avseende skadans storlek.

4.5.2 Skadeståndets beräkning

4.5.2.1 Adekvat kausalitet

En allmän skadeståndsrättslig princip är att det gäller ett krav på adekvat kausalitet för att ersättning ska utgå. HD har i "Multitotal" NJA 2017 s. 9, som rörde frågan om rätt till utomobligatoriskt skadestånd till följd av ett felaktigt påstående om varumärkesintrång som medfört förbud att använda varumärket under en tid, gjort vissa generella uttalanden om vad som innefattas i bedömningen. HD angav här att "det för skadeståndsansvar inte är tillräckligt att det föreligger ett faktiskt eller logiskt orsakssamband mellan handling och effekt. Det krävs också att sambandet är av viss särskild beskaffenhet eller har viss kvalitet". Det innebär enligt HD att skadan ska ha "framstått som en beräknelig och i viss mån typisk följd av det skadegörande beteendet. Skadan ska alltså ha varit i någon mening förutsebar (jfr exempelvis NJA 1991 s. 217,). Det som ska skäras bort från ett konstaterat skadeståndsansvar är sålunda effekter av den skadegörande handlingen som är så osedvanliga eller osannolika att den skadevällande parten inte borde ha tagit dem i beräkning."²²

"Den oförsäkrade båten" NJA 2017 s. 371 rörde bl.a. frågan om ett utomobligatoriskt skadestånd skulle begränsas till följd av att egendomen var särskilt värdefull. HD konstaterade här att två tidigare avgöranden, NJA 1957 s. 499 och NJA 1991 s. 567, som båda gällt bl.a. om full ersättning skulle utgå när värdefulla jakthundar hade använts under jakt och till följd av vårdslöshet dödats på jakten. Uttalanden i dessa avgöranden antydde närmast att HD sett frågan som en fråga om jämkning på grund av medvållande. I 2017 års avgörande uttalade HD dock att frågan också kan bedömas utifrån kravet på adekvat kausalitet. När värdet på den skadade egendomen är så osedvanligt eller osannolikt högt att skadevällaren inte borde ha tagit det i beräkning kan alltså hela eller delar av ansvaret för skadan skäras bort. Också skadebeloppet ska alltså i någon mening vara förutsebart för att den skadevällande parten ska ansvara härför. I det enskilda fallet konstaterade HD dock att det hade varit uppenbart för skadevällaren att egendomen, en båt, var värdefull. Den till beloppet stora skadan hade därför varit något som denne därför haft att räkna med.

4.5.2.2 Medvållande

I 6 kap. 1 § andra stycket skadeståndslagen anges att skadestånd med anledning av sakskada eller ren förmögenhetsskada kan jämkas, om vållande på den skadelidandes sida har medverkat till skadan. Regleringen är tillämplig såväl inom den utomobligatoriska skadeståndsrätten som i kontraktsförhållanden. Utgångspunkten är här att

²² Se om NJA 1991 s. 217 bl.a. Herre, SvJT 2005, s. 726.

om den skadeorsakande parten agerat vårdslöst (jfr 2 kap. 1 § skadeståndslagen) och den skadelidande parten genom vårdslöshet medverkat till skadan så kan ansvaret jämkas. Här ska i synnerhet hänsyn tas till sådana faktorer som skuldgraden och vilken effekt just medvållandet har orsakat. Även sådant som farligheten av skadevållarens och skadelidandes verksamhet och parternas ekonomiska förhållanden kan ha betydelse.

Enligt HD i ”Multitotal” NJA 2017 s. 9 har regleringen ”sin särskilda betydelse för bedömningen av initialskedet av ett skadeförlopp där ställning måste tas till om, och i så fall i vilken utsträckning, den skadelidande har medverkat till att det över huvud taget blev ett skadefall”. Vid sidan av möjligheten att jämkas pga. medvållande gäller som allmän princip att den skadelidande ska vidta skäliga åtgärder för begränsning av sin skada. Den gäller enligt HD under hela skadeförloppet, dvs. från det att ersättningsskyldigheten utlöstes intill dess ytterligare skada inte längre uppkommer eller kan uppkomma. Enligt HD skiljer sig skadebegränsningsskyldigheten ”normalt från den begränsning av ansvaret som följer av principen om den skadelidandes medverkan genom att skyldigheten aktualiseras också efter det att skadeförloppet har inletts. Föreligger emellertid en grund för jämkning till följd av den skadelidandes medverkan också efter det att skadeförloppet har inletts kan båda principerna ha betydelse för bestämningen av skadeståndets storlek”.

Vad som ska anses vara ett medvållande berördes i ”Den oförsäkrade båten” NJA 2017 s. 371, där skador på en båt uppkommit till följd av ett oaktsamt agerande av en person. Här var en fråga om det förhållandet att båten hade varit oförsäkrad skulle anses ha betydelse för skadeståndets storlek. I förarbetena till skadeståndslagen hade förutsatts att om den skadelidande har ett försäkringsskydd så ska detta beaktas vid skälighetsbedömningen (se prop. 1975:12 s. 173 f. och 177). I NJA 1957 s. 499 och NJA 1991 s. 567 hade HD funnit att jämkning inte skulle ske när en jakthund hade använts under jakten trots att den inte var försäkrad och till följd av vårdslöshet dödats på jakten. Tidigare rättspraxis gav därför enligt HD inget egentligt stöd för att jämkning bör ske när det funnits en försäkringsmöjlighet. Numera följer av försäkringsavtalslagen (7 kap. 9 §) att försäkringsbolaget inträder i den försäkrades rätt till skadestånd med anledning av skadan. Om den skadelidande därför har försäkring riskerar skadevållaren, om man skulle ta hänsyn till att det finns en försäkring, att få betala full ersättning trots försäkringen, nämligen vid fullvärdeförsäkring hela den försäkringsersättning som utgått i form av bolagets regressanspråk och i andra fall dels ersättningen till den skadelidande för den del som inte är försäkrad, dels vad som utgetts på försäkringen när försäkringsbolaget gör gällande sitt regressanspråk. Någon begränsning av ansvaret för den skadevållande parten skulle alltså inte uppkomma. Som HD konstaterade är det mot den bakgrunden av rättssystematiska skäl ”svårt att se hur frånvaron av

försäkring på den skadelidandes sida skulle kunna utgöra grund för jämkning av en sakskada på grund av medvållande”.

I NJA 2012 s. 725 var en fråga i målet om två personer, som vårdslöst lämnat felaktig information till sin kontraktspart som medfört att denne drabbats av skada, fullt ut skulle ansvara för den uppkomna förlusten (se närmare härom avsnitt 4.5.1.4 i det föregående). HD:s majoritet (1 justitieråd) kom här fram till att jämkning skulle ske. Det togs här hänsyn till främst två olika omständigheter. För det första beaktades uppgiftens karaktär. HD anförde här att uppgiften om leverans varit ”abstrakt och kort och förekom i ett avsnitt som främst tog sikte på hur avtalet ingicks, och där klausulen i denna del närmast handlade om” säljarens köprättsliga ansvar. Klausulutformningen medförde att det fanns ”risk för att en köpare undertecknade den utan att sätta sig in i vad som skedde, eller bara slentrianmässigt skrev under utan att inse att det innebar en bekräftelse av att en leverans hade genomförts”. Härtill kom att köparna inte tagit kontakt med säljaren/kreditgivaren före köpet t.ex. för att höra sig för om båten och diskutera villkoren för köpet, handpenningen eller krediten och inte heller hade säljaren fått information om sådan diskussion på annat sätt. Säljaren hade inte heller gjort någon egen kontroll av giltigheten av förvärvet innan den såldes vidare till köparna. Dessa omständigheter kring köpet fick enligt majoriteten anses ha varit sådana att det var ”i viss mån oaktsamt” av säljaren att förlita sig endast på uppgiften i köpekontraktet om att båten levererats. Härtill kom enligt majoriteten att det, särskilt när motparterna är privatpersoner, låg ”som utgångspunkt nära till hands att låta kommersiella parter bära ett visst ansvar om oegentligheter förekommer från samarbetspartens sida” och att säljaren anförtrott åt leverantören att dels leverera båten direkt till kunden, dels handha kontakten med kunden. Ansvaret jämkades därför (se om denna bedömning bl.a. Håkan Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, 2017, s. 369 ff.). En minoritet om två ledamöter kom här fram till att det inte fanns skäl för jämkning på grund av medvållande.

Medvållandefrågor kan uppkomma också på andra områden. De organledamöter som finns i ett aktiebolag kan bli skadeståndsansvarig enligt de förutsättningar som ges i 29 kap. ABL. Jämkning av ansvaret kan ske efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art, skadans storlek och omständigheterna i övrigt. Är det flera som ansvarar och är ersättningskyldiga för samma skada, svarar de på samma sätt som enligt huvudregeln i skadeståndslagen (6 kap. 4; jfr 2 § skuldebrevslagen) solidariskt för skadeståndet. Återkrav får vid betalning ske efter vad som är skäligt med hänsyn till omständigheterna. (Se 29 kap. 5 och 6 §§ ABL.) I NJA 2006 s. 136 var frågan om det skadestånd som en revisor skulle utge skadeståndet kunde jämkas på grund av medvållande på bolagets sida. HD uttalade här bl.a. att ”för att reglerna om medvållande på aktiebolagets sida vid organansvar och principalansvar överhuvudtaget skall bli aktuella, fordras att det finns ett tredje intresse

involverat. Syftet med reglerna om passiv identifikation är att få en lämplig riskfördelning mellan skadevållaren och den skadelidande; den skadelidande skall inte komma i en bättre ställning när någon för vilken han ansvarar har varit medvållande, än då han själv har varit det". Aktiebolagets organansvar aktualiseras därför inte i en situation "där endast bolaget och organledamoten är berörda och där det är organledamoten som vållat bolaget skada". I stället kan jämningsregeln användas vid fördelningen av ansvaret mellan flera olika organledamöter som vållat bolaget en skada. Hänsyn ska då bl.a. tas till vilka plikter de olika ansvariga haft och hur medverkan sett ut, liksom regressmöjligheterna. Av detta följer enligt HD att en revisors ansvar inte kan jämkas på grund av medvållande på bolagets sida.

4.5.2.3 Skadebegränsningsskyldighet

Av 70 § första stycket KöpL framgår att den skadelidande parten ska vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada och att om han eller hon försummar det, får den skadelidande själv bära en motsvarande del av förlusten. Av "Multitotal" NJA 2017 s. 9 framgår att en skadebegränsningsskyldighet får anses föreligga också i utomobligatoriska förhållanden. Vid bedömning av vad som ska anses vara skäliga begränsningsåtgärder ska enligt HD vägledning "sökas i hur en normal skadelidande under motsvarande omständigheter skulle ha handlat om han eller hon visste att ersättning inte skulle erhållas från motparten". Enligt HD krävs det inte "mindre långtgående åtgärder bara för att den skadeståndsskyldige har agerat med skadeavsikt eller mer långtgående åtgärder till följd av att denne har agerat närmast ursäktligt men ändå skadeståndsgrundande". Begränsningsskyldigheten gäller under hela skadeförloppet och inleds när den skadelidande får klart för sig att denne drabbats av en skadegörande handling.

Av HD:s uttalanden framgår att det inte krävs ett omedelbart agerande utan att man måste ge den skadelidande en tid under vilken denne överväger sina handlingsalternativ. Det viktiga för bedömningen är därför de alternativ som förelåg för den skadelidande och i vilken utsträckning denne kände eller borde ha känt till dessa. För långvariga skadeförlopp krävs vidare att den skadelidande successivt omprövar situationen och frågar sig vilka åtgärder som kan vidtas med hänsyn till händelseutvecklingen. En viktig utgångspunkt för begränsningsskyldigheten är att åtgärderna vidtas i den skadeståndsskyldiga partens intresse. Det betyder bl.a. enligt HD att den skadelidande bara behöver ta förhållandevis begränsade risker och att det därför normalt inte krävs att "komplicerade rättsliga processer inleds eller att åtgärder vidtas som innebär beaktansvärda risker för den skadelidandes anseende på marknaden".

I "Multitotal" NJA 2017 s. 9, där en part interimistiskt förbjudits att marknadsföra och sälja varor under visst varukännetecken, konstaterade HD att när ett företag förbjuds att använda ett varumärke som är avsett för en viss vara eller ett visst varuslag får varan med varumärket inte längre förekomma på marknaden, varför det då ligger nära till hands att företaget också slutar att sälja varan. En fråga blir då om det kan krävas som en skadebegränsande åtgärd att svaranden säljer varan under annat kännetecken eller under en generisk beteckning. Enligt HD är svaret typiskt sett nej och det till följd av de svårigheter som uppkommer för svaranden om denne skulle tvingas vidta sådana åtgärder. Men om den skadelidande faktiskt vidtar åtgärder ändå ska dessa naturligtvis beaktas vid beräkningen som en del i konstruktionen av det faktiska händelseförloppet.

Frågan om den rätt till skadestånd en part har ska minskas till följd av brist på aktivitet har också prövats i ett mål om offentlig upphandling. I "Armémuseum" NJA 2016 s. 369 fann HD att anbudsgivaren inte kunde klandras för att denne inte ansökt om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och inte heller lämnat något anbud i en ny upphandling som genomfördes året efter den skadeståndsgrundande upphandlingen (se avsnitt 4.5.2.7).

4.5.2.4 Ersättning för s.k. fritidsförluster

HD har i ett antal avgöranden under åren tillerkänt den skadelidande ersättning för ideell skada i form av förlorad fritid eller semester. Vid sakskada har kostnaden för den planerade fritiden ansetts utgöra en ersättningsgill skada (se "Lustjakten Itaka" NJA 1945 s. 440 I, där förlust till följd av avsaknad av en lustjakt under resterande del av seglingssäsongen till följd av reparation ersattes). Förstörd semester har också ersatts i "Den förstörda semestern" NJA 1948 s. 646 (ersättning för förlust av semester efter trafikolycka) och "Dragkroken" NJA 1992 s. 213 (ersättning för förlust av semestern och olägenheter det inneburit att använda semesterdagarna för att minska sakskadans följder efter det att felaktigt monterad dragkrok medfört att dragkroken lossnade och husvagnen därför fick omfattande skador). Ideell skada i form av avbräck i rekreations- och semestermöjligheter har än vidare ersatts i "Den vinterförvarade båtmotorn" NJA 1979 s. 670 (där en båtmotor innehållits vid förvaringstidens utgång till följd av krav på betalning av belopp som det sedermera visade saknas grund för, se Herre, SvJT 2005 s. 755).

Frågan kom att bli föremål för prövning också i NJA 2016 s. 900, där det förelåg en försening med ankomst i Montrealkonventionens mening (konventionen den 28 maj 1999 om vissa enhetliga regler för internationella lufttransporter) om sju timmar. EU:s flygpassagerarförordning²³ var inte tillämplig för flygningen. Svensk rätt var enligt HD

²³ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till

tillämplig på frågan om en skada till följd av försening skulle ersättas. Med hänvisning till prop. 1984/85:110 s. 274, där det talas om ”konsumentens intresse av att få valuta för kostnader eller arbete som han har nedlagt för att få ökad fritid”, konstaterade HD att skador som avser förlust av fritid eller mistad semester och andra liknande olägenheter ”ligger ofta på gränsen för vad som kan anses utgöra en ekonomisk skada”. Indelningen ideell respektive ekonomisk skada innebär dels en tämligen oförutsebar klassificering, dels en mindre ändamålsenlig grund för vad som ska ersättas och inte.

Enligt HD var därför en mer ändamålsenlig avgränsning hur skadan förhåller sig ”den prestation som parten på grund av avtalsförhållandet har rätt till och syftet med prestationen. Om en skada beror på att det uttryckligen eller underförstått överenskomna syftet inte har realiserats till följd av utebliven prestation eller fel i denna, så talar det för att skadan ska ersättas även om den är svår att mäta i pengar”. Är det därför fråga om en paketresa till en semesterort och syftet förfelas i beaktansvärd grad genom förseningen bör enligt HD den ideella skadan ersättas. Ett sådant synsätt ligger också i linje EU-domstolens uttalanden i mål Leitner, C-168/00, EU:C:2002:163. Samma synsätt ska dock enligt HD inte tillämpas på reguljära persontransporter, där eventuella ideella skador ofta beror på individuella och för transportören okända syften med resan. När sådana omständigheter föreligger bör passageraren i allmänhet inte vara berättigad till ersättning. Enligt HD följer också av allmänna kontraktsrättsliga principer att ”redan tidsförlusten i sig skulle utgöra en ersättningsgill skada”. Majoriteten kom därför fram till att någon ersättningsskyldighet för den reguljära resan inte förelåg (jfr justitierådet Johanssons tillägg om möjligheter att få ersättning för olika ideella poster). Ett justitieråd var skiljaktigt och ville tillerkänna passageraren viss ersättning, bl.a. med hänvisning till att det vid flygtransporter är fråga om en standardiserad tjänst som tillhandahålls åt ett stort antal personer och att det därför knappast är görligt att gå in på någon närmare individuell prövning av avtalsintresset, dvs. den prestation som parten på grund av avtalsförhållandet har rätt till och syftet med prestationen.

4.5.2.5 Avtalade viten

Frågan om hur ett avtalat vite ska anses förhålla sig till borgenärens rätt till ersättning i form av skadestånd är omdiskuterad. Svaret beror i betydande utsträckning på hur vitesregleringen är utformad. I NJA 2010 s. 629 hade en beställare och en underentreprenör avtalat om att vite skulle utgå ifall omhändertagen egendom förkom (se även 2.8 och 4.5.1.6). I bestämmelsen, som intagits i en bilaga till en kvittenslista för nycklar och som utgjorde del av avtalet, angavs att ”Nycklar som ej kommer oss tillhanda efter påpekande kommer att debiteras 15 000 kr”

passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91.

och att nycklar till lägenheter som hyresgäster äger och som försvinner, debiteras för låsbyte”. Frågan var om det avtalade vitet antingen utgjorde ett belopp som den som kvitterat en nyckel under alla förhållanden skulle betala om nyckeln kom bort utan att vitet hindrade den skadelidande att i stället kräva ett högre skadestånd enligt entreprenadkontraktet eller om vitet skulle anses utgöra en exklusiv reglering av vad som skulle betalas om nyckeln kom bort.

HD uttalade här principiellt att en vitesklausul kan tjäna olika ändamål; ”den kan förstärka preventionen mot kontraktsbrott, den kan ge den skadelidande större ersättning och med andra ansvarsförutsättningar än som skulle följa av skadeståndsrättsliga regler, den kan utgöra en ansvarsbegränsning till förmån för den kontraktsbrytande parten och den kan förenkla skadehantering”. Slutsatsen blev att eftersom ”en vitesklausul kan fylla olika funktioner och förhållandena varierar, kan det inte generellt anges huruvida en vitesklausul in dubio utgör en exklusiv reglering av ersättningen vid ett kontraktsbrott. I stället får klausulen i allmänhet tolkas utan tillämpning av en sådan hjälpregel.” Just den klausul som var föremål för prövning ansågs ha gett gäldenären fog för att uppfatta regleringen som exklusiv.

I NJA 2012 s. 597 hade parterna avtalat om tillämpningen av AB 92, där det bl.a. angavs att en beställare hade rätt till vite om entreprenören överskred den kontraktstid som gällde för entreprenörens arbeten. Regeln modifierades emellertid av bestämmelser som angav att entreprenören hade rätt till tidsförlängning om hindret orsakats av en omständighet som berodde på beställaren eller något förhållande på dennes sida. Enligt HD innebar regleringen att en ”entreprenör som är försenad med sina kontraksarbeten ska således utge vite alldeles oavsett hur entreprenaden utvecklas i sådana delar som entreprenören inte ansvarar för, förutsatt att de övriga arbetena inte medför ett relevant hinder eller ger rätt till tidsförlängning av något annat skäl”. Frågan blev då om beställaren kunde bli överkompenserad i vissa fall och om hänsyn skulle tas till det i tolkningen. I det aktuella fallet hade två olika entreprenörer oberoende av varandra blivit försenade med sina arbeten. Båda förseningarna medförde var och en för sig att anläggningen inte kunde tas i bruk som avtalat. HD uttalade här att en ”entreprenör som har åtagit sig att utge ett förseningsvite har emellertid typiskt sett tagit på sig en till beloppet bestämd risk om parten inte fullgör sin prestation enligt avtalet, och detta oberoende av förseningens följdverkningar”, varför skyldigheten att betala vite inte påverkas av om också andra entreprenörer ska utge förseningsvite.

4.5.2.6 Relationen mellan allmänna skadeståndsrättsliga regler och särlagstiftning

I NJA 2013 s. 909 uppkom bl.a. frågan om skadeståndsregleringen i lagarna om offentlig upphandling utesluter att skadestånd kan utgå på annan grund och i det föreliggande fallet enligt skadeståndslagen. En

kommun, Gotlands kommun, hade vid genomförandet av en offentlig upphandling tagit in ett ”skall-krav” (numera nog ”ska-krav”) om att ett anbud skulle innehålla kopior av vissa handlingar. När en part hade lämnat in sitt anbud hade han av en handläggare fått besked om att anbudet kunde kompletteras med kopior på föreskrivna handlingar genom kommunens försorg. En domstol fann emellertid att anbudet rätteligen borde ha förkastats eftersom kravet inte hade följts. Anbudsgivaren väckte sedermera talan mot kommunen och krävde skadestånd.

HD uttalade, med hänvisning till bl.a. NJA 1983 s. 836, att utgångspunkten i ”svensk rätt är att en skadeståndstalan med stöd av allmänna skadeståndsregler tillåts även när det finns speciallagstiftning som reglerar frågan”. Exklusivitet kan emellertid framgå av lagens utformning och syften eller av att lagen baseras på internationella överenskommelser där det framgår att skadestånd bara får dömas ut enligt de förutsättningar som anges i instrumentet. Beträffande den då aktuella lagen om offentlig upphandling och det då bakomliggande direktivet om offentlig upphandling uttalade HD att det inte fanns någon antydning om att regleringen avsågs att vara exklusiv. Slutsatsen blev därför att oavsett om talan i målet skulle anses falla in under skadeståndsregleringen i lagen eller inte, så fanns det inget hinder mot att i stället grunda talan på skadeståndslagen (i det här fallet 3 kap. 3 §). Beträffande nu gällande lagstiftning på upphandlingsområdet torde slutsatsen vara densamma.

Motsvarande fråga om relationen mellan en viss lag och allmänna skadeståndsrettsliga regler berördes också i NJA 2018 s. 793. Här var frågan om allmänna regler om preskription av utomobligatoriska krav skulle tillämpas eller om särskilda regler för just krav enligt frihetsberövandelagen skulle tillämpas. HD kom här fram till att avsteg inte skulle göras från gängse principer (se mer om avgörandet, avsnitt 5.1.1.2). Se också ”Medborgarskapet II” NJA 2018 s. 103, där avsteg gjordes i ett fall där medborgarskap felaktigt avregistrerats och där frågan var om anspråket på ersättning för ideell skada skulle anses preskriberat.

Också i NJA 2013 s. 51 uppkom frågan om relationen mellan specialreglering och allmänna skadeståndsrettsliga regler. Den skadelidande hade här drabbats av nötnings-skador på sin segelbåt orsakade av att en annan fritidsbåt, också en segelbåt, hade slitit sig från förtöjningsplatsen och orsakat skadorna. Den skadelidande baserade här sitt krav på 2 kap. 1 § skadeståndslagen men skadevållaren gjorde gällande att skadeståndsfordringen var preskriberad enligt 19 kap. 1 § sjölagen (1994:1009). HD uttalade i den frågan att oberoende av ”om ett individuellt oaktsamhetsansvar för sammanstötningsskador ska anses ha kommit till uttryck i sjölagen eller endast förutsatts i denna men vara grundat på skadeståndslagen och allmänna ersättningsrettsliga principer, får det anses stå den skadelidande fritt att stödja sig på 2 kap. 1 § skadeståndslagen”. Beträffande just relationen mellan allmänna regler

om skadeståndspreskription och specialregeln i 19 kap. 1 § sjölagen uttalades det principiellt viktiga att utgångspunkten är att ”en bestämmelse om specialpreskription som finns i en viss lag inte omfattar sådana fordringar som har uppkommit med stöd av en bestämmelse i en annan lag” men att en preskriptionsbestämmelse i vissa fall också kan omfatta fordringar som har uppkommit i det rättsförhållande som lagen avser men som inte grundas på just den lagen. För att specialpreskriptionsbestämmelsen ska ha en sådan effekt ”krävs det dock såväl att bestämmelsens ordalag otvetydigt ger utrymme för detta som att det av lagens förarbeten eller på något annat sätt klart framgår att en sådan tillämpning har varit avsedd för den situation som ska bedömas”. (Se även avsnitt 5.3.2.1.)

HD återkom till den allmänna utgångspunkten i ”Dricksvattnet” NJA 2018 s. 475. Här hade dricksvatten i enlighet med lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster levererats av ett av en kommun helägt bolag till några privatpersoner som menade att de orsakats personskada på grund av en säkerhetsbrist. HD konstaterade här att i 2006 års lag regleras huvudmannens skyldighet att ersätta översvämningsskador på fastigheter inom verksamhetsområdet och att även ersätta den skada — personskada, sakskada och ren förmögenhetsskada — som en fastighetsägare orsakas på grund av att huvudmannen på annat sätt har överskridit sin rätt eller åsidosatt en skyldighet enligt lagen eller enligt föreskrifter som meddelats med stöd av lagen. Det var enligt HD klart att föroreningar i dricksvatten utgjorde ett exempel på när huvudmannen kan åläggas skadeståndsskyldighet. Samtidigt konstaterades, med hänvisning till NJA 2013 s. 909, att en skadeståndstalan med stöd av allmänna skadeståndsregler tillåts även när det finns speciallagstiftning som reglerar frågan men att avsteg kan göras med hänsyn till speciallagens utformning och syften. HD fäste här avseende vid att produktansvarslagens förhållande till allmänna skadeståndsrättsliga regler adresserats i förarbetena, att det där angivits att den skadelidande kan välja att grunda sin talan på skadeståndslagens regler även i fråga om skador som faller inom produktansvarslagens tillämpningsområde och att lagens förhållande till andra skadeståndsrättsliga specialregler därför ska bedömas från fall till fall, bl.a. beträffande allmänna vattentjänster. Det konstaterades vidare att ordalydelsen i lagen om allmänna vattentjänster inte ger uttryck för att de exklusivt reglerar huvudmannens ansvar och att uttalanden med ett sådant innehåll saknas i förarbetena. Reglerna i speciallagen ansågs därför inte hindra att talan grundade sig på den allmänna produktansvarslagen.

Också i ”Cargo Center” NJA 2014 s. 760 har frågan om relationen mellan utomobligatoriska skadeståndsregler och kontraktsrättslig lagstiftning adresserats. Här ansåg HD att det av kommissionsrättsliga principer följde att bedömningen av frågan, om kommittentens utomobligatoriska skadeståndsrätt mot tredje man är inskränkt på grund av avtal, ska göras som om det i stället var kommittenten själv som var

bunden av avtalet med den tredje mannen och inte kommissionären. Detta innebär principiellt enligt HD att kommittenten inte på utomobligatorisk grund kan få bättre rätt mot den tredje mannen än vad han eller hon skulle ha haft om han eller hon själv hade ingått avtalet med denne och att tredje man inte kan bli sämre ställd av att det är kommittenten och inte kommissionären som är skadelidande.

Ytterligare ett avgörande som rör frågan om ett visst regelverks reglering ska anses exklusivt reglera skadeståndsskyldigheten är ”Akzo Nobel” NJA 2014 s. 425. Här hade ett tåg lastat med klorgas spårat ur, varför mottagaren av godset krävde ersättning för räddningskostnader. Eftersom det varit fråga om en internationell tågtransport reglerades ansvaret av fördraget den 9 maj 1980 om internationell järnvägstrafik (COTIF) och då de enhetliga rättsreglerna (CIM) som utgör bihang B till konventionen, vilka gäller som lag i Sverige enligt lagen (1985:193) om internationell järnvägstrafik.²⁴ I CIM finns regler om strikt ansvar för förlust av och skada på gods med ett begränsat ersättningsansvar. Också i detta avgörande beskrev HD, med hänvisning till NJA 2013 s. 909, de utgångspunkter som gäller för flerspårighet och exklusivitet. Enligt HD syftar dessa regler, som är typiska för transporträtten, till att ge transportören ett klart, enhetligt och begränsat ansvar. HD konstaterade vidare att enligt artikel 51 i CIM får ett anspråk på ersättning, oavsett vilken grund som åberopas, göras gällande mot järnvägen endast under de förutsättningar och med de begränsningar som föreskrivs i de enhetliga rättsreglerna. Enligt HD är tanken bakom reglerna att ”de ska bilda en fullständig ordning för det kontraktuella ersättningsansvar som kan uppkomma för en transportör till följd av att godset skadas eller förloras under den tid då transportören har hand om godset för en internationell järnvägstransport”. Vidare borde reglerna tolkas och tillämpas ”under hänsynstagande till karaktären av internationellt rättsligt instrument och därmed till syftet att främja enhetlighet anses reglera ersättningsansvaret”. Slutsatsen blev därför att reglerna ansågs ”uttömmande reglera transportörens ersättningsansvar med uteslutande av vad som kan framgå av transporträttsliga eller förmögenhetsrättsliga principer i nationell rätt”.

4.5.2.7 Skadeståndsberäkning vid brott mot lagen om offentlig upphandling

När skadestånd ska utgå och hur skadeståndet i så fall ska beräknas vid offentlig upphandling har varit och är frågor där svaren inte i alla delar är säkra. Betydande klarhet erhöles dock redan genom rättsfallen ”Arkitektjänst” NJA 1998 s. 873 och ”Tvättsvamparna” NJA 2000 s. 712 (se Herre, SvJT 2005 s. 753 f.). Utvecklingen har här fortsatt med ett antal avgöranden. I NJA 2013 s. 909 gjordes klart att reglerna i lagen

²⁴ Se numera järnvägstrafiklagen (2018:181) som inkorporerar fördraget om internationell järnvägstrafik av den 9 maj 1980 i dess lydelse enligt ändringsprotokollet av den 3 juni 1999 (COTIF 1999) med bilagor.

om offentlig upphandling inte utesluter att skadestånd utgår enligt skadeståndslagens regler (se i det föregående avsnitt 4.5.2.6).

I "Arkitektjänst" NJA 1998 s. 873 angavs utgångspunkten för ansvarets omfattning som att ersättning ska utgå enligt det positiva kontraktsintresset — anbudsgivaren ska "försättas i samma läge som om anbudsförfarandet hade fullgjorts på riktigt sätt" — när upphandlaren genom att inte anta anbudsgivarens anbud brutit mot lagen. Uttalandena i rättsfallet nyanserades sedan i "Tvättsvamparna" NJA 2000 s. 712, särskilt beträffande beviskrav och problemet med att ett lågt beviskrav skulle kunna leda till att flera samtidigt anses ha rätt till ersättning. HD:s inställning i 2000 års avgörande hindrade emellertid inte att full ersättning skulle utgå under de "särskilda förhållanden" som rådde i 1998 års fall.

I "Ishavet" NJA 2007 s. 349 hade HD anledning att återkomma till frågan om ansvarets omfattning. Domstolen konstaterade här att om utebliven vinst efter ett genomfört anbudsförfarande ersätts bara när käranden kan göra sannolikt att han eller hon gått miste om kontraktet på grund av felet vid upphandlingen, kan endast en anbudsgivare vara berättigad till sådan ersättning. Med ett sådant beviskrav uppkommer då inte, som indikerades av HD i "Tvättsvamparna" NJA 2000 s. 712, ett problem med att flera med framgång kan kräva ersättning samtidigt. Efter en allmän diskussion om syftet med regleringen uttalade HD att eftersom regleringen inte tillåter utdömande av allmänt skadestånd men det är angeläget att bestämmelsen fyller sitt preventiva syfte, bör ersättning utgå med hela det positiva kontraktsintresset när en anbudsgivare har gått miste om kontraktet på grund av ett fel i förfarandet.

Beträffande beräkningen i det enskilda fallet, där Göteborgs Stad gjort fel vid upphandlingen och Virgo skulle ha fått kontraktet om att tillhandahålla ett övningsfartyg till Lindholmens gymnasium, konstaterade HD att ersättning skulle utgå enligt positiva kontraktsintresset. Sådan ersättning förutsatte inte att Virgo skulle ha gjort en nettovinst på kontraktet. Det som var relevant var därför det belopp som man skulle ha fått till följd av kontraktet. Från detta skulle avdrag göras för *dels* de kostnader som hade orsakats av uppdraget, *dels* de intäkter som Virgo skaffat eller kunnat skaffa sig från annat håll som en följd av att Virgo inte fick uppdraget och då med avdrag för de kostnader som då uppkommit eller skulle ha uppkommit för Virgo. Det är således bara relevanta särkostnader som ska dras av och inte några fasta kostnader. Här tillämpade HD alltså gängse principer för beräkning av det positiva kontraktsintresset enligt en sedvanlig subtraktionsmetod (se mer härom exempelvis Johnny Herre, Ersättningar i köprätten, 1996, avsnitt 13.6).

"Fidelis" NJA 2013 s. 762 gällde frågan om en anbudsgivare skulle anses berättigad till ersättning och hur denna skulle beräknas när (i) andra anbudsgivare hade tilldelats kontrakten i två upphandlingar, (ii) det efter överklagande och begäran om överprövning hade visat sig att

övriga anbudsgivares anbud borde ha förkastats och (iii) den upphandlande myndigheten därefter hade avbrutit de båda upphandlingarna. HD konstaterade här att skadeståndsskyldighet typiskt sett föreligger vid brott mot upphandlingsreglerna. Att ett felaktigt upphandlingsbeslut har rättats efter överprövning utesluter därför inte skadeståndsskyldighet för en skada som har uppstått på grund av felet, men det förutsätter att skadan inte har undanröjts genom rättelsen.

Tre beräkningsfrågor aktualiserades i målet. För det första uppkom frågan (1) om anbudsgivaren skulle ha rätt till ersättning för utebliven vinst. För det andra, om sådan rätt inte förelåg, uppkom frågan (2) om det förelåg en rätt till ersättning för anbudskostnaderna. Den tredje och sista frågan var (3) om det fanns en rätt att få ersättning för anbudsgivarens överprövningskostnader (mer om den frågan i det följande).

Beträffande fråga (2), om rätt förelåg till ersättning för anbudskostnaderna, konstaterade HD att sådana kostnader inte utgör en ersättningsgill skada enbart på den grunden att ett upphandlingsfel har förekommit. Samma princip ska alltså tillämpas på upphandlingsområdet som för kontraktsrätten generellt, nämligen att kostnader av detta slag uppstår oavsett om ett fel begås eller inte; anbudsgivaren har ju varit villig att investera i anbudskostnader för att få chansen att bli tilldelad kontraktet; även om anbudsgivaren fick kontraktet skulle han eller hon alltså ha burit dessa kostnader. I stället finns det en förhoppning om att dessa ska täckas av den vinst som skulle göras på det avtal som ingåtts eller tilldelats. Det innebär enligt HD att de blir ersättningsgilla endast om de blir onyttiga till följd av att anbudsgivaren inte ingår avtalet. I 20 kap. 20 § andra stycket i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (jfr 7 kap. 7 § då gällande lag från 1992) finns dock en särskild regel för den frågan. Där anges att rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

I det enskilda fallet konstaterade HD dock att rättningen av tilldelningsbesluten innebar att anbudsgivaren försattes i samma situation som man skulle ha befunnit sig i om övriga anbud förkastats redan vid första anbudsprövningen; också i det fallet skulle anbudsgivaren ha varit den enda återstående anbudsgivaren. Eftersom det felaktiga beslutet därefter inte påverkade möjligheterna att tilldelas kontrakten var anbudskostnaderna inte en ersättningsgill skada.

Frågan om rätt till ersättning för anbudskostnader behandlades också i "FMV:s upphandling" NJA 2018 s. 1127, där anbudsgivaren inte tillerkändes ersättning för dessa kostnader. Den felaktiga upphandlingen hade förvisso angripits genom en begäran om överprövning. Däremot hade anbudsgivaren inte, sedan den överprövande domstolen beslutar om en ny upphandling, tagit tillvara de tidigare nedlagda

resurserna i den nya upphandlingen så att skadan kunde ha undvikits eller begränsats.

De felaktiga tilldelningsbesluten kunde enligt HD i "Fidelis" NJA 2013 s. 762 — i ett fall där anbudsgivarens grund för skadeståndsskyldighet bara var att tilldelningsbesluten var felaktiga — inte grunda en rätt för anbudsgivaren till skadestånd för utebliven vinst enligt det positiva kontraktsintresset. Den skadan uppstår enligt HD först om ett felaktigt tilldelningsbeslut följs av att kontrakt tecknas med den anbudsgivare som angetts i tilldelningsbeslutet. Det är således kontraktstecknandet som är skadeståndsgrundande. Eftersom det inte tilldelades några kontrakt, dvs. eftersom det inte ingicks några avtal, kunde sådan ersättning inte utgå.²⁵ Svaret på fråga (1) var alltså nekande. Det bör här noteras att HD:s prövning inte omfattade om det hade förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingarna och eventuella konsekvenser av ett felaktigt agerande i det hänseendet.

HD kom tillbaka till den frågan i "Armémuseum" NJA 2016 s. 369. Här konstaterade HD att i "Fidelis" NJA 2013 s. 762 var det som hade hänt efter besluten i form av överprövningar, rättelser och avbrytandebeslut enligt anbudsgivaren utan betydelse. Det konstaterades vidare att de omständigheter som hade inträffat i tiden efter tilldelningsbesluten inte låg inom den processuella ramen i det målet. I 2016 års avgörande var omständigheterna emellertid inte desamma. Här stod det klart att om den upphandlande myndigheten inte hade felaktigt förkastat anbudsgivarens anbud, skulle denna ha tilldelats kontraktet. Det konstaterades vidare att det var det felaktiga beslutet att förkasta anbudsgivarens anbud som hade orsakat behovet av att avbryta upphandlingen. Det fanns därför enligt HD ett adekvat orsakssamband mellan det felaktiga tilldelningsbeslutet och det förhållandet att anbudsgivaren gick miste om avtalet. Det saknades då betydelse om det beslut som därefter fattats om att avbryta upphandlingen utgjorde ytterligare en överträdelse eller inte. Anbudsgivaren tillerkändes därför, jämlikt vad som angavs i "Ishavet" NJA 2007 s. 349, ersättning för utebliven vinst beräknat enligt subtraktionsmetoden. I "Armémuseum" NJA 2016 s. 369 prövades också frågan om skadeståndet skulle jämkas (se avsnitt 4.5.2.13).

I "Fidelis" NJA 2013 s. 762 kom HD:s majoritet fram till att den kostnad som en anbudsgivare har ådragits genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess kan utgöra en ersättningsgill skada som har ett så nära samband med upphandlingsfelet att den i allmänhet bör anses ha uppkommit genom överträdelsen av lagens bestämmelser och därför kan ersättas med stöd av den allmänna regeln om rätt till skadestånd. En minoritet fann att en sådan rätt inte kunde anses föreligga. Den frågan behandlades sedan i SOU 2015:12, där det föreslogs att det

²⁵ Skrivningen om att utebliven vinst skulle utgå först om det felaktiga tilldelningsbeslutet följts upp av ett kontrakt orsakade en del frågetecken som särskilt behandlas av justitierådet Svante O. Johansson i ett tillägg i NJA 2016 s. 369.

uttryckligen i lagen skulle anges att kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt i mål angående överprövning inte utgjorde ersättningsgill skada. Förslaget ledde emellertid inte till lagstiftning. Varken EU-rätten eller nationell rätt kräver, som anges i ”FMV:s upphandling” NJA 2018 s. 1127, att en leverantör mera generellt tillerkänns ersättning för sina kostnader för att få ett upphandlingsfel rättat. Huruvida en sådan mera generell rätt till ersättning bör införas är enligt domstolen, som här jämför med SOU 2018:44, en fråga för lagstiftaren. I det enskilda fallet kom HD:s majoritet fram till att det förelåg ett samband mellan myndighetens upphandlingsfel och anbudsgivarens begäran om överprövning och de därav föranledda överprövningskostnaderna. Vid överprövningen kom Kammarrätten fram till att det skulle göras en ny upphandling. Eftersom anbudsgivaren avstått från att delta i den nya upphandlingen lämnades yrkandet om ersättning för dessa kostnader utan bifall (jfr ”Fidelis” NJA 2013 s. 762).

4.5.2.8 Skadeståndsberäkning vid ren förmögenhetsskada

I NJA 2016 s. 39 hade en person lämnat falska bud vid försäljning av en bostadsrätt och detta hade påverkat det pris som köparna betalade för bostadsrätten. Priset som hade betalats för bostadsrätten var 3 260 000 kr. Utgångspriset hade varit 3 400 000 kr. Budgivningen hade börjat med ett bud av en konkurrent på 3 000 000 kr. Falska bud hade sedan lämnats på 3 100 000 kr och därefter 3 175 000 kr, varpå den första budgivaren drog sig ut. Köparna lämnade därefter ett bud på 3 200 000 kr som följdes av ett falskt bud på 3 250 000 kr som i sin tur följdes av det pris som sedan kom att betalas. HD kom här fram till att agerandet utgjort bedrägeri enligt 9 kap. 1 § BrB. Handlandet hade alltså utgjort ett vilseledande som medfört skada och vinning. En fråga i målet var hur skadeståndet för den rena förmögenhetsskadan som orsakats av brottet (jfr 2 kap. 2 § skadeståndslagen) skulle beräknas.

Enligt HD skulle skadan ”beräknas som skillnaden mellan det pris som köparna betalade och det pris som de skulle ha fått köpa bostadsrätten för, om inte de falska buden hade lämnats”. Typiskt sett är det den skadelidande som har bevisbördan för att denne lidit den skada som påstås. Teoretiskt skulle, med HD:s utgångspunkt, det hypotetiska förloppet konstrueras så att det skulle fastställas vilket pris som säljarna skulle ha accepterat och som hade medfört att köparna i konkurrens med den verkliga konkurrerande budgivaren hade vunnit budgivningen. En sådan konstruktion av förloppet rymmer emellertid flera osäkerhetsmoment. Enligt HD fanns det därför i en situation av förevarande slag — där hänsyn alltså tas till att skadegöraren orsakat skadan genom brott — anledning att tillämpa en utgångspunkt, dvs. med andra ord ett förenklat sätt att konstruera det hypotetiska förloppet, om att skadan svarar mot skillnaden mellan köpeskillingen och det

högsta konkurrerande budet med påslag för en viss budförhöjning. Såväl osäkerheten om vad den konkurrerande budgivarens slutbud skulle ha varit som osäkerheten om hur högt ett bud hade behövt vara för att bli antaget av säljarna bör enligt HD på grund av sammanhanget gå ut över skadegöraren.

I det enskilda fallet konstaterade HD att det högsta konkurrerande budet var 3 miljoner kr, att man med säkerhet visste att det över prisnivån 3 175 000 kr inte fanns någon konkurrerande budgivare och att köparna hade behövt höja budet över nivån 3 miljoner kr för att få en accept av säljarna. Skadan ansågs uppgå till i vart fall det belopp som köparna yrkat, nämligen 200 000 kr.

4.5.2.9 Ersättning för skada vid obehörigt nyttjande av något som har skydd

I mönsterskyddslagen (1970:485) anges att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör mönsterintrång betala skälig ersättning för utnyttjandet av mönstret samt ersättning för den ytterligare skada som intrånget har medfört (36 §). Vid bestämning av den ytterligare skadan ska hänsyn enligt regleringen tas till utebliven vinst, vinst som den som har begått intrånget har gjort, skadan på mönstrets anseende, ideell skada och mönsterinnehavarens intresse av att intrånget inte begås. Den ersättning som ska utges får inte, som anges i ”Formsprutarna” NJA 2005 s. 180, vara så låg att det blir ekonomiskt lönsammare att utan lov utnyttja annans mönster än att på ett legitimt sätt förvärva en rätt härtill; detta ligger i linje med skadeståndets reparativa respektive preventiva funktion. Det är alltså inte fråga om, lika lite som vid annan skadeersättning enligt den immaterialrättsliga lagstiftningen, att beräkna skadan enbart utifrån gängse principer för skadeståndsberäkning. Däremot är, som HD påpekar i ”Formsprutarna” NJA 2005 s. 180, en utgångspunkt att mönsterhavaren ska få full ersättning för sin skada. Det anges också av HD att det kan se ut som om ersättning ska utgå även för skada av annan art än rent ekonomisk skada, något som emellertid inte är korrekt. Det framgår nämligen av regleringen att avsikten inte var att ändra de grundläggande reglerna om skadestånd och den praxis som förelåg (jfr t.ex. prop. 1985/86:86 s. 44 samt prop. 1993/94:122 s. 52 och 53). Regleringen har i stället tillkommit för att underlätta beräkningen av den ekonomiska skadan och den omfattar inte någon form av ideell skada.

Enligt 5 § i lagen (2018:558) om företagshemligheter (jfr 5 § i lagen, 1990:409, om skydd för företagshemligheter) ska den som gör sig skyldig till brott enligt 26 eller 27 § i lagen ersätta den skada som uppkommer genom brottet eller genom att företagshemligheten utnyttjas eller röjs. I 6 § anges vidare att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet angriper en företagshemlighet hos en näringsidkare eller en forskningsinstitution som han eller hon i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse med näringsidkaren eller forskningsinstitu-

tionen, ska ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet. I bl.a. dessa fall ska vid bestämning av skadeståndets storlek hänsyn tas till ”intresset hos innehavaren av företagshemligheten av att den inte obehörigen angrips och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse”.

HD konstaterade i NJA 1998 s. 633 att en riktpunkt bör vara att skadeståndet inte får bli så lågt att det blir ekonomiskt lönsammare att obehörigen utnyttja någon annans företagshemlighet än att på ett legitimt sätt förvärva hemligheten, att det i en del fall kan vara vanskligt att bedöma den skadelidandes uteblivna vinst och att då ersättningen bör kunna påverkas av andra faktorer, såsom skadevållarens vinst, samt att skadeståndet i andra situationer kan få bestämmas med beaktande av den skadelidandes intresse, generellt sett, av att uppgiften inte blir allmänt känd. I det enskilda fallet konstaterade HD att beräkningen fick ske med utgångspunkt i första hand i de kostnader den skadelidande hade lagt ned på det projekt som hemligheterna avsåg. Dessa kostnader fick anses ersättningsgilla om skadevållaren genom sitt nyttjande hade sparat in motsvarande kostnader. Skadeståndet bestämdes, efter vissa ytterligare överväganden, till ett skäligt belopp.

I ”Avkodningsersättningen I” NJA 2013 s. 966, som gällde brott mot lagen (2000:171) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning, gav HD exempel på vad som kan falla in under rätten till ersättning för den ytterligare ekonomiska skada som gärningen har medfört. Enligt HD kan sådan ersättning avse den förlust med anledning av att användarna annars skulle ha tecknat avtal med leverantören på dennes gängse villkor och därmed ha varit bundna vid att betala avgift under den längre tid som leverantören hade kunnat tillhandahålla tjänsten, vilket för framgång förutsätter att den skadelidande kan styrka att sådana avtal skulle ha tecknats.

4.5.2.10 Uppskattning av skadan till skäligt belopp (35 kap. 5 § RB)

Enligt 35 kap. 5 § RB får rätten uppskatta skadan till skäligt belopp om det är fråga om uppskattning av en inträffad skada och full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras. Så får också ske om bevisningen kan antas medföra kostnader eller olägenheter som inte står i rimligt förhållande till skadans storlek och det yrkade skadeståndet avser ett mindre belopp. Regleringen har tillämpats vid ett betydande antal tillfällen.

I NJA 1973 s. 717, där en part konstaterades vara skadeståndsskyldig för ett intrång i motpartens rätt till släktnamn, anförde HD kortfattat att motparten ”i avsaknad av utredning om skadans omfattning” fick anses gottgjord med visst belopp. I NJA 1981 s. 933, som rörde ersättning på grund av expropriation, gjorde den presenterade utredningen det mest antagligt att ”ortsprisutvecklingen i området inte följt konsumentprisindex men gav inte tillräckligt belägg för att markpriserna varit oförändrade eller sjunkit”. Eftersom det enligt HD inte var möjligt

att fastställa en exakt nivå till vilken ersättningsbeloppen med hänsyn till prisutvecklingen borde uppräknas tillämpades 35 kap. 5 § RB för en uppskattning av det index som borde användas för ortsprisutvecklingen. I NJA 2000 s. 325 angav HD att det givetvis inte var möjligt att fastställa hur många nya abonnemang som skulle ha tillförts bolagen om piratkorten inte hade sålts. Regleringen i 35 kap 5 § RB kunde därför tillämpas för att uppskatta hur många abonnemang som skulle ha tillförts och därmed det skäligen belopp den skadelidande gått miste om.

Också i "Formsprutarna" NJA 2005 s. 180 prövades frågan om regeln var tillämplig. Här konstaterade HD att det i intrångsmål — målet gällde intrång i mönsterrätt — ofta är förenat med stora svårigheter att visa vilken skada som har lidits, bl.a. på grund av att de faktiska förhållandena och deras konsekvenser ofta är komplexa och svåra att fastställa med någon högre grad av noggrannhet. Enligt HD borde 35 kap. 5 § endast betraktas som en bevislätnadsregel som är tillämplig om det är fråga om en inträffad skada och full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras eller om bevisningen kan antas medföra kostnader och olägenheter som inte står i rimligt förhållande till skadans storlek och det yrkade skadeståndet avser ett mindre belopp. I det aktuella fallet hade mönsterrättsinnehavaren gjort antagligt att en ersättningsgill skada uppstått men inte presenterat utredning om skadans omfattning och värde. Trots detta anförde HD bl.a. att man måste beakta intresset hos rättighetsinnehavaren av att intrång inte begås och tillerkände därför denne ett visst skäligen bestämt ersättningsbelopp.

I "Byggnadsställningarna" NJA 2011 s. 576, där byggnadsställningar hade stulits och där den skadelidande begärt ersättning för den skada stölden medfört för denne, hade ingen utredning presenterats om det stulna materialets ålder och förslitningsgrad. Inte heller hade det gjorts något partspåstående om detta. Eftersom bristen inte hade sin grund i bevissvårigheter fanns det enligt HD inget utrymme att tillämpa regeln i första meningen i 35 kap. 5 §. Inte heller kunde andra meningen tillämpas eftersom skadeståndsyrkandet avsåg ett relativt högt belopp.

Möjligheterna att tillämpa regleringen i 35 kap. 5 § var också föremål för prövning i "Multitotal" NJA 2017 s. 9, där den skadelidande krävde ersättning för utebliven vinst som blivit resultatet av att denne interimistiskt förbjudits att använda ett varukännetecken vid marknadsföring och försäljning av en vara och den skadelidande därför upphört med försäljningen av varan. HD uttalade här att regeln inte är en ersättningsregel som innebär att domstolen kan uppskatta skadan till ett skäligen belopp om utredningen om den lidna skadan är bristfällig. I stället är regeln en bevislätnadsregel som är tillämplig om full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras. Den skadelidande bör därför ges en bevislätnad avseende skadans storlek endast om det föreligger svårigheter för den skadelidande att prestera full bevisning som är generella för bevissituationen. Det bör därför bara komma i fråga att ge

en bevislättning ”om också en skadelidande i en motsvarande situation skulle ha haft svårt att prestera full bevisning om skadans storlek”.

Beträffande just ersättning för utebliven vinst konstaterade HD i 2017 års avgörande att bestämningen exempelvis kan ”kräva utredning om det pris den skadelidande skulle ha kunnat sälja varan för, hur detta pris skulle ha utvecklats över tid, vilka inköpskostnader som den skadelidande hade, hur dessa skulle ha utvecklats över tid, vilka volymer som skulle ha kunnat säljas under olika perioder och vilka kostnader som inbesparades genom att den skadelidande inte sålde varan under den relevanta perioden”. Det kan därför bli aktuellt att medge en bevislättning i vissa avseenden men inte i andra eftersom bevissvårigheterna rörande olika moment kan variera.

Vissa faktorer är då vid beräkningen av särskild betydelse. Bland dessa kan nämnas är (1) om den skadelidande under perioden kunde ha vidtagit någon skadebegränsande åtgärd, (2) under vilken tidsperiod det kan antas att den skadelidande parten skulle ha gått miste om utebliven vinst, (3) den bruttomarginal som kunde erhållas, dvs. det försäljningspris som den skadelidande kunde få ut på marknaden minskat med inköpskostnaden och fraktkostnaden till köparna, (4) hur bruttomarginalen kunde utvecklas över tid, (5) antaganden eller utredning om försäljningsvolymen och försäljningsutvecklingen samt (6) om det finns skäl att beakta även andra kostnader som den skadelidande skulle ha haft till följd av den tänkta försäljningen. Av betydande bevisvärde är här uppgifterna framtagna av den skadelidande, t.ex. lanseeringsplan, budget eller liknande om dessa faktiskt har legat till grund för den skadelidandes ekonomiska beslutsfattande, särskilt om det också har innefattat ekonomiska åtaganden i form av investeringar eller andra kostnader.

4.5.2.11 Särskilt om skadeståndsberäkning när en emissionsgaranti inte har fullgjorts

I ”Emissionsgarantin” NJA 2016 s. 107, där en emissionsgaranti inte fullgjorts av vissa garantier, gjorde HD en mängd uttalanden om hur skadeståndet ska bestämmas i ett sådant fall. Enligt HD skiljer sig effekterna av ett underlåtet infriande av en emissionsgaranti påtagligt åt beroende på om man ser situationen ur ett aktieägarperspektiv eller ur bolagets perspektiv. Övervägande skäl, däribland att bolaget är motpart i garantiavtalet och hänsynen till bolagsborgenärernas intressen, ansågs tala för att skadeberäkningen ska göras ur bolagets perspektiv. Detta bedömdes inte vara oförenligt med ett äldre avgörande, NJA 1918 s. 394 (se avsnitt 4.2 i det föregående).

Enligt HD skulle utgångspunkten för skadeståndsbestämningen vara att skadan får anses svara mot vad garanten var skyldig att tillföra bolaget. HD anförde vidare att ”eftersom bolagets rätt till skadestånd av aktiebolagsrättsliga skäl inte låter sig förenas med en skyldighet att göra en till garanten riktad nyemission, så ska tillskottsbeloppet minskas

med värdet för bolaget av att inte behöva emittera de aktier som garanten var skyldig att teckna (man kan också beskriva det så att det handlar om värdet av en bestående emissionsmöjlighet svarande mot de aktier som inte tecknades). Detta värde är dock till sin natur behäftat med sådan osäkerhet — bl.a. eftersom emissionen inte blev fulltecknad — att det för bolaget bör antas vara lika med noll, om inte garanten förmår visa något annat.”

Vid skadeståndsberäkning finns det skäl att utgå från differensläran. Skadan ska då bestämmas som skillnaden mellan två händelseförlopp, det hypotetiska och verkliga händelseförloppet. I ett fall där garanten inte tecknar aktier som utfäst är det verkliga förloppet att bolaget inte får in det kapitalet och inte heller emitterar relevanta aktier. Det hypotetiska förloppet är som utgångspunkt att garanten fullgjorde sin förpliktelse. Detta stämmer överens med HD:s utgångspunkt. I så fall hade garanten också fått de emitterade aktierna i bolaget. Det är inte alldeles lätt att beräkna differensen mellan dessa båda förlopp. Vad är alltså skadan och omsatt i ett penningbelopp förlusten av att bolaget i stället för att ha fått in teckningslikvid och utgett aktier inte har gett ut vissa aktier och inte fått in viss teckningslikvid?

HD synes dock utgå ifrån att eftersom det inte är möjligt att förena rätten till skadestånd med en skyldighet att göra nyemission — här torde HD ha tänkt på formkraven och möjligheten att kräva fullgörelse in natura av teckningsförpliktelsen — så ska i stället värdet för bolaget av att inte behöva emittera aktierna avräknas. Den fördel det innebär för bolaget att ha kvar möjligheten att emittera aktier ska alltså värderas. Möjligen uppkommer i ett fall där en emission inte blir fulltecknad det problemet att värdet — precis som HD anför — av att ha kvar möjligheten att emittera de aktier som omfattades av garantin torde vara begränsat eller obefintligt eftersom det tydligen inte fanns en marknad för ytterligare aktier vid det tillfället. Det kan här naturligtvis tänkas alternativ till denna skadeberäkning. En skadebegränsningsåtgärd kan i efterhand vara att försöka få till stånd ytterligare teckning av aktier när det väl står klart att garanten inte uppfyllt sitt åtagande. Om bolaget genomför ytterligare en emissionsomgång kanske bolaget inte erhåller samma teckningskurs och oavsett vilket drabbas av ytterligare transaktionskostnader som man skulle ha undvikit om garanten hade tecknat aktier. Också sådana poster kan tänkas vara ersättningsgilla.

4.5.2.12 Ersättning för rörelseskada

När en hyresgäst har sagts upp kan denne ha rätt till ersättning enligt reglerna i 12 kap. 57 §, 58 § fjärde stycket eller 58 a § tredje stycket JB. Beräkningen av ersättningen regleras i 12 kap. 58 b §. Utgångspunkten är här att hyresgästen har rätt till ersättning för den förlust som åsamkats denne genom uppsägningen. Det är här fråga om beräkning av skadestånd som ska försätta hyresgästen i samma ekonomiska situation som om den skadegörande händelsen, uppsägningen, inte

hade ägt rum. Typiskt sett kan förlusten beräknas med tillämpning av differensläran, där som tidigare anförts en jämförelse sker mellan ett hypotetiskt händelseförlopp (vad skulle ha hänt om uppsägningen inte hade skett) och ett verkligt händelseförlopp (vad har skett i och med uppsägningen). Jämförelsen mellan dessa båda förlopp omsatt i pengar är den förlust som hyresgästen lidit. Vid beräkningen ska allmänna skadeståndsrättsliga principer beaktas. Det betyder att det ställs upp ett krav på kausalitet och adekvat kausalitet, att det ska tillämpas principer om normskydd och att den skadelidande har en skyldighet att vidta skäligen åtgärder för begränsning av sin skada.

Av lagtexten framgår att hyresvärderna ska ”i skäligen omfattning ersätta hyresgästen för denna förlust”. Härmed antyds enligt förarbetena att ersättningen i vissa undantagsfall ska kunna jämkas, varmed dock närmast synes ha avsetts att ersättningen ska kunna minskas om hyresgästen inte vidtagit skäligen skadebegränsningsåtgärder (jfr prop. 1987/88:146 s. 34). Uttalandet medför inte att det finns skäl att avvika från vanliga skadeståndsrättsliga principer vid beräkning av ersättningen, där ju skadebegränsningsskyldigheten utgör en viktig del. Det uttalas också i förarbetena att ersättningsanspråket ska bedömas på expropriationsrättslig grund (mer om detta strax nedan).

Av paragrafens första stycke följer dock att hyresgästen alltid har rätt till viss minimiersättning. Denna ska uppgå till ett belopp som motsvarar en årshyra för lokalen enligt det uppsagda hyresavtalet. En rätt till minimiersättning infördes genom lagändringar 1989. Den motiverades med att det var ”uppenbart att många småföretagare samt ideella och kulturella föreningar med nuvarande regler i realiteten saknar ett skydd mot obefogad förlängningsvägran, eftersom de inte lider någon ersättningsgill skada till följd av en ofrivillig avflyttning. Detta medför också att ersättningsreglerna i sådana fall inte har någon återhållande verkan på hyresvärdens hyreskrav. I dessa avseenden måste sådana hyresgäster anses ha en svag ställning i förhållande till hyresvärderna.” Det ansågs därför motiverat med en minimiersättningsreglering. (Se prop. 1987/88:146 s. 35.) I den införda bestämmelsen fanns en viss begränsning rörande storleken på ersättningen, men den togs bort genom en lagändring 2002 (se prop. 2001/02:41 s. 59 f.).

När årshyran inte täcker den förlust hyresgästen lidit till följd av uppsägningen ska hyresvärderna alltså i skäligen omfattning ersätta hyresgästen för denna förlust. I 58 b § andra stycket regleras också ett särfall av förlust, nämligen om hyresgästen lider förlust som har samband med att denne har bekostat ändring av lokalen. I dessa fall ska förlusten beaktas, dvs. förlusten är i detta hänseende ersättningsgill, endast om hyresvärderna har samtyckt till ändringen eller om hyresgästen har träffat hyresavtalet under förutsättning att han eller hon skulle få utföra ändringen. När reglerna om hyresgästens rätt till ersättning infördes var inspirationen principerna för bestämning av expropriationsersättning och den s.k. rörelseskada som kan ersättas vid expropriation (se prop.

1968:91 bihang A s. 128 f.). Den utgångspunkten innebär enligt förarbetena att hyresgästen inte bara ska ha rätt till ersättning för nödvändiga flyttningskostnader, värdeminskning på egendom och kvarvarande värde av ändringsarbeten i lokalen utan också ”för det övriga hinder eller intrång som avflyttningen förorsakat i hyresgästens verksamhet, s.k. rörelseskada”. (se prop. 1987/88:146 s. 35). Viktigt är dock att hyresgästens fulla skada ska ersättas och att hyresgästen alltså ska ha rätt till ersättning enligt det positiva kontraktsintresset.

I ”Sjukhuscaféet” NJA 2017 s. 261 och ”Vikens pizzeria” NJA 2019 s. 693 har HD närmare prövat hur ersättningen ska beräknas. I det förstnämnda avgörandet hade hyresgästen hyrt en lokal i entrén till ett sjukhus där lokalen använts till kiosk- och caféverksamhet. HD uttalade sig här principiellt om beräkningen när det saknats möjlighet att driva rörelsen vidare i en likvärdig lokal och därför rörelsen har lagts ned. Ersättningen ska i dessa fall ”återspegla det förhållandet att hyresgästen, om hyresförhållandet bestått, skulle ha haft olika handlingsalternativ. Hyresgästen hade typiskt sett kunnat fortsätta rörelsen eller överlåta den. Bestämningen av skadan ska svara mot något av de handlingsalternativ som hyresgästen hade i det enskilda fallet. Det står hyresgästen fritt att utgå från det alternativ som ger den högsta ersättningen.” Beträffande bevissituationen anförde HD att det är hyresgästen som har bevisbördan för att hyresförhållandets upphörande medfört en förlust som överstiger minimiersättningen. Beviskravet beror här av ”olika faktorer och måste ställas i relation till bl.a. vilken bevisning som är möjlig att lägga fram, vem av parterna som har de bästa förutsättningarna att göra detta och tvisteföremålets storlek”.

Vid bestämning av rörelseskadan kan man tänka sig att tillämpa olika metoder. De metoder som nämns av HD är (1) avkastningsvärdering (i princip en beräkning av nuvärdet av framtida vinster från rörelsen), (2) substansvärdering, (3) likvidationsvärdering och (4) marknadsvärdering (ortsprismetoden, där värdet vid en frivillig försäljning av rörelsen bestäms). Den sistnämnda metoden baseras enligt HD ”normalt på en bedömning av överlåtelser av liknande rörelser bedrivna i lokaler som i grova drag är jämförbara med avseende på lokaltyp, läge, storlek, hyresnivå och standard”. Som påpekas i ”Vikens pizzeria” NJA 2019 s. 693 kan hyresgästen välja att basera sitt krav enbart på en av metoderna. Ett sådant val medför dock att hyresgästen binder domstolen till en prövning av de omständigheter som åberopas till stöd för en beräkning enligt den valda metoden.

Vid tillämpning av den metoden har hyresgästen bevisbördan för de omständigheter som kan utgöra ett underlag för domstolens bedömning av värdet. Bevisningen kan här bestå av anbud om förvärv av den aktuella rörelsen och dessa kan enligt HD ge viss vägledning. Bevisningen kan också bestå av sakkunnigutlåtanden från värderingsmän om marknadsläget, vars bevisvärde är ”beroende av bl.a. värderings-

mannens kvalifikationer och det jämförelsematerial som utlåtandet baseras på”. Ett problem med dessa utlåtanden är att värderingsmannen kan vara bunden av sekretess rörande delar av det underlag som åberopas. Bevisvärdet får då enligt HD ”avgöras med hänsyn tagen till om värderingsmannen kan bedömas ha tillräcklig erfarenhet och kunskap rörande marknadsförhållandena samt om värderingen i övrigt är sakkunnigt utförd”.

I ”Vikens pizzeria” NJA 2019 s. 693 var prejudikatfrågan hur en rörelseskada, för en rörelse bedriven som enskild näringsverksamhet, ska beräknas enligt den s.k. avkastningsvärdemetoden vid uppsägning av en hyreslokal, och särskilt om rörelsens resultat vid en sådan beräkning ska belastas med avdrag för innehavarens egen arbetsinsats. Hyresgästen hade här hyrt en lokal i vilken hon bedrev en pizzeria. Hyresgästen krävde ersättning enligt avkastningsvärdemetoden med en värdering som utgick från genomsnittet av rörelsens deklarerade resultat uppräknat på visst sätt och menade att avdrag för fiktiv lönekostnad inte skulle göras.

Avkastningsvärdemetoden syftar till att bestämma ett rimligt pris på rörelsen, exempelvis vid köp eller försäljning av rörelsen. Metoden innebär enligt HD ”typiskt sett att man gör en beräkning av rörelsens förmåga att i framtiden ge ekonomisk avkastning”, där avkastningsmått som rörelsens resultat eller kassaflöde kan användas. Vid tillämpning av metoden beräknas nuvärdet av rörelsens framtida förväntade avkastning baserat normalt på ett underlag hämtat från bokföringsmaterialet för de senaste tre till fem åren. Viktigt är dock att alla faktorer och insatser som krävs för att rörelsen skulle generera avkastningen ska beaktas.

Enligt HD ska vidare, när verksamheten bedrivs som enskild näringsverksamhet och ägaren därför inte är att betrakta som anställd, verksamheten belastas med ett belopp som svarar mot den egna arbetsinsatsen, typiskt sett bestämd till ett värde som motsvarar den marknadsmässiga kostnad — inklusive egenavgifter och skatt — som rörelsen skulle ha haft för en anställd som hade utfört motsvarande arbete. Som konstaterades av HD innebär hänsynen till den egna arbetsinsatsen värde i form av marknadsmässig lönekostnad att en enskild näringsverksamhet i de allra flesta fall får anses sakna värde. Samtidigt är det så, att även sådana rörelser överläts och då anses ha ett marknadsvärde, främst därför att köparen slipper uppstartskostnader och samtidigt förvärvar en försörjningsmöjlighet. I dessa fall är avkastningsvärdemetoden inte den lämpligaste metoden för den skadelidande hyresgästen att bevisa sin verkliga förlust. Det kan då vara bättre att basera ersättningsanspråket på någon av de andra metoder som står till buds, t.ex. ortsprismetoden (i ”Sjukhuscaféet” NJA 2017 s. 261 också benämnd marknadsvärdemetoden), där ju överlåtelse av liknande rörelser kan beaktas vid fastställandet av värdet. Som HD påpekar kan det också finnas en möjlighet att kräva ersättning för personlig inkomstförlust, som

kan utgå när rörelsen drivs av någon som till följd av hög ålder, sjukdom eller av någon annan omständighet har svårt att få en alternativ sysselsättning.

4.5.2.13 Jämkning av skadeståndet

Jämkningsregeln i 6 kap. 2 § skadeståndslagen är enligt HD i "Avkodningsersättningen I" NJA 2013 s. 966 i princip tillämplig också på den ersättning som ska betalas enligt 9 § lagen (2000:171) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning eftersom denna utgör ett skadestånd. Eftersom regeln i avkodningslagen är en specialregel avseende ersättningsskyldighet med ett tydligt preventivt syfte som grundas på ett direktiv och betalningen ska avse en normerad minimiersättning med utgångspunkt i det olovliga utnyttjandet är utrymmet typiskt sett mindre här än i andra situationer. Till det kommer enligt HD att lagen för ersättningsskyldighet förutsätter att det har varit fråga om uppsåtligt brott, något som rent allmänt enligt HD talar emot jämkning. Jämkningsutrymmet är därför generellt sett mycket litet. I 2013 års avgörande skedde inte heller någon jämkning.

I "Armémuseum" NJA 2016 s. 369 prövades frågan om skadeståndet skulle jämkas. HD fann här att anbudsgivaren inte kunde klandras för att denne inte ansökt om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen. Enligt HD talade övervägande skäl för att det ofta kan anses oaktsamt om den skadelidande inte begär överprövning av ett påstått upphandlingsfel hos förvaltningsdomstol om en sådan hade kunnat fylla en reell funktion. Någon jämkning av skadeståndet var emellertid inte aktuell i det enskilda fallet eftersom en sådan åtgärd inte skulle ha fyllt någon funktion eftersom en process i förvaltningsrätten skulle ha medfört att så lång tid hade förflutit, att det inte hade varit möjligt att färdigställa entreprenaden i enlighet med vad som var föreskrivet i förfrågningsunderlaget.

Något skäl för jämkning ansågs inte heller föreligga till följd av att anbudsgivaren inte hade lämnat något anbud i den upphandling som genomfördes det följande året. Skälet till det var dock främst att föreskrifterna skilde sig åt. Eftersom det rörde sig om en tjänsteprestation som skulle utföras ett visst år uppkom frågan om skadebegränsningsskyldigheten också sträckte sig till att erbjuda en tjänst det påföljande året. HD gjorde här det principiellt viktiga uttalandet att vid "en skada bestående i utebliven vinst under den tid ett uppdrag skulle ha utförts kan jämkning av skadeståndet i regel endast komma ifråga om den nya upphandlingen helt eller delvis avser ett utförande under samma period". Jämkning skedde därför inte heller med tillämpning av en skadebegränsningsplikt.

4.6 Skälig ersättning för nyttjande

4.6.1 Hyresfall

Frågan om en hyresgäst eller annan person som nyttjar en bostadslägenhet, en lokal eller mark utan laglig grund ska anses skyldig att utge ersättning för detta har varit föremål för prövning av HD i olika sammanhang. För konkursfallen har frågan också föranlett särskild lagstiftning avseende ett specifikt fall.

Redan i NJA 1946 s. 143, där Bollnäs samhälle under lång tid hade brukat "torgplats och spruthusplats" utan att utge någon ersättning trots att områdena inte tillhörde samhället utan enskilda, konstaterade HD att samhället var skyldigt att utge ersättning för nyttjandet. Av flera skäl, bl.a. att områdena i stadsplanen avsatts till den användning som sedan också ägt rum och övriga omständigheter, fann dock HD att någon skyldighet att utge ersättning inte förelåg för tid innan anspråk hade gjorts gällande av områdenas ägare.

Motsvarande fråga aktualiserades i NJA 1993 s. 13. Här hade en underhyresgäst stannat kvar i lokalerna efter det att ett lokalhyresavtal hade upphört och det utan stöd i något avtal med fastighetsägaren. HD konstaterade helt kortfattat att underhyresgästen hade utan stöd i något avtal nyttjat lokalerna och därmed "ådragit sig skyldighet att ersätta [hyresvärden] motsvarande skälig hyra för lokalerna".²⁶ En liknande situation uppkom sedan i NJA 1999 s. 617, där en lokalhyresgäst hade gått i konkurs och konkursboet förklarat att boet inte hade för avsikt att ställa säkerhet för hyresavtalets fullgörande eller att träda in i avtalet. Trots detta drev konkursboet gäldenärens verksamhet vidare i de förhyrda lokalerna. HD kom här fram till att konkursboet inte kunde åläggas betalningsskyldighet för hyra eller däremot svarande skadestånd för den tiden.

Trots att hyresvärden alltså på grund av konkursboets agerande inte fritt kunde disponera över lokalerna och konkursboet hade nytta av lokalerna förelåg alltså ingen ersättningskyldighet. HD motiverade detta något förvånande ställningstagande med att man tidigare haft en reglering om att konkursboet måste säga upp hyresavtalet inom viss tid för att undgå ansvar för avtalets fullgörande men att denna regel slopats med avsikten att konkursboet inte skulle bli bundet av hyresavtalet till följd av passivitet. Enligt HD följde av regleringen att ett konkursbo inte med boets medel svarade gentemot hyresvärden för förpliktelserna enligt ett lokalhyresavtal som gäldenären hade ingått, om inte konkursboet åtagit sig ansvaret enligt avtalet. Vid tiden för avgörandet pågick ett lagstiftningsarbete för att åstadkomma en annan ordning och det fanns enligt HD skäl att överväga om den aktuella ordningen borde bestå. Det ansågs emellertid mindre lämpligt att föregripa lag-

²⁶ Uttalandet gjordes med hänvisning till Jan Hellner, Skadeståndsrätt, 4 uppl. s. 316 med hänvisningar till bl.a. NJA 1946 s 143 samt Anders Agell, i Festskrift till Jan Hellner, s. 23 ff.

stiftarens överväganden genom att ”älägga konkursboet en betalnings-skyldighet för hyra eller däremot svarande skadestånd som endast med svårighet låter sig förena med gällande lag och lagförarbeten”.

I HD:s domskäl nämns intressant nog att Konkursförvaltarkollegier-nas förening i sitt yttrande anfört att man rekommenderade sina med-lemmar att se till att ersättning betalas för den tid som ett konkursbo faktiskt utnyttjade en lokal på grund av att boet fortsätter driften av gäldenärens verksamhet och att skälet till denna rekommendation var ”allmänna förmögenhetsrättsliga principer om obehörig vinst”, liksom regleringen i 63 § fjärde och femte stycket KöpL ”samt de rutiner som har utvecklats beträffande leveranser av elektricitet, vatten och telefon-tjänster, där konkursboet betalar ersättning för leveranser som utnytt-jas av boet efter konkursbeslutet”.

Just det problem som aktualiserades i NJA 1999 s. 617 har adresserats av lagstiftaren. Numera anges i 12 kap. 31 § sista stycket JB att om ”en hyresvärd uppmanar ett konkursbo att ställa en lokal till hyresvärdens förfogande och konkursboet inte inom en månad gör detta, ansvarar konkursboet för hyran från konkursbeslutet till dess lokalen ställs till hyresvärdens förfogande” (se prop. 2002/03:49 s. 144 f. och SOU 1999:1 s. 298 f. och s. 363 f.). I Förmånsrättsutredningens betänkande angavs att det fanns en allmän grundsats om ”tillägnande av en icke beställd prestation” och hänvisning gjordes här till 1946 och 1993 års avgöranden.

I NJA 2007 s. 519 (se avsnitt 1.5.2) var problemet delvis ett annat än i NJA 1999 s. 617 och som nu regleras i 12 kap. 31 § JB. Här hade ett konkursbo fortsatt att använda en hyreslokal efter det att konkursgäl-denärens hyresavtal upphört att gälla. När ett hyresavtal upphör inträ-der en skyldighet att omedelbart avflytta. Enligt HD var situationen lik-artad den i NJA 1993 s. 13, där som sagts HD fann att den som använde en lokal utan avtalsstöd skulle utge ersättning motsvarande skälig hyra för nyttjandet. I 2007 års avgörande anges att utgången ”får antas närm-stast ha grundats på allmänna förmögenhetsrättsliga principer om obe-hörig vinst”. HD angav också att konkursboets agerande hade medfört att hyresvärden betagits möjligheten att själv använda lokalen och att ersättningsskyldighet i ett sådant fall uppkommer ”oberoende av avtals-förpliktelse” och inte heller ”förutsätter ... att skadan har vållats genom brott”.²⁷

4.6.2 Nyttjande i familjerättsliga sammanhang

I de nyssnämnda avgörandena var det fråga om nyttjarens ersättningsskyldighet när denne nyttjat en bostadslägenhet, en lokal

²⁷ Det kan noteras att detta synsätt ligger nära de principer som framgår i DCFR för obehörig vinst, ”unjustified enrichment”, där det i art. VII. – 1:101 anges att en “per-son who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another’s disad-vantage is obliged to that other to reverse the enrichment”. Se Christian von Bar och Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR, Full edition, 2009*, s. 3843 ff.

eller mark utan laglig grund. En närliggande fråga om eventuell ersättningskyldighet uppkommer om en part vid äktenskapsskillnad eller upplösning av ett samboförhållande får rätt att under en tid begagna parternas gemensamma bostad. Den frågan var föremål för prövning redan i NJA 1968 s. 197. Här hade det i en dom om hemskillnad mellan makar meddelats ett förordnande om att hustrun skulle ha rätt att sitta kvar i hemmet intill dess bodelning skedde och frågan var om hon skulle vara ersättningskyldig för nyttjanderätten.

HD angav här att bodelning i regel kommer till stånd utan längre tidsutdräkt och att det i dessa fall inte kan anses föreligga en skyldighet att utge ersättning till den andra maken. Om däremot förhållandena varat under ovanligt lång tid bör ersättningskyldighet kunna komma ifråga. Ersättning tillerkändes i det aktuella fallet mannen från dagen då bodelningen förrättades. Vid bestämningen av ersättningen beaktades bl.a. (1) fastighetens beskaffenhets, (2) nyttjanderättens karaktär och (3) att hustrun svarat för vissa för fastighetens brukande sammanhängande utgifter.

En närliggande fråga kom upp i NJA 1983 s. 255, där det beslutats att hustrun under betänketiden skulle få sitta kvar i den villafastighet som paret bebott och som utgjorde mannens giftorättsgods. Hustrun bodde kvar under betänketiden och avflyttade några veckor efter domen på äktenskapsskillnad från fastigheten. Hon bodde alltså ensam i villan från 1 april 1977 t.o.m. den 1 november samma år. Mannen krävde i målet att hustrun skulle gottgöra honom för kostnaderna för fastighetens förvaltning under denna tid. TR, vars skäl gillades av HD i aktuell del, fann att förordnandet i ett fall där hustrun bott i fastigheten i sju månader och där hon flyttat omedelbart efter domen om äktenskapsskillnad inte kunde anses medföra en ersättningskyldighet. Några närmare skäl angavs inte.

Frågan kom åter upp i NJA 2006 s. 206, som rörde upphörandet av ett samboförhållande. Paret hade här separerat i juli 1998 och TR hade då förordnat om att ena sambon skulle bo kvar i den gemensamma bostaden intill dess bodelning förrättats. Så skedde först efter att HD slagit fast att parterna hade ägt bostadsrätten gemensamt. Den andra sambon hade i målet krävt ersättning för nyttjandet räknat från en tidpunkt som inföll ett år efter separationen.

HD angav här att eftersom ”skyldigheten för makar att betala för nyttjandet enligt 1968 års rättsfall inte är begränsad till fall där bostaden inte skall ingå i bodelningen, bör 24 § [i 1987 års sambolag, numera 28 § i sambolag, 2003:376] inte anses hindra att en sambo, som får bo kvar i en bostad som skall ingå i bodelningen och som tillhör andra sambon, kan bli skyldig att utge ersättning för nyttjandet”. HD uttalade vidare att det kan ”ifrågasättas om det är lämpligt med en rättstillämpning, vilken liksom i rättsfallet NJA 1968 s. 197 innebär att skyldigheten att neutralisera kvarboendets ekonomiska effekter genom att

betala ersättning till den andra parten inte inträder förrän vid bodelningstidpunkten även när bodelningen förrättas först ett år efter separationen. Skäl kan anföras för att den betalningsfria tiden bör begränsas till ett par månader eller att principen rentav bör vara att den som bor kvar i andra partens bostad skall ersätta den andra för nyttjandet redan från separationen”. Till följd av den andra sambons utformning av talan saknades skäl för HD att ta ställning i den frågan.

4.6.3 Upphovsrättslagsfall

Frågan hur ersättningen ska bestämmas när någon nyttjat annans egendom kommer upp i ett antal olika situationer. En sådan är, som framgått i det föregående, när en hyresgäst utan avtalsstöd nyttjar en lokal under en tid (se avsnitt 4.6.1). En annan är när någon i strid mot upphovsrättslagen utnyttjar ett verk. Av 54 § första stycket upphovsrättslagen följer den som utnyttjat verket ska betala skälig ersättning för utnyttjandet till upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare.²⁸ En utgångspunkt för bedömningen är att ersättningen ska motsvara den licensavgift som borde ha betalats om licens hade upplåtits (se t.ex. se t.ex. prop. 1960:17 s. 289 ff., prop. 1985/86:86 s. 29 f. och prop. 1993/94:122 s. 49 ff.). Ersättningen är att betrakta som en värdeersättning — ett vederlag — för det obehöriga utnyttjandet. För rätt till ersättning krävs därför att förfarandet är objektivt rättsstridigt. Det har emellertid ingen betydelse om utnyttjandet har skett i ond eller god tro. Eftersom det är fråga om att ersätta någon för det värde prestationen haft för den som olovligen nyttjat verket saknar skadan för rättighetsinnehavaren betydelse för prövningen. Ersättningen kan alltså vara både större och mindre än den skada eller förlust som faktiskt har uppkommit på grund av utnyttjandet och ska utgå även om rättighetsinnehavaren inte alls har lidit en förlust.

Enligt 54 § andra stycket upphovsrättslagen ska vid uppsåt eller oaktsamhet ersättning också utgå ”för den ytterligare skada som intrånget eller överträdelsen har medfört”. Hänsyn ska här tas särskilt till ett antal faktorer, nämligen (1) rättighetshavarens uteblivna vinst, (2) den vinst den som har begått intrånget eller överträdelsen har gjort, (3) skada på verkets anseende, (4) ideell skada och (5) upphovsmannens eller rättsinnehavarens intresse av att intrång inte begås. Det är här inte fråga om ett skadestånd i vanlig mening eftersom ersättningen alltså inte syftar till att försätta den skadelidande i ekonomiskt hänseende i samma situation som om intrånget inte inträffat; hade det varit fråga om en sådan ersättning skulle hänsyn exempelvis inte typiskt sett ha tagits till intrångsgörarens vinst.

²⁸ Liknande bestämmelser finns i stora delar av den immaterialrättsliga lagstiftningen, se t.ex. 36 § mönsterskyddslagen (1970:485), 8 kap. 4 § varumärkeslagen (2010:1877), 9 kap. 58 § patentlagen (1967:837) och 5 kap. 7 § lagen (2018:1653) om företagsnamn.

Regleringen innebär dock, som påpekas av HD i ”Dreamfilm” NJA 2019 s. 3, att om rättighetshavaren har rätt till dels skälig ersättning för utnyttjandet, dels ersättning för sin ytterligare skada, måste det klargöras att beräkningen av skadan enligt andra stycket inte innefattar det som ersättningen för utnyttjandet täcker. Här kan det bli svåra gränsdragningsproblem som inte är helt lösta i rättspraxis.

Hur skälig ersättning för utnyttjandet ska bestämmas var föremål för prövning i ”Krukväxtkorten” NJA 1985 s. 813. Här hade tidningen Husmodern publicerat en sammanställning av uppgifter om krukväxter som hade katalogskydd enligt 49 § upphovsrättslagen. Den enda bevisning som fanns rörande vederlaget var att de två rättighetsinnehavarna vardera erhållit 10 000 kr i arvode för den ursprungliga publiceringen i Hemmets Journal. HD fäste avseende vid dels att Husmodern gjort bedömningen att materialet var av intresse för läsekretsen trots föregående publicering i Hemmets Journal och att det saknades skäl till ”antagande att en framställare vid en uppgörelse om samtycke till ett eftergörande i ett fall som detta skulle vara benägen att fästa något större avseende vid föreliggande skillnader beträffande upplagornas storlek mellan två i övrigt jämförbara utnyttjare”. Ersättningen bestämdes därför till 5 000 kr till vardera rättighetsinnehavaren. Som framgår gavs i avgörandet begränsad vägledning beträffande hur bestämningen ska gå till.

HD hade här efter anledning att behandla frågan om ersättningsbestämning i ”Dreamfilm” NJA 2019 s. 3. Det var här fråga om två personer som gjort sig skyldiga till brott mot upphovsrättslagen genom att de olovligt tillgängliggjort filmverk för allmänheten genom att överföra dem med hjälp av länkar på hemsidan dreamfilm.se. Frågan i målet var hur skälig ersättning skulle bestämmas för utnyttjandet av SF:s rätt till filmverket ”Maria Wern — Drömmen förde dig vilse”. HD konstaterade här inledningsvis, med hänvisning till förarbetena till upphovsrättslagen, att ersättningen är tänkt att utgöra ett skäligt honorar eller liknande vederlag. Den ersättning som borde ha betalats vid en frivillig uppgörelse ska utges. Gällande tariffer eller andra inom branschen gängse grunder kan därför ofta användas. När det finns en licensmarknad eller andra för branschen etablerade avgiftsprinciper ligger det närmast till hands tillämpa dessa vid beräkningen och det blir då fråga om en hypotetisk licensavgift. Metoden med en tänkt avgift kan också användas när det saknas avgiftsprinciper på marknaden som kan läggas till grund eller utgöra stöd för bestämningen. Som HD påpekar kan metoden då vara förenad med svårigheter eftersom det gäller att försöka uppskatta hur parterna i en avtalsituation skulle ha kommit överens om en licensavgift. Om det saknas förutsättningar att bestämma ersättning på nyssnämnda sätt får domstolen bestämma en skälig ersättning.

Ett viktigt konstaterande i avgörandet är att den skäliga ersättning som ska bestämmas i grunden utgörs av ett skäligt pris för upplåtelsen

av rätten till nyttjandet. HD drar här paralleller till bestämningen av skäligt pris när sådant inte avtalats mellan parterna vid köp av varor och tjänster (se t.ex. 45 § KöpL, 35 § KKöpL och 36 § KTjL; se mer om bestämning av sådan ersättning i avsnitt 2.3.3).

”Dreamfilm” NJA 2019 s. 3 är inte bara av betydelse beträffande de generella uttalanden som görs om vederlagsbestämningen. Viktigt är också hur HD faktiskt bestämde ersättningen och de argument som här användes. I hovrätten hade ersättningen för nyttjandet av verket (som var en av 950 filmer som fanns tillgängliga på dreamfilm.se) bestämts till 4 miljoner kr. Enligt HD kunde det hållas för visst att vid en förhandling mellan en rättighetshavare och en licenstagare vars affärsmodell var att gratis erbjuda streaming av en stor filmkatalog inte hade kunnat leda till ett avtal med en licensavgift som uppgick till 4 miljoner kr för en film. Det konstaterades vidare att den tänkta licensupplåtelsen som lagts till grund för yrkandet inte utgått från att det faktiska nyttjandet var begränsat i tiden och bara avsåg överföring till allmänheten genom streaming och inte avsåg en evig totallicens. Modellen kunde därför inte användas för bestämningen av vederlaget. I stället utgick HD ifrån den utredning i övrigt som parterna hade lagt fram. HD fäste här avseende vid (1) den relativt långa tid under vilken intränet pågick, (2) när och under vilka former filmen gjordes tillgänglig av SF och av andra på laglig väg, (3) uppgifter om förekommande licensavgifter liksom (4) uppgifter om den faktiska försäljningen och (5) uppgifter om illegal streaming samt (6) intäkten efter avdrag för kringkostnader vid internetbaserad uthyrning. Vid en sammantagen bedömning ansågs 400 000 kr vara skälig ersättning.

4.6.4 Skälig ersättning — Avkodningsutrustning

Lagen (2000:171) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning syftar till att förhindra obehörig tillgång till bl.a. tv-sändningar. Lagen förbjuder därför att sådan utrustning yrkesmässigt eller annars i förvärvssyfte tillverkas, importeras, distribueras, säljs, hyrs ut, innehas, installeras, underhålls eller byts ut i syfte att göra en tjänst som omfattas av lagen tillgänglig i tolkningsbar form utan tjänsteleverantörens godkännande (5 §). Den som uppsåtligen bryter mot förbudet ska betala (1) skälig ersättning för att den tjänst som gjorts tillgänglig genom gärningen har utnyttjats samt (2) ersättning för den ytterligare ekonomiska skada som gärningen har medfört (se 9 §).²⁹ Förebilden

²⁹ Före 2000 års lag fick frågan om eventuellt skadestånd för brott av motsvarande slag (då enligt lagen, 1993:1367, om förbud beträffande viss avkodningsutrustning) lösas genom en tillämpning av regleringen om rätt till ersättning för ren förmögenhetsskada (numera 2 kap. 2 § skadeståndslagen). HD konstaterade i NJA 2000 s. 325, som alltså gällde tillämpning av det rättsläge som gällde före 2000 års lag och som avsåg försäljning av s.k. piratkort, att det fick antas att vissa av de personer som köpt piratkorten — men inte alla dessa personer — skulle ha tecknat abonnemang om de inte hade haft tillgång till korten. Skadan ansågs därför bestå i att man gått miste om dessa abonnemang. Däremot ansågs försäljningen av piratkort till personer som,

har, som framgår av hur bestämmelsen är utformad, varit regleringen av motsvarande frågor på det immaterialrättsliga området (se i det föregående, avsnitt 4.6.3 och prop. 1999/2000:49 s. 22).

I två avgöranden har HD haft anledning att adressera frågor med anknytning till tillämpningen av 9 § i avkodningslagen. I ”Avkodningsersättningen I” NJA 2013 s. 966 hade brottsligheten bestått i att gärningsmännen installerat, innehaft och underhållet samt sålt och distribuerat avkodningsutrustning i förvärvssyfte, däribland hade de berett 122 personer tillgång till Canal Digitals tv-sändningar utan bolagets medgivande. Beträffande skälighetsregeln i 9 § uttalade domstolen att regeln ska uppfattas som en minimiregel för beräkningen av det skadestånd som tjänsteleverantören är berättigad till och att utgångspunkten för bedömningen är den avgift som skulle ha betalats om avtal hade tecknats mellan tjänsteleverantören och de personer för vilka tjänsten har gjorts tillgänglig. Däremot saknar hur mycket tjänsten har utnyttjats betydelse. Det avgörande är i stället att tjänsten har gjorts tillgänglig för personerna och tagits i bruk. Enligt HD torde man som huvudregel kunna utgå ifrån att den utrustning som har spritts också har utnyttjats. Av väsentlig betydelse för tillämpningen är att beräkningen enligt HD ska ”grunda sig på den tid under vilken det olovliga utnyttjandet faktiskt har kunnat äga rum och därför som längst till och med den dag då möjligheterna att tillgodogöra sig programinnehållet upphörde”; det finns annars en betydande risk för överkompensation.

En tillämpning av dessa principer i det enskilda fallet medförde att HD beaktade vad som kunde betraktas som gängse avgift per månad för nyttjande tillämpad av den som tillhandahöll TV-utbudet och hur många månader totalt som brukarna haft möjlighet att tillgodogöra sig programinnehållet genom avkodningsutrustningen. Produkten av det totala antalet månader och tillämpbar månadsavgift gav enligt HD den skäligen ersättning som skulle utgå.

”Avkodningsersättningen II” NJA 2018 s. 66 rörde en mer begränsad fråga avseende tillämpningen av 9 § avkodningslagen, nämligen om skälig ersättning ska beräknas med eller utan beaktande av sådan mervärdesskatt som skulle ha ingått i avgiften om tjänsten hade köpts på laglig väg. Här ansåg TV-bolagen att månadsavgifterna inklusive mervärdesskatt skulle läggas till grund för beräkningen. HD konstaterade inledningsvis att den skäliga ersättning som lagen ger leverantören rätt till inte kan betraktas som betalning för en tjänst som tillhandahållits av leverantören och därför inte kan anses mervärdesskattepliktig. Detta var en omständighet som HD tog hänsyn till. En annan var att ersättningen syftar till att kompensera leverantören för den skada som den olovliga hanteringen har medfört och att leverantörens skada inte omfattar den del av uteblivna avgifter som skulle ha utgjorts av mervärdesskatt, eftersom den skatten skulle ha betalats vidare till staten. Till

om de inte innehaft korten, ändå inte skulle ha tecknat abonnemang hos bolagen inte kunna konstituera någon skada.

detta kom att det finns andra bestämmelser i lagen som syftar till att motverka effekten att ersättningen sätts lägre än det skulle ha kostat att skaffa sig tillgång till tjänsten på lagligt sätt. HD fram därför fram till att den skäliga ersättningen ska grunda sig på avgiften exklusive mervärdesskatt.

4.7 Utbytesersättning

4.7.1 Avkastningsränta

När räntelagen kom till 1975 infördes en rätt till annan ränta än dröjsmålsräntan. I det avseendet kom Sverige att avvika från Danmark och Norge som vid samma tid arbetade med utformningen av nya ränteregler. I dessa länder har domstolarna i stället en betydande frihet att bestämma om ränta ska utgå i andra situationer än vid dröjsmål med betalning. Av förarbetena till de svenska reglerna är det klart att ett typfall man hade för ögonen var det där egendom exproprierades och där egendomen tillträdde av exproprianden i tiden före bestämningen av lösenbeloppet. Den räntan borde motsvara en skälig avkastning på en långvarig placering. Man kunde i dessa fall inte direkt utgå från (1) den avkastning som expropriaten skulle haft om han eller hon hade behållit den exproprierade egendomen, (2) från de utgifterna för ränta på kvarstående inteckningslån m.m. som denne faktiskt kunde ha haft efter tillträdet eller (3) ”den avkastning som expropriaten skulle ha erhållit om han varit i tillfälle att omedelbart efter tillträdet uppbära löseskillingen och göra en affärsmässigt skicklig placering av denna”. Ingen av dessa måttstockar kunde generellt ges företräde före de andra och det var inte möjligt att ta full hänsyn till alla på en gång. Därför borde man tillämpa en ”enhetlig räntefot som kan tillämpas utan avseende vid de närmare omständigheterna och som på ett schematiskt sätt anpassas till att det är fråga om ersättning för förlorad avkastning”. Räntan borde därför för detta fall, och generellt för andra motsvarande fall där ränta skulle utgå innan fordringen förfallit till betalning, bestämmas ”med tanke på vad som genomsnittligt sett utgör skälig avkastning vid en placering på lång sikt” och då sättas på ett sådant sätt att ingendera parten fick skäl att fördröja en uppgörelse som medför att kapitalet förfaller till betalning. (Jfr SOU 1974:28 s. 92 ff. och prop. 1975:102 s. 45 f.).

Ett fall som ansågs vara av sådan art att man borde reglera den i lagen avsåg när redan erlagd betalning går åter på grund av betalningsmottagarens kontraktsbrott eller liknande. Men inte bara hävningsituationen borde regleras utan också andra situationer där återgång sker, exempelvis vid avtals ogiltighet. Beträffande räntans höjd anfördes att gäldenären ofta är ”ur stånd att betala redan därför att han inte känner till att han är skyldig pengar eller hur stort beloppet är” och att det i dessa fall var mindre träffande att tala om en förlust för borgenären. En annan viktig skillnad i förhållande till dröjsmålsräntan var att räntan kunde komma att utgå under längre tid och därför kunde komma att

uppgå till stora belopp eftersom fordringen ännu inte var förfallen till betalning. Det motiverade att ersättningen skulle genomsnittligt sett motsvara skälig avkastning vid en placering på lång sikt. Av betydelse för tillämpningen är också att det uttalades att det var ”angeläget att ha enhetliga regler, som kan tillämpas utan noggrann prövning i det enskilda fallet. Detta innebär att avkastningsräntan bör vara schematisk och att borgenären i princip inte skall vara berättigad till särskild ersättning ens när han kan visa att hans individuella avkastningsförlust har varit större”. (Se prop. 1975:102 s. 94 ff.) Uttalandet anknyter till ambitionen att ha en schematisk och därmed lättillämpad ordning.

I samband med 1990 års KöpL ändrades regleringen så att det inte längre har betydelse vem av parterna som orsakat att återgång ska ske av betalningen. Utformningen av 2 § andra stycket räntelagen är nu att vid fordran som avser återgång av betalning då avtal hävts till följd av kontraktsbrott eller på liknande grund utgår ränta för tiden från den dag betalningen erlades till och med den dag återbetalning sker eller den dag dröjsmålsränta utgår.

Tillämpningen av regleringen prövades i NJA 2014 s. 1006. Här hade en part, T, betalat en viss ersättning till en annan part, T2, som efter domstolsprövning visade sig ha varit för hög. Betalningen hade också avsett mervärdesskatt och en fråga i målet var om avkastningsränta skulle utgå på återgången av också mervärdesskattebeloppet.

En första fråga var om räntelagen, som gäller för fordringar på förmögenhetsrättens område, över huvud taget var tillämplig. HD anförde här att grunden för återbetalningsskyldigheten var ett avtal mellan parterna om ersättning för utförda tjänster, att mervärdesskatt ingått i det avtalade priset och ingått i det belopp som skulle återbetalas samt att mervärdesskattebeloppet inte utgjorde någon separat skattefordran utan att samma regler gällde för mervärdesskattedelen av fordringen som för fordringen i övrigt, t.ex. i fråga om preskription och om rätt för gäldenären att betala fordringen genom kvittning. Enligt HD saknade av dessa skäl vad som gällde mellan staten och respektive part i fråga om mervärdesskatt betydelse. En fordran mellan privaträttsliga subjekt som avser återbetalning av mervärdesskatt ska enligt HD, liksom den fordran som mervärdesskatten hänför sig till, betraktas som en sådan penningfordran inom förmögenhetsrättens område som avses i 1 § räntelagen. I frågan om avkastningsränta skulle utgå på också det mervärdesskattebelopp som skulle återbetalas var domskälen korta. HD angav bara att ”avgörande för om avkastningsränta ska betalas enligt 2 § andra stycket räntelagen vid återbetalning av mervärdesskatt är om sådan ränta ska utgå vid återbetalningen av fordringen i övrigt. Vad som gäller i fråga om den fordran som mervärdesskatten hänför sig till gäller alltså även i fråga om mervärdesskatten.” T2 skulle därför utge avkastningsränta också på mervärdesskattebeloppet.

Som det får förstås är resultatet betingat främst av synen på avkastningsränta som en sådan schabloniserad ersättning som ska utgå utan

egentlig koppling till situationen i det enskilda fallet. Resultatet av prövningen blev att T2 tvingades utge avkastningsränta trots att T över huvud inte varit utan mervärdesskattebeloppet och T2 inte innehaft mervärdesskattebeloppet om hänsyn tas till hur mervärdesskattesystemet fungerade för bolagen. När T betalade till T2 ingick i själva överföringen mervärdesskattebeloppet. Detta mervärdesskattedeclarerades månaden efter av T som då hade rätt att få beloppet åter från skatteverket eller kvitta det i mervärdesskatteredovisningen mot mervärdesskatteintäkter. När sedan T fick tillbaka mervärdesskattebeloppet från T2 kunde detta belopp innehas under samma tid och skulle sedan redovisas till skatteverket eller kvittas mot mervärdesskattekostnader som T haft under perioden. Totalt sett låg alltså T ute med mervärdesskattebetalningen som ursprungligen gjordes till T2 ungefär lika länge som T innehade medlen efter återbetalningen från T2. Oaktat detta fick alltså T avkastningsränta på det utbetalade beloppet ända till återbetalning skedde av räntefordringen eller fordringen övergick till att vara en dröjsmålsräntefordran.

Trots vad som nu anförts uttalade HD att eftersom avkastningsräntan är schabloniserad och fordran på ränta hade sin grund i att en part fakturerat motparten med för höga belopp fanns ”det inget utrymme för undantag från räntelagens bestämmelser med hänvisning till principen om obehörig vinst”.

I förarbetena till räntelagen angavs att regeln om avkastningsränta endast avsåg fall där betalning går åter på grund av att avtal hävs eller på liknande grund, t.ex. till följd av svek och handlande mot tro och heder. Det angavs också att regeln om avkastningsränta inte omfattade ”fall då betalning går åter enligt principen för *condictio indebiti*, när betalningsmottagaren är i god tro, och liknande fall. Vid *condictio indebiti* har betalningsmottagaren ett betydande godtrosskydd enligt svensk rätt, och det skulle inte stå i samklang med detta att ålägga honom skyldighet att betala ränta från det han har uppburit beloppet”. Det påpekades dock att man kunde tänka sig gränsfall exempelvis vid återgång av avtal på grund av bristande förutsättningar på betalningsmottagarens sida och återkrav av betalning som mottagits utan svek men i ond tro. För dessa fall överlämnades bedömningen till rättspraxis. (Se prop. 1975:102 s. 116 och 94; jfr SOU 1974:28 s. 92 och 133).

När frågan om tillämpning av regeln om avkastningsränta där mottagaren varit i god tro kom upp för bedömning av HD frångick domstolen dock detta förarbetsuttalande. I NJA 2008 s. 392 hade ett avtal om upplåtelse av bostadsrätt inte bundit bostadsrättsföreningen. Den insats och upplåtelseavgift som erlagts skulle därför återgå från föreningen, som hade varit i god tro om grunden för återgång. HD kom här fram till att en skyldighet att utge avkastningsränta skulle föreligga trots god tro hos betalningsmottagaren.

Avgörandet rörde inte ett egentligt fall av *condictio indebiti* (jfr HD:s uttalande i NJA 2016 s. 799 p. 13) men HD gjorde i avgörandet ett antal

uttalanden om rätten till avkastningsränta också för sådana fall. Ett *första skäl* som anfördes var att lagtextens ordalydelse anger en skyldighet att utge avkastningsränta oberoende av om betalningsmottagaren varit i ond tro. Det bör dock här noteras att bestämmelsen bara anger att ränta utgår på ”fordran som avser återgång av betalning då avtal hävts till följd av kontraktsbrott eller på liknande grund” och därför inte uttryckligen tar ställning till frågan om god eller ond tro på annat sätt än att det kategoriskt anges att ränta ska utgå. Något ställningstagande till fall av misstagsbetalningar kan därför inte anses ha gjorts. Ett *andra skäl* som anfördes var att skyldigheten att utge avkastningsränta enligt 65 § KöpL inte gjorts beroende av att säljaren varit i ond tro. Ett *tredje skäl* var enligt HD att grunden för uttalandet i förarbetena om ett betydande godtrosskydd vid *condictio indebiti* kunde ifrågasättas och att det i lagmotiven inte heller åberopats övertygande argument för att behandla återgång av betalning på grund av misstag annorlunda än återgång som äger rum oberoende av god tro, t.ex. på grund av underårighet, grovt tvång eller förfalskning. Härtill kom enligt HD som ett argument att HD i NJA 1985 s. 352 funnit att en säljare uttryckligen ansågs skyldig att — genom en analogisk tillämpning av regeln — utge avkastningsränta på ett prisavdragsbelopp oavsett om han varit i ond tro om felet i fastigheten och att HD i rättsfallet NJA 1988 s. 457 uttryckligen hade funnit att en kommun, som överdebiterat va-avgifter, var skyldig att betala avkastningsränta på mottagna belopp, oberoende av om kommunen varit i god tro. Det bör dock observeras att HD i det senare avgörandet uttryckligen hänvisade till lagförarbetsuttalandena om fall av *condictio indebiti* där mottagaren varit i god tro utan att ange att det fanns skäl att avvika från uttalandena.

Genom ”Tryckerimomsen I” NJA 2015 s. 1072 blev det klart att återbetalningsskyldighet förelåg för ett tryckeri som debiterat ett för högt mervärdesskattebelopp, en betalning som dock skett i enlighet med då gällande tolkning av mervärdesskatteregleringen (se avsnitt 1.5.1). I NJA 2016 s. 799 var frågan om tryckeriet hade att också utge avkastningsränta på det mervärdesskattebelopp som skulle återbetalas. HD konstaterade här att domstolen i NJA 2008 s. 392 gjort uttalanden som ”måste förstås så att avkastningsränta enligt en analogisk tillämpning av bestämmelsen kan, trots vad som har anförts i förarbetena till räntelagen ..., utgå också vid återgång av betalning enligt läran om *condictio indebiti* (jfr även NJA 1988 s. 457)”. Enligt HD är syftet med avkastningsräntan att betalningsmottagaren ska försättas i samma läge som före betalningen. En part ska alltså inte få inneha motpartens prestation räntefritt om prestationen sedermera ska gå åter. ”Det som ska ersättas är alltså principiellt betalningsmottagarens utbyte eller nytta av att under en tid ha innehaft pengar som han eller hon annars inte skulle ha haft.”

Till skillnad från NJA 2014 s. 1006, där ju återgången avsåg en del av betalningen för en tjänst som den på detta belopp löpande mervärdesskatten, gällde NJA 2016 s. 799 en situation där återgången av mervärdesskattebeloppet inte berodde på att också hela eller delar av det övriga fakturerade beloppet skulle återgå. I ett sådant fall borde det enligt HD finnas ett ”utrymme för att beakta om gäldenären inte har haft en möjlighet att få avkastning på beloppet” och därför inte genom en analogisk tillämpning av 2 § andra stycket räntelagen utvidga tillämpningsområdet för bestämmelsen. Eftersom återgången inte hade något samband med att avtalet har hävts till följd av kontraktsbrott, med avtalets överksamhet eller ogiltighet eller med en rätt till prisavdrag för borgenären och den som erhållit det felaktiga och för höga mervärdesskattebeloppet redovisat detta till Skatteverket och därför inte kunnat få någon avkastning på beloppet kom HD till slutsatsen att avkastningsränta inte skulle utgå på det belopp som skulle återgå på grund av *condictio indebiti*.

4.8 Dröjsmålsränta

Räntelagen är enligt ordalydelsen i 1 § tillämplig på ”penningfordran inom förmögenhetsrättens område”. Redan direktiven till utredningen som resulterade i 1975 års räntelag angav förmögenhetsrätten som tillämpningsområde. I utredningen angavs exempelvis att det kunde ifrågasättas om inte samma principer borde ”komma till användning också vid fordringar inom andra områden, exempelvis familjerättens” men utredningen ansåg att den inte borde ta ställning till frågan men att en analog tillämpning givetvis kunde förekomma där så var lämpligt (se SOU 1974:28 s. 100 f.). Utredningen jämförde här med AvtL, vars tillämpningsområde också är förmögenhetsrättens område men där viss analog tillämpning inom familjerätten kunde förekomma. (Jfr även prop. 1975:102 s. 96).

Vad som skulle anses vara förmögenhetsrättens område angavs dock inte närmare i förarbetena. I NJA 2007 s. 115 var frågan om regleringen om dröjsmålsränta skulle anses vara tillämplig beträffande skyldigheten att återbetala omställningsstöd till jordbrukare, som var en typ av lån. I regleringen om sådant stöd angavs inget om ränta. HD konstaterade att HFD funnit att rätten för en myndighet att ta ut ränta på en fordran som baseras på offentligrättslig lagstiftning kräver uttryckligt författningsstöd. Här refererade HD bl.a. till RÅ 2004 ref. 54, där domstolen hade kommit fram till att en allmän försäkringskassa inte hade rätt att utan uttryckligt författningsstöd ta ut ränta på fordran som avsåg återbetalning av för mycket uppburden ersättning från en socialförsäkring. Eftersom fordran i HD:s mål fick anses vila på offentligrättslig grund krävdes det, i enlighet med HFD:s avgörande, uttryckligt författningsstöd. Eftersom något sådant inte förelegat kunde dröjsmålsränta inte utgå.

Räntelagen kom att ändras i ett antal avseenden när lagändringar trädde ikraft den 1 juli 2002. Ändringarna betingades av ett genomförande av ett EG-direktiv om bekämpande av sena betalningar vid handelstransaktioner (00/35/EG). Fram till och med lagändringarna tillämpades diskontot som bas för beräkning av såväl avkastningsräntan som dröjsmålsräntan. Diskontot bestämdes av Riksbanken och under en kort period av Riksgäldskontoret. Diskontot beräknades som genomsnittet av de under de senaste tre månadernas dagligen noterade räntorna för sexmånaders statsskuldväxlar och femåriga statsobligationer, dock minskat med 2,5 procentenheter och avrundat till närmaste hel eller halv procentenhet. Enligt direktivets artikel 3(1) (d) skulle dröjsmålsräntan vara ”summan av den räntesats som Europeiska centralbanken har tillämpat vid sin senaste huvudsakliga refinansieringstransaktion som utfördes för den första kalenderdagen av det aktuella halvåret (referensräntan) plus åtminstone 7 procentenheter”. För Sveriges del, som inte är ett euroland, skulle referensräntan i stället bestämmas av medlemsstatens centralbank. Referensräntan skulle då bestämmas med utgångspunkt i senaste refinansieringstransaktion. Den motsvaras av Riksbankens ”reporänta” vid utgången av föregående halvår avrundat, om så behövs, till närmast högre halva procentenhet. Reporäntan är den ränta som bankerna kan låna till eller placera till i Riksbanken på sju dagar. När lagändringen år 2002 trädde i kraft ökade avkastningsräntan och dröjsmålsräntan med mer än två procentenheter eftersom referensräntan, baserad på reporäntan, var och hade varit betydligt högre än diskontot.

I NJA 2007 s. 742 hade i ett slutbevis i ett mål om betalningsföreläggande utfärdat i juli 1985 förordnats att utmätning fick äga rum hos gäldenären för ett kapitalbelopp jämte ränta å kapitalbeloppet från förfallodagen med ”8 % över gällande diskonto tills betalning sker”. Frågan i målet var vad som skulle gälla beträffande beräkningen av räntan sedan diskontot avskaffats och ersatts av referensräntan. Kronofogdemyndigheten medgav verkställighet endast beträffande ränta motsvarande diskontot med tillägg av åtta procentenheter. Samma bedömning gjordes av HD, som fastställde hovrättens beslut. Ett skäl för utgången var att en exekutionstitel i allmänhet inte utan stöd i lag kan tillämpas på annat sätt än vad som anges i exekutionstiteln och att det i allmänhet knappast är någon framkomlig väg att med ledning av någon gemensam partsvilja tolka en föreskrift i en exekutionstitel eftersom exekutionstiteln reglerar parternas rättsförhållande genom att träda i stället för det avtal eller avtalslösa förhållande som tidigare gällt mellan parterna.

Utgången blev alltså att gäldenären enligt exekutionstiteln skulle betala senast fastställda diskonto med tillägg av åtta procentenheter och det oberoende av hur räntorna ändrades i tiden efter den 1 juli 2002. Hade det i stället i exekutionstiteln angivits att ränta skulle utgå enligt

4 och 6 §§ räntelagen skulle situationen ha varit en annan. En minoritet (1 justitieråd) var skiljaktig och ansåg att diskontot skulle ersättas med referensräntan vid verkställighet av exekutionstitlar meddelade före 1 juli 2002 och att en sådan tillämpning var utesluten endast om det otvetydigt skulle framgå av exekutionstiteln att uttrycket ”diskonto syftar på en räntesats bestämd i enlighet med den beräkningsgrund för diskontot som gällde före den nu aktuella ändringen i räntelagen eller att uttrycket syftar på ett diskonto som gällde vid en viss tidpunkt”.

I NJA 2008 s. 392, där ett avtal om upplåtelse av bostadsrätt inte hade bundit bostadsrättsföreningen och där en insats och upplåtelseavgift som erlagts skulle återgå från föreningen, hade domen som fastställde att upplåtelsen inte var bindande för föreningen fått laga kraft viss dag och betalaren hade därför krävt dröjsmålsränta från den dag som inföll en månad från domen. Frågan i HD var om den mottagna betalningen var en redovisningsfordran enligt 3 § andra stycket räntelagen. I den bestämmelsen anges att på ”fordran som grundar sig på sysslomans eller annans skyldighet att redovisa för medel som han mottagit av huvudmannen eller tredje man utgår ränta från dagen för redovisningen eller, om denna ej avges i rätt tid, från den dag redovisning bort ske”. HD kom här fram till att den regleringen inte bör vara tillämplig när betalning har erlagts i avsikt att mottagaren skall kunna förfoga över det mottagna för egen räkning, även om det senare visar sig att rätts handlingen är ogiltig. Det är oklart om den av HD anförda principen är utan undantag (jfr Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 uppl. 2018, avsnitt 11.2.3.7).

HD gjorde i 2008 års avgörande också uttalanden om den generella tillämpningen av 3 § andra stycket. Det angavs bl.a. att dröjsmålsränta enligt bestämmelsen i återgångssituationer ”i allmänhet kan börja löpa tidigast när någon av parterna gjort gällande att rättshandlingen är ogiltig” och att när så skett kan den som erlagt betalningen emellertid begära dröjsmålsränta enligt 4 § 1 st., vilket medför att 3 § andra stycket inte behöver tillämpas för att dröjsmålsränta ska utgå. Enligt HD är förhållandena vid ogiltighet ”annorlunda än de som motiverat införandet av 3 § andra stycket som en komplettering av första styckena i 3 och 4 §§, nämligen att redovisningsskyldighet inte inträder vid en bestämd förfallotid samt att redovisningsborgenären typiskt sett inte vet när redovisning har bort ske och vilket belopp han har att fordra”.

Frågan om hur definitiv en betalning måste vara för att betalning ska anses ha skett och dröjsmålsränta därmed ska sluta löpa kan orsaka vissa tolkningsproblem om det inte är fråga om en vanlig ovillkorad betalning av ett penningbelopp. En sådan mer komplicerad situation var föremål för prövning i NJA 2013 s. 1084. Här hade TR förelagt en part att betala motpartens rättegångskostnader, den vinnande parten ansökt om verkställighet av domen, den betalningsskyldige parten betalat in ett belopp till Kronofogdemyndigheten avseende rättegångskostnaderna, upplupen dröjsmålsränta till den dagen då inbetalningen

skedde och ersättning för grundavgiften för verkställigheten på sätt som uppfyllde kraven på nedsättning i 3 kap. 6 § UB. Av 4 kap. 28 § UB framgår att medel ”vilka gäldenären betalar till Kronofogdemyndigheten i anhängigt mål anses omedelbart utmäta i målet, om betalningen ej har skett med villkor som strider häremot”. Bestämmelsen innebär att gäldenären förlorar rådigheten över inbetalade medel. Av 13 kap. 14 § UB följer att borgenären ges möjlighet att bestämma om denne vill lyfta de utmäta pengarna mot säkerhet (t.ex. borgen) eller avvakta att domen får laga kraft. I det senare fallet föreligger rätt till ränta enligt räntelagen från fördelningsdagen t.o.m. utbetalningsdagen. Som HD konstaterade innebär denna valrätt att borgenären förfogar över betalningsdagen och därmed också över den dröjsmålsränta som han eller hon kan kräva, något som kan skapa ett incitament att inte lyfta medlen utan i stället låta medlen förräntas med den förmånliga räntesatsen enligt 4 och 6 §§ räntelagen. Eftersom det finns ett krav på säkerhet för omedelbart lyftande kan borgenären inte fritt disponera över medlen och det gör att inbetalning enligt 4 kap. 28 § UB inte kan betraktas som en sådan betalning av skulden att dröjsmålsränta slutar löpa.

Räntelagen är som sagt tillämplig på penningfordran inom förmögenhetsrättens område. Inte sällan uppkommer frågan vad som ska anses gälla utanför detta område. En sådan fråga uppkom i NJA 2016 s. 1035, där en person förordnats som offentligt biträde enligt lagen (1996:1620) om offentligt biträde, utfört arbete som denne hade rätt till skälig ersättning för och rätten till ersättning faststälts när angelägenheten avslutats. Biträdet, som inte erhållit betalningen efter drygt tre månader, krävde bl.a. dröjsmålsränta på den fastställda ersättningen. Av 9 § förordningen (1997:405) om offentligt biträde följde att ersättningen skulle betalas snarast. HD konstaterade här att det inte är uteslutet att tillämpa de principer om ränta som gäller inom den egentliga förmögenhetsrätten också vid penningfordringar på andra områden, varför ränta enligt räntelagens principer bör kunna utgå ”på en penningfordran som ligger nära förmögenhetsrätten eller när en tillämpning av principerna annars bedöms som rimlig och ändamålsenlig”. Man kan här också dra paralleller till tillämpningen av AvtL, som ju också den enligt 1 § formellt gäller inom förmögenhetsrättens område men som fått en tillämpning också inom andra områden. När fordran kommer från ett offentlighetsrättsligt förhållande bör det avgörande enligt HD vara den aktuella fordringens karaktär, dvs. i vad mån den kan jämföras med en förmögenhetsrättslig fordran. Det betyder bl.a. att om fordran bygger på en offentlighetsrättslig reglering men utgör ersättning för en utförd prestation, så ligger det nära till hands att utgå från räntelagens regler om dröjsmålsränta ifall fordringen inte skulle betalas i tid.

Det offentliga biträdet tillerkändes därför dröjsmålsränta på ersättningen för det arbete som hade utförts. Att det i förordningen angavs

att betalning skulle ske snarast ansågs inte innebära att förfallodagen var bestämd i förväg. Ränta skulle därför utgå först 30 dagar efter ersättningsbeslutet.

Enligt 4 § tredje stycket räntelagen gäller särskilda regler för den tidpunkt när dröjsmålsränta ska börja utgå om fordringen avser skadestånd eller annan liknande ersättning som inte kan fastställas utan särskild utredning. I dessa fall ska ränta betalas på förfallet belopp från den dag som infaller trettio dagar efter det att borgenären har framställt krav på ersättning och lagt fram utredning som med hänsyn till omständigheterna skäligen kan begäras av honom. I normalfallet är det inte problematiskt att använda bestämmelsen. Har den skadelidande köparen exempelvis gjort en förlust genom att efter hävning tvingas köpa samma vara av annan till ett högre pris (jfr 68 § KöpL), ska pris skillnaden läggas till grund för beräkningen och det är på denna som skadeståndet ska beräknas. Ibland kan dock det faktum att penningvärdeförändringar sker orsaka betydande problem. Detta illustreras av flera avgöranden.

NJA 2013 s. 560 gällde den skadelidandes rätt till trafikskadeersättning, som enligt lag ska beräknas på samma sätt som ett skadestånd. Den skadelidande hade skadats år 1999 i en trafikolycka och parterna var eniga om att dröjsmålsränta skulle utgå från samma år på såväl ersättningen för lyte och men som på ersättningen för kostnader och olägenheter. När Trafikskadenämnden hade prövat ärendet hade man rekommenderat utbetalning av vissa belopp baserat på penningvärdet vid tidpunkten för nämndens beslut och man hade då beträffande lyte och men använt sig av tabeller som fastställts årligen och där penningvärdeförändringar hade beaktats.

HD konstaterade här att ränta enligt räntelagen är konstruerad så att den innefattar ett hänsynstagande till en försämring av penningvärdet och att en ränteberäkning med utgångspunkt från det utbetalda beloppet skulle leda till att den ersättningsberättigade blev överkompenserad för penningvärdeförsämringen om en försäkringsersättning utbetalas efter det att ränta har börjat löpa och ersättningen innefattar en kompensation för penningvärdeförsämringen. Enligt HD var det också naturligt ur den ersättningsberättigades perspektiv att ränteberäkning sker på det totala försäkringsbeloppet i enlighet med de regler som ges i räntelagen. En korrigerings måste emellertid kunna göras för att minska eller helt reducera överkompensationen i sådana fall där en penningvärdeförsämring blir beaktad genom såväl metoden för hur ersättningsbeloppet har fastställts som ränteberäkningen. Vad som kunde anses vara en matematiskt korrekt metod tog dock HD inte ställning till.

Frågan återkom sedan i två mål om bland annat kränkingsersättning. I ”De hänskjutna ersättningsfrågorna” NJA 2017 s. 938, som avgjordes i plenum, kom majoriteten (9 justitieråd) fram till att kränkingsersättning som utgångspunkt ska bestämmas efter de principer

som gäller vid tiden för fastställande av ersättningen (jfr NJA 1997 s. 315) men att ersättning för sveda och värk som utgångspunkt ska bestämmas efter de principer som gällde vid tidpunkten för skadans uppkomst. Minoriteten (7 justitieråd) kom fram till att kränkingsersättningen skulle behandlas på samma sätt som ersättning för sveda och värk. Det saknas anledning att här närmare behandla skälen för de ställningstaganden som låg till grund för dessa slutsatser.

Avgörandet i "De hänskjutna ersättningsfrågorna" NJA 2017 s. 938 kom emellertid att få betydelse för bestämningen av den dröjsmålsränta som den skadelidande skulle anses berättigad till. Efter pleniavgörandet återstod att bestämma ersättningen för kränkningen och för sveda och värk i det enskilda fallet och att bestämma på vilket belopp räntan skulle beräknas. Dessa frågor besvarades i NJA 2018 s. 694, där tillämpningen av 4 § femte stycket räntelagen aktualiserades. Den bestämmelsen föreskriver att ränta ska betalas på en fordran, som avser skadestånd med anledning av ett uppsåtligt brott och inte skall utges som livränta, från den dag då skadan uppkom. Majoriteten i HD (3 justitieråd) kom fram till att dröjsmålsräntan skulle utgå från skadetillfället men beräknas på den kränkingsersättning som bestämts enligt de principer som gällde vid tiden för fastställandet av ersättningen. Minoriteten kom däremot fram till att dröjsmålsräntan i stället borde beräknas på det ersättningsbelopp som gällde vid den tidpunkt då ränta enligt 4 § femte stycket räntelagen började löpa och fram till dess ersättningsbeloppet slutligen fastställdes och efter den tidpunkten på detta högre belopp. Det är lätt att konstatera att avgörandena sammantaget innebär att den skadelidande tillerkänns en ersättning som försätter denne i en väsentligt bättre situation än om ersättningen hade betalats ut direkt i anslutning till skadetillfället och detta belopp sedan hade penningvärdejusterats.

4.9 Mot vem kan påföljder riktas

Utgångspunkten i svensk rätt är att om ett skuldebrev är "utfärdat av flere utan förbehåll om delad ansvarighet, svare de en för alla och alla för en för vad förskrivet är" (2 § första stycket skuldebrevslagen). Principen är generellt tillämplig för fordringar. Detta solidariska ansvar innebär alltså att var och en av gäldenärerna svarar i förhållande till borgenären för skuldens hela belopp. Gäldenären garanterar alltså genom konstruktionen övriga gäldenärs betalning genom förpliktelsen att själv betala hela beloppet. Konstruktionen bygger på att gäldenären har en regressrätt mot övriga gäldenärer som ansvarar tillsammans med gäldenären och att det slutliga ansvaret gäldenärerna emellan som huvudregel ska bäras proportionellt i förhållande till var och en av gäldenärernas andel av den totala skulden.

Hur regressrätten är beskaffad framgår av 2 § andra stycket skuldebrevslagen, där det anges att om någon har betalat skulden till borgenären, "äge han att av varje medgäldenär utkräva dennes andel". Det

ges sedan en specialregel för situationer där någon gäldenär har ”kommit på uppenbart obestånd eller är hans vistelseort okänd”. I dessa fall ska envar av de övriga gäldenärerna svara för ”så stor del av bristen som på honom belöper”. Regleringen innehåller också ett annat fall där fördelning ska ske (se t.ex. Gösta Walin och Johnny Herre, *Lagen om skuldebrev m.m.*, 4 uppl. 2018, avsnitt 2.3 och Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 uppl. 2018, avsnitt 7.4.3).

Ett primärt solidariskt ansvar gäller också vid proprieborgen som ingås av flera för samma skuld (se 10 kap. 9 § HB, där det anges ”Nu haver löftesman sig åtagit annan mans gäld, som sin egen, och utfäst betalning å viss tid, eller ort, eller ock sig lika med gäldenären där till förbundet; söke då borgenär vilkendera han helst vill”).

HD har i ett antal avgöranden behandlat frågor om gäldenärskollektivets ansvar gentemot borgenären och hur ansvaret ska fördelas gäldenärerna emellan. I NJA 1989 s. 269 (se Herre, SvJT 2005 s. 700) hade fem personer verksamma i ett aktiebolag tecknat generell proprieborgen för bolagets förpliktelser gentemot en bank och två andra personer tecknat särskild proprieborgen för den kredit som lämnades. HD kom fram till att den omständigheten att banken utan rätt därtill friskrivit två av dem som tecknat generell borgen medförde att det solidariska ansvaret för återstående borgensmän var upplöst. HD motiverade sitt ställningstagande med att banken genom friskrivningen hade minskat återstående borgensmäns regressmöjligheter. Man gjorde här en jämförelse med vad som gäller om preskription inträder i förhållande till en av flera solidariskt ansvariga borgensmän, där det enligt 9 § första stycket preskriptionslagen gäller att var och en av de återstående borgensmännen primärt svarar endast för sin andel beräknad i första hand efter huvudtalet och att alltså det solidariska ansvaret upplöses. Enligt HD kunde friskrivningen av två gäldenärer inte ges en mindre ingripande påföljd än vad som gällde i preskriptionsfallen.

I NJA 1992 s. 351 (se Herre, SvJT 2005 s. 698), som också avsåg ett borgensfall, uttalade HD att borgenärens skyldigheter i det kontraktsförhållande som uppkommer genom borgensförbindelsen bör ses mot bakgrund av att borgensmannen vid betalning till borgenären inträder i borgenärens rätt gentemot huvudgäldenären och därför kan ha en regressrätt mot andra borgensmän. Det medför enligt HD att borgenären ”får anses ha en principiell skyldighet att beakta att inte borgensmannens regressrätt helt eller delvis går förlorad”. Om emellertid borgenären inte gör vad som rimligen kan begäras, befrias borgensmannen från sitt betalningsansvar mot borgenären ”i den mån försummelsen orsakat borgensmannen skada i fråga om regressrätten”.

Här kan jämföras med NJA 2014 s. 107, där HD angav att borgenärens principiella skyldighet att beakta att borgensmannens regress inte går förlorad kan innebära att borgenären måste göra preskriptionsavbrott mot gäldenären. Den principen gäller också när huvudgäldenären dör innan fordringen preskriberas, varför frånvaron av preskrip-

tionsavbrytande åtgärd medför att också borgensmannens förpliktelse gentemot borgenären preskriberas.

Frågan om borgenärens agerande mot en eller flera av ett större antal solidariskt ansvariga gäldenärer innebär att borgenärens rätt till betalning av de övriga påverkas eller helt bortfaller prövades också i NJA 2016 s. 1176. Här hade borgenären eftergett sin fordran mot en gäldenär utan övriga gäldenärers samtycke. I detta fall gäller enligt HD, i den utsträckning som gäldenären befrias genom eftergiften, som utgångspunkt att borgenären inte längre kan göra gällande medgäldenärernas ansvar för gäldenärens andel. Detta motiverade HD med att borgenärens eftergift mot en gäldenär kan innebära att de andra gäldenärerna förlorar möjligheten att kräva ut den gäldenärens andel och att borgenären därför själv får ta de negativa konsekvenserna av att han eller hon väljer att efterge sin fordran mot en gäldenär. HD påpekar dock att frågan om eventuellt minskat ansvar för medgäldenärerna gentemot borgenären är beroende av vilken betydelse eftergiften har i det enskilda fallet för medgäldenärernas regressrätt. En eftergift kan ju i vissa fall inte ha någon betydelse alls för den frågan och i andra fall medföra att regressrätten bortfaller (se härtill Stefan Lindskog, *Betalning*, 2 uppl. 2018, avsnitt 7.3.3.4, som påpekar att olika typfall kan föranleda skilda utgångspunkter och varierande lösningar).

I det enskilda fallet fann HD att eftergiften hade medfört att saken var slutreglerad för den aktuella gäldenärens del och att hon därför inte heller skulle behöva utsättas för regressanspråk från medgäldenären när denne krävdes på betalning av borgenären.

Ansvar mellan solidariskt ansvariga gäldenärer prövades också i NJA 2017 s. 89. Här var det fråga om verkställighet av en dom med solidariskt betalningsansvar. Sakförhållandena var komplicerade. Nio gäldenärer hade i en tingsrättsdom förpliktats att solidariskt ersätta motparten för rättegångskostnad. Alla nio hade därefter för att hindra verkställighet med olika belopp nedsatt pengar hos myndighet till täckande av det utdömda kapitalbeloppet. Tre av gäldenärerna valde att återkalla sina överklaganden och tingsrättsdomen fick därför laga kraft gentemot dem. Hovrätten kom sedan fram till att gäldenärerna bara skulle ansvara för ett lägre belopp för motpartens kostnader i tingsrätten. Enligt HD medförde den högre instansens ändring i förhållande till några av gäldenärerna att det solidariska betalningsansvaret i viss mening kom att delas upp. De som fullföljt talan med viss framgång i hovrätten kunde inte anses ha ett ansvar som sträckte sig längre än till full betalning av det slutligen bestämda beloppet och de hade därför bara ett solidariskt ansvar upp till detta belopp. Däremot gällde för de tre gäldenärer som inte överklagat att de hade ett ansvar för hela det större beloppet. För deras del skulle därför avräkning i första hand ske mot de belopp som bara de svarade för.

5 Förpliktelseförändringar och upphörande

5.1 Preskription

5.1.1 Preskription enligt preskriptionslagen

5.1.1.1 Vilka anspråk träffas?

Genom rättsfallet "Samägandet i Grönsiskan" NJA 1980 s. 705 etablerade HD en princip om dold samäganderätt. Avgörandet följdes av ett stort antal obligationsrättsliga, sakrättsliga, utöknings- och exekutionsrättsliga domar som närmare drog upp gränserna för denna form av förvärv av äganderätt för make eller sambo till fast egendom för gemensamt begagnande. Den dolda äganderätten till fast egendom är inte en äganderätt i vanlig mening utan ett obligationsrättsligt anspråk mot den öppne ägaren och har i vissa avgöranden betecknats som ett rättsligt skyddat anspråk på att bli ägare. Detta framgår av bl.a. justitierådet Hesslers tillägg i "Samägandet i stadsägan I" NJA 1982 s. 589 och av "Fastigheten Majfisken" NJA 1993 s. 324.

Den dolde ägaren får skydd för sitt äganderättsanspråk först när äganderätten har manifesterats genom en formenlig överlåtelse från den öppne samägaren till den dolde samägaren eller när det finns en lagakraftvunnen dom på äganderätt för den dolde samägaren. Den princip som gäller enligt 23 § kommissionslagen för lös egendom gäller alltså inte beträffande fast egendom, vare sig i vanliga fall där någon i eget namn för annans räkning köper egendom åt annan eller när avsikten är att någon ska bli delägare till den fasta egendomen. I stället krävs en dom på ägande eller en regelrätt överlåtelse från öppen till dold ägare för att den dolde ägaren ska betraktas som ägare eller delägare till egendomen.

I "Samägandet i Svedala Aggarp" NJA 2013 s. 632 var frågan om den dolda samäganderätten kan vara föremål för preskription. HD:s majoritet (2 justitieråd) uttalade att det faktum att den dolde ägaren kan genom dom få fastslaget att han eller hon är ägare till fastigheten talar för "att rätten inte bör ses som enbart en fordran, även om den utgör ett obligationsrättsligt anspråk gentemot den öppne ägaren". Domstolen jämförde också med 23 § kommissionslagen där kommittenten blir omedelbar ägare och där anspråket på att få ut egendomen inte preskriberas. HD jämförde än vidare med fallet där en fastighetsägare har krav på att återfå en fastighet sedan köpet förklarats ogiltigt, där detta anspråk inte preskriberas. Dessa rättssystematiska skäl gav dock enligt HD inget avgörande argument för preskriptionsfrågan.

Det utan jämförelse viktigaste argumentet för att preskription inte skulle kunna ske var enligt HD "den dolda samäganderättens familjerättsliga natur och den avsikt som funnits att konstruktionen ska ge ett ekonomiskt skydd", där skyddet lätt skulle gå om intet om preskription skedde inom tio år och där den dolde ägaren inte torde ha "någon tanke på att få sin äganderätt manifesterad medan samlevnaden pågår" och det knappast kunde "accepteras att denna rätt efter tio år skulle gå förlorad därför att inget preskriptionsavbrott har skett". Den dolda

samäganderätten kan därför inte preskriberas. Den dolde ägaren har alltså under äktenskapet eller samboförhållandet eller när som helst efteråt rätt att kräva att domstolen med tillämpning av presumptionsregeln sätter in den dolde ägaren som öppen ägare till fastigheten. Ett justitieråd var skiljaktig beträffande motiveringen. En minoritet (2 justitieråd) menade att dold samäganderätt kan preskriberas.

Ett undantag från den tioåriga preskriptionstiden gäller enligt 2 § andra stycket preskriptionslagen ”för fordran mot en konsument, om fordringen avser en vara, tjänst eller annan nyttighet som en näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet har tillhandahållit konsumenten för huvudsakligen enskilt bruk”. Om rekvisiten är uppfyllda är preskriptionstiden i stället tre år. HD har vid flera tillfällen haft anledning att ta ställning till om relationen mellan gäldenären och borgenären är sådan att regleringen blir tillämplig.

I NJA 1988 s. 503 II (se Herre, SvJT 2005 s. 771) ansågs att den då debiterade televisionsavgiften träffades av bestämmelsen medan kommunens fordran rörande gatukostnader föll utanför. I NJA 2012 s. 414 kom HD fram till att den trafikförsäkringsavgift som debiteras med stöd i 34 § trafikskadelagen (1975:1410) inte är en fordran som avser en nyttighet som tillhandahålls fordonsägare för huvudsakligen enskilt bruk. De huvudsakliga skälen för den bedömningen var (1) att avgiften debiteras enligt en schabloniserad beräkning som i många fall medför avsevärt högre avgifter än de trafikförsäkringspremier som skulle ha varit aktuella, (2) att grunden för rätten att ta ut avgiften främst är att säkra efterlevnaden av trafikförsäkringsplikten och avgiften således utgör en sanktion mot dem som inte bidrar till trafikförsäkringssystemet och (3) att någon motprestation kopplad till avgiften inte erhålls av den avgiftsskyldige.

I NJA 2013 s. 700 ansågs däremot bestämmelsen vara tillämplig på arbetslöshetskassas fordran avseende medlemsavgift. HD fäste i rättsfallet avseende vid att det av förarbetena framgick att avsikten var att bestämmelsen bör ges en vidsträckt tillämpning, att utgångspunkten för bedömningen bör vara hur rättsförhållandet uppfattas ur en konsuments perspektiv och att ett inslag av myndighetsutövning inte ska vara avgörande. Vissa särskilda förhållanden medförde en tillämpning trots att arbetslöshetskassornas verksamhet som helhet betraktad utgör myndighetsutövning som är starkt subventionerad av staten. Dessa var att medlemskap i en arbetslöshetskassa är frivilligt, vilket innebär dels att medlemmen när som helst kan lämna kassan, dels att krav på avgift bara kan uppkomma för den som valt att bli medlem, varför skyldigheten att betala har stora likheter med en försäkringspremie eller en liknande avgift i ett privaträttsligt förhållande. Verksamheten innefattade därför inte så påtagliga moment av offentlig maktutövning som krävs för att kassans fordran skulle vara underkastad tioårspreskription. Noteras bör att HD i detta hänseende hänvisade till NJA 2008 s. 642 (se i det föregående, avsnitt 4.5.1.7). En minoritet (2 justitieråd) kom till

motsatt resultat med åberopande av att arbetslöshetskassornas huvudsakliga verksamhet, att handha arbetslöshetsersättningen, uteslutande utgör myndighetsutövning och att verksamheten därför inte kunde betraktas som näringsverksamhet.

Ett ytterligare rättsfall är NJA 2013 s. 980, som avsåg en lantmäterimyndighets fordran avseende förrättningskostnader. Enligt HD fanns det vissa privaträttsliga inslag som talade för att 2 § andra stycket preskriptionslagen skulle vara tillämplig. Det gällde särskilt att parterna kan komma överens om hur kostnaderna ska fördelas och att myndigheten ska om möjligt lämna anbud beträffande avgiften. Samtidigt konstaterades att en lantmäteriförrättning i viktiga delar liknar ”ett domstolsförfarande i vilket de olika sakägarna bereds tillfälle att delta och tillvarata sin rätt. Likheten är särskilt påfallande i de fall där sakägare har intressen som står emot varandra vid förrättningen. Lantmäteriförfarandet är vidare lagstyrt och bygger på officialprincipen. I det ligger bl.a. att lantmäterimyndigheten självmant ska bevaka såväl det allmännas som vissa enskildas, t.ex. panthavares, intressen. Myndigheten kan också genom egna initiativ påverka förrättningen och dess resultat”. Dessa moment ansågs så påtagliga att en fordran inte borde betraktas som en konsumentfordran av sådant slag att 2 § andra stycket blev tillämplig.

5.1.1.2 Tid när preskriptionsfristen inleds

Många avtal på det kommersiella området innehåller bestämmelser som anger att anspråk ska göras gällande inom viss tid och att konsekvensen av att anspråket inte görs gällande är att part förlorar rätten att göra gällande detta. Regler med ett sådant innehåll fanns t.ex. i ABT 94 kap. 6 § 13, som bl.a. föreskrev att ”för entreprenörens fordringar avseende entreprenaden gäller en preskriptionstid om sex månader räknat från entreprenadens godkännande. ...

Om entreprenören kan visa att han eller hon inte känt till eller bort känna till sin fordran, räknas preskriptionstiden om sex månader från den tidpunkt då han eller hon först bort äga sådan vetskap. Preskriptionstiden skall dock aldrig vara längre än tio år räknat från entreprenadens godkännande. Efter preskriptionsavbrott gäller en ny preskriptionstid om tio år. I övrigt gäller preskriptionslagen” (jfr ABT 06 kap. 6 § 19).

I ”Den uteblivna slutbesiktningen” NJA 2015 s. 862 (se avsnitt se avsnitt 1.9.1.4, 1.9.4.3 och 1.9.4.7) hade slutbesiktning ägt rum rörande underentreprenörernas arbeten och dessförinnan hade entreprenören anmält att arbetena i entreprenaden var färdiga och tillgängliga för slutbesiktning. Någon slutbesiktning av totalentreprenaden hade emellertid aldrig genomförts. Frågan i målet var om preskriptionstiden skulle räknas från den tidpunkt vid vilken slutbesiktning av hela entreprenaden skulle ha genomförts. HD:s majoritet (3 justitieråd) besvarade denna fråga nekande. De anförde att regeln fick anses avsedd för

den situationen att det genom en slutbesiktning klarlagts att entreprenaden godkänts, att vad som skulle gälla när slutbesiktning inte hållits var oreglerat samt att varken avtalets systematik eller dispositiv rätt gav någon direkt ledning. Ändamålsskäl ansågs tala för att bestämmelsen skulle tillämpas också när någon slutbesiktning inte har skett. För att preskriptionstiden skulle börja löpa när entreprenören avslutat sina arbeten krävdes emellertid en utfyllande tolkning som skulle sträcka sig för långt.

HD fäste här särskild vikt vid att det rörde sig om en preskriptionsbestämmelse. Beträffande den principiella frågan anförde HD att en ”preskriptionsregel får på grund av sin drastiska rättighetsavskärande verkan inte tillämpas analogt och ska tolkas restriktivt. Det gäller såväl lag- som avtalsbestämmelser. Restriktiviteten gäller inte bara bestämmelsens träffyta utan också dess tillämpningsförutsättningar, bland dem startpunkten för preskriptionstiden. När det gäller en avtalad preskriptionsregel bör en utfyllande tolkning godtas bara om det finns klara hållpunkter för det”.

HD:s minoritet (2 justitieråd) ansåg att det stod klart att startpunkten skulle vara när entreprenaden rätteligen skulle ha besiktigats. Såväl majoritet som minoritet hänvisade här till NJA 1964 s. 152, där HD anförde att en bestämmelse om att begäran om viss ersättning skulle framställas inom viss tid — där hänvisning skedde till en bestämmelse som inte ansågs innefatta en preskriptionsbestämmelse och där det inte angavs någon påföljd för underlåtenheten att iaktta fristen — inte gav fog för uppfattningen att det var fråga om en preskriptionsbestämmelse.

I ”Medborgarskapet II” NJA 2018 s. 103, som gällde skadestånd i form av ideell skada vid avregistrering av medborgarskap, uttalade HD att en fordran som uppkommer på grund av en skadegörande handling som huvudregel anses tillkommen vid tidpunkten för handlingen, att detta gäller även om skadan visar sig vid ett senare tillfälle samt att när en skadegörande handling är att anse som pågående preskription emellertid kan ske successivt, dag för dag.

När sedan HD fick anledning att återkomma till frågan i NJA 2018 s. 793, som rörde frågan om när anspråk på ersättning enligt frihetsberövandelagen³⁰ preskriberas, konstaterades på motsvarande sätt att när ”en skada är pågående på ett sådant sätt att ny och ytterligare skada uppkommer fortlöpande (perdurerande skador), innebär detta typiskt sett att preskriptionen sker successivt, dag för dag”. Det kunde här konstateras att fordran på ersättning enligt den lagen tillkommer redan vid frihetsinskränkningens början även om fordran fullbordas först senare, t.ex. genom en frikännande dom som får laga kraft. Varje dag en person är frihetsberövad innebär naturligtvis att ytterligare skada typiskt sett uppkommer. Enligt HD borde utgångspunkten därför vara att preskriptionstiden börjar löpa allt eftersom frihetsinskränkningen pågår,

³⁰ Lagen (1998:714) om ersättning vid frihetsberövanden och andra tvångsåtgärder.

något som konstaterades stämma överens med vad som gäller rätten till ersättning för långsam handläggning.

Ett särskilt problem i NJA 2018 s. 793 var om avsteg skulle göras från principen om successiv preskription dag för dag. I ”Medborgarskapet II” NJA 2018 s. 103 hade HD nämligen gjort avsteg från denna princip och i stället kommit fram till att preskriptionsfristen inte till någon del skulle börja löpa förrän det funnits en reell möjlighet för den enskilde att göra sin fordran gällande. Preskriptionsfristen börjar därför, när det är fråga om felaktig avregistrering av medborgarskap, löpa först när den felaktiga uppgiften korrigeras, något som också av HD konstaterades vara i sak detsamma som att preskriptionsfristen suspenderas under överträdelsetiden. De huvudsakliga argument som åberopades av HD för denna lösning var (1) att rätten till ersättning skulle bli illusorisk i fall där staten under längre tid genom utövning av myndighet upprätthåller sitt felaktiga synsätt samt (2) att fordran riktade sig mot staten och grundade sig på en överträdelse av en för den enskilde så central och grundläggande rättighet och att därför de skäl som ligger bakom preskriptionsinstitutet inte gör sig gällande med någon egentlig styrka. I NJA 2018 s. 793 konstaterade HD emellertid att avsteget i ”Medborgarskapet II” NJA 2018 s. 103 gjordes till följd av de speciella förutsättningar som gällde just rätten till ersättning vid brott mot den bestämmelsen i RF och att avgörandet inte kunde anses tala för ett avsteg från gängse principer vid fastställande av när preskriptionsfristen ska inledas för fordringar enligt frihetsberövandelagen. Detta ansågs gälla särskilt som lagstiftaren tydligt hade tagit ställning för en tillämpning av allmänna regler i preskriptionslagen för frihetsberövandelagens del.

5.1.1.3 Preskriptionsavbrott

I 5 § preskriptionslagen regleras när preskription avbryts. Det sker enligt paragrafen bl.a. när borgenären ”väcker talan mot gäldenären eller annars åberopar fordringen gentemot gäldenären vid domstol, hos Kronofogdemyndigheten eller i skiljeförfarande, konkursförfarande eller förhandling om offentligt ackord” (5 § 3).

I NJA 2007 s. 9 var frågan om en ansökan om verkställighet i eget namn av annan än borgenären skulle anses ha medfört preskriptionsavbrott enligt bestämmelsen. Här uttalade HD inledningsvis att en åtgärd som vidtas i borgenärens namn av någon som är behörig att företräda borgenären ska likställas med ett borgenären själv åberopar fordringen. Det krävs dock för det första att handlingen företagits för borgenärens räkning, ”dvs. att den rättshandlande avsåg att gynna borgenären”. Detta kunde enligt HD presumeras vara fallet dels när den rättshandlade agerat med kännedom om att annan innehade fordringen, dels när ”den rättshandlande av misstag trodde att han innehade fordringen och han är närstående till borgenären”. Det krävs för det andra att den rättshandlande (1) hade borgenärens uppdrag eller

(2) att borgenären vid brist på uppdrag godkänt åtgärden innan gäldenären ifrågasatt behörigheten. Kravet på uppdrag kan enligt HD helt efterges när borgenären var förhindrad att själv bevaka sin rätt eller om den rättshandlande var närstående till borgenären. I dessa senare fall har dock borgenären en rätt att i efterhand underkänna åtgärden.

Beträffande det enskilda fallet konstaterade HD att den som agerat för borgenärens räkning, dvs. för att gynna borgenären, ingick i samma koncern som borgenären och att borgenären agerat innan gäldenären ifrågasatte behörigheten och att därför preskriptionsavbrott hade skett.

5.3.2 Specialpreskription

5.3.2.1 Förhållandet mellan preskriptionslagens regler och specialpreskriptionsregler

I 41 § lagen (1974:610) om inrikes vägtransport ges en regel om specialpreskription som föreskriver att talan ”rörande befordran som avses i denna lag skall väckas inom ett år eller, om talan grundas på uppsåt eller grov vårdslöshet, inom tre år”. Huvudregeln är densamma i artikel 32 i Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR) (Geneva, 19 May 1956, CMR), där det anges att huvudregeln är att “the period of limitation for an action arising out of carriage under this Convention shall be one year”. Denna tid kan dock suspenderas enligt artikel 32.2 (se strax i det följande). I artikel 39.4 anges härutöver att “The provisions of article 32 shall apply to claims between carriers. The period of limitation shall, however, begin to run either on the date of the final judicial decision fixing the amount of compensation payable under the provisions of this Convention, or, if there is no such judicial decision, from the actual date of payment.”

I NJA 1996 s. 211 uttalades att konventionens preskriptionsregler ”är tillämpliga beträffande alla fordringar som härrör ur ett under konventionen hänförligt fraktavtal” och att det inte kom i fråga att tillämpa allmänna svenska preskriptionsregler om ett anspråk inte föll under artikel 39.4. Enligt HD saknades det skäl att tillämpa, ens analogivis, artikel 39.4 för andra fall än där det fanns ett regressanspråk mellan solidariskt ansvariga fraktförare. Ett sådant solidariskt ansvar uppkom enligt HD i ett fall med en kontraherande fraktförare och en utförande fraktförare genom att den senare tagit emot godset och fraktsedeln på sätt som krävs enligt artikel 34 (jfr orden ”each succeeding carrier becoming a party to the contract of carriage ... by reason of his acceptance of the goods and the consignment note”). Eftersom någon fraktsedel inte upprättats var den utförande fraktföraren inte solidariskt ansvarig enligt artikel 34 och då var inte heller artikel 39.4 tillämplig.

Eftersom den utförande fraktföraren skulle betraktas som en medhjälpare till den kontraherande fraktföraren var artikel 32 tillämplig. För preskriptionsuppehåll krävs enligt artikel 32.2 att ”a written claim” har lämnats. Uppehållet löper intill dess mottagande fraktförare ”rejects the claim by notification in writing”. Enligt HD fanns det goda skäl

att tillämpa en ordning där det inte ställs ”särskilt stora anspråk beträffande utformning och precisering av ersättningskravet för att preskriptionstiden skall suspenderas och att det är tillräckligt att den mot vilken kravet riktas skall kunna ha möjlighet att vidta åtgärder för att tillvarata sin rätt”. Beträffande bestridandet av kravet bör dock förutsäts dock att ”kravet måste vara otvetydigt för att preskriptionstiden åter skall börja löpa”.

I NJA 2007 s. 879 hade bunkerolja till ett fartyg beställts av en säljare, som anlidade en fraktförare för godsbefordran med fordon på väg och som även skulle blanda oljan på visst sätt i samband med lastningen. Oljan hade dock blandats fel och orsakat fel i fartygets maskin. Frågan i målet var om säljarens krav mot fraktföraren skulle anses vara en ”talan rörande befordran som avses i denna lag” i enlighet med 41 § i 1974 års lag om inrikes vägtransport.

HD konstaterade här att lagtexten medförde att det låg ”närmast till hands att anta att reglerna utan någon särskild inskränkning är tillämpliga på alla slags anspråk som rör en befordran som avses i lagen”, att det i förarbetena anförts att reglerna är tillämpliga på alla anspråk som grundas på fraktavtalet samt att lagrådet anförde att uttrycket torde täcka också ”talan som varuhavare undantagsvis på utomobligatorisk grund vill föra mot anställd hos fraktföraren eller mot självständig medhjälpare”. Härtill kom att 41 § ”skulle tolkas och tillämpas med hänsyn till innebörden av motsvarande konventionsbestämmelser” och att HD i 1996 års avgörande bekräftat att artikel 32 är tillämplig beträffande alla fordringar som härrör ur ett under konventionen hänförligt fraktavtal. HD fäste också avseende vid att det i litteratur och rättspraxis rörande CMR anses sakna betydelse om talan grundas på fraktavtalet eller om talan förs på utomobligatorisk grund och att det föreföll vara ”allmänt vedertaget att det saknar självständig betydelse om anspråket stöder sig på konventionens särskilda ersättningsregler eller på nationella rättsregler”. HD:s slutsats var därför att ”ett anspråk anses härröra ur fraktavtalet om det med hänsyn till vem som gör anspråket gällande, vad det avser och omständigheterna kring dess uppkomst finns ett sakligt samband mellan anspråket och befordringen” och att det då saknar betydelse om grunden är fraktavtalet eller en utomobligatorisk grund. Blandningen av oljan ansågs ha ingått i transportuppdraget och anspråket ansågs härröra ur fraktavtalet på ett sådant sätt att fraktföraren bedömdes vara ansvarig.

I NJA 2013 s. 909 grundades skadeståndstalan på 3 kap. 3 § skadeståndslagen på grund av att felaktig information hade lämnats vid offentlig upphandling till en anbudsgivare. Samtidigt fanns en reglering om skadestånd i lagen om offentlig upphandling som kunde vara tillämplig. För skadeståndsanspråk enligt den senare regleringen gällde och gäller särskilda preskriptionsbestämmelser. HD uttalade här principiellt att en ”bestämmelse om specialpreskription omfattar som huvudregel inte sådana fordringar som har uppkommit med stöd av en

bestämmelse i en annan lag”. Samtidigt angavs att undantag kan tänkas men att det då krävs ”såväl att bestämmelsens ordalag otvetydigt ger utrymme för detta som att det av lagens förarbeten eller på något annat sätt klart framgår att en sådan tillämpning har varit avsedd för den situation som ska bedömas”. Vid bedömning i det enskilda fallet konstaterade domstolen att det stod medlemsstaterna fritt att föreskriva ändamålsenliga preskriptionsbestämmelser, att ordalydelsen i regleringen om offentlig upphandling inte gav vid handen att den var tillämplig på varje krav som uppstått i samband med upphandlingen och att inte heller förarbetena gav stöd för att regleringen avsågs omfatta alla krav. Den skadelidande kunde därför basera sitt krav på skadeståndslagens reglering och talan ansågs därför inte vara preskriberad.

Frågan om relationen mellan specialreglering om preskription och allmänna regler om preskription av skadeståndskrav behandlades också i NJA 2013 s. 51, rörande skador på en segelbåt orsakade av sammanstötning med annan segelbåt som brustit i förtöjningen (se avsnitt 4.5.2.6). Skadevållaren hade här gjort gällande att skadeståndsfordringen var preskriberad enligt 19 kap. 1 § sjölagen. Utgångspunkten var enligt HD att ”en bestämmelse om specialpreskription som finns i en viss lag inte omfattar sådana fordringar som har uppkommit med stöd av en bestämmelse i en annan lag” men att en preskriptionsbestämmelse i vissa fall också kan omfatta fordringar som har uppkommit i det rättsförhållande som lagen avser men som inte grundas på just den lagen. För att specialpreskriptionsbestämmelsen ska ha denna effekt ”krävs det dock såväl att bestämmelsens ordalag otvetydigt ger utrymme för detta som att det av lagens förarbeten eller på något annat sätt klart framgår att en sådan tillämpning har varit avsedd för den situation som ska bedömas”. I det aktuella fallet fäste HD avseende vid bestämmelsens ordalydelse, bakomliggande konventionsreglering och förarbetsuttalanden. Beträffande ordalydelsen konstaterade HD att bestämmelsen gäller ”fordran på ersättning för sammanstötning” och att denna formulering otvetydigt omfattar varje fordran på ersättning för en sammanstötningsskada, oberoende av vilken rättsregel som ligger till grund för anspråket. HD frågade sig därefter om en sådan tillämpning också hade varit avsedd. Här beaktades bl.a. regleringen i 1910 års konvention rörande fastställande av vissa gemensamma bestämmelser i fråga om fartygs sammanstötning som ledde till regler i föregående sjölag från 1891. HD beaktade också de uttalanden som hade gjorts i förarbetena bl.a. om att den korta preskriptionstiden skulle gälla också om den skadelidande gjorde gällande att redaren själv eller någon som redaren ansvarar för hade vållat skadan och gjorde gällande personligt ansvar enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer. Vidare beaktades vad som uttalats i litteraturen rörande samma fråga. Slutsatsen blev enligt HD att 19 kap. 1 § sjölagen träffade också redarens oaktsamhetsansvar för sammanstötningen även om 2 kap. 1 § skadeståndslagen åberopades som grund för kravet.

5.3.2.2 Preskription och försäkring

I ett avtal om företagsförsäkring får det föreskrivas att den som gör gällande anspråk på försäkringsersättning måste anmäla detta inom viss tid för att ha kvar sin rätt (se 8 kap. 20 § FAL). Syftet med sådana villkor är att försäkringsbolagets betalningsskyldighet inte ska hållas svävande alltför länge (se ”BWE:s rättsskyddsförsäkring” NJA 2013 s. 253 p. 7, ”Cremonas ansvarsförsäkring” NJA 2017 s. 601 p. 17 och ”Kioskförsäkringen” NJA 2019 s. 136 p. 15). HD har i flera avgöranden haft anledning att ta ställning till tolkningsfrågor avseende regleringen.

I ”Kioskförsäkringen” NJA 2019 s. 136 behandlades vad som krävs för att en anmälan med anspråk på försäkringsersättning ska anses ha skett. Försäkringsgivaren hade här tagit in ett villkor enligt vilket ersättningskrav skulle framställas så snart som möjligt och senast sex månader från det att den försäkrade hade fått kännedom om möjligheten att få ersättning. HD konstaterade här att en försäkringstagare som drabbas av en skada inleder med en anmälan eller underrättelse om försäkringsfall och att denna medför att försäkringsbolaget får en skyldighet att agera. Hur emellertid den anmälan förhåller sig till en anmälan med anspråk på försäkringsersättning framgår inte närmare av lagtexten eller förarbeten. Ofta innebär en anmälan av ett försäkringsfall att anmälaren lämnar uppgifter som innebär att försäkringsbolaget dels kan identifiera försäkringstagaren och försäkringsavtalet, dels får information om händelseförloppet och att försäkringstagaren till följd av detta vill ta försäkringen i anspråk. Redan anmälan av försäkringsfallet innebär i dessa fall att kraven på anmälan av anspråk är uppfyllda. Om emellertid anmälan inte innehåller tillräcklig information för att försäkringsbolaget ska kunna bedöma om det är fråga om en skada som bolaget ansvarar för och om försäkringstagaren verkligen vill ta försäkringen i anspråk måste försäkringstagaren klargöra att han eller hon önskar ta försäkringen i anspråk.

”BWE:s rättsskyddsförsäkring” NJA 2013 s. 253 (se avsnitt 1.9.4.2) gällde tolkningen av kravet på anmälan att det riktades till försäkringsbolaget inom en tid som inte fick ”understiga sex månader från det att han har fått kännedom om sin fordran”. Numera anges, genom en lagändring år 2013, att tiden inte får vara kortare än ”ett år från tidpunkten när det förhållande som enligt försäkringsavtalet berättigar till försäkringsskyddet inträdde” (se 8 kap. 20 § tredje stycket FAL, dåvarande 20 § andra stycket). HD fann här beträffande en rättsskyddsförsäkring att försäkringstagaren inte fick kännedom om sin fordran redan genom att tvisten uppstod men att sådan kännedom erhöles när ombud anlätades. Anspråket borde därför — eftersom villkoret föreskrev att den som hade en fordran på grund av försäkringen förlorade sin rätt om han inte framställde sitt anspråk till försäkringsbolaget inom ett år från det han fått kännedom om sin fordran — ha anmälts senast ett år efter att ombudet anlätades.

”Cremonas ansvarsförsäkring” NJA 2017 s. 601 rörde en annan men anknytande fråga. Här hade den försäkrade tecknat en ansvarsförsäkring men sedermera försatts i konkurs. Den skadelidande fick därför enligt 9 kap. 7 § FAL rikta krav direkt mot försäkringsbolaget på ersättning. Frågan i målet var om ersättningsrätten skulle bestå trots att den försäkrade hade underlåtit att anmäla kravet inom den tid som föreskrevs i avtalet och som var förenlig med regleringen i 8 kap. 20 §. HD:s majoritet kom här fram till att ett villkor med krav på anspråk inom viss tid verkar även mot en skadelidande tredje man, som efter den försäkrades konkurs gör gällande direktkrav. För den tolkningen talade enligt majoriteten att den skadelidande som utgångspunkt inte ska försättas i bättre läge än den försäkrade och att det inte av 1 kap. 6 § andra stycket kan anses följa att den skadelidande ska ställas bättre än den försäkrade beträffande fristvillkor enligt 8 kap. 20 §. En minoritet ansåg i stället att ett villkor enligt paragrafen inte påverkar den skadelidandes rätt att rikta direktkrav mot försäkringsbolaget.

5.3.2.3 Preskription i jordabalksfall

För bestående hyresförhållanden gäller vanliga preskriptionstfrister enligt preskriptionslagen, dvs. tre år för konsumentfordringar och tio år i övrigt. Emellertid gäller i ett särskilt fall en speciell preskriptionsregel för fordringsanspråk på grund av hyresförhållandet. Enligt 12 kap. 61 § JB ska talan väckas om sådant fordringsanspråk inom två år från det att hyresgästen lämnade lägenheten. Om parterna inte avtalat annat är rätten till talan förlorad om den tiden inte iakttas.

Vad som ska avses med att hyresgästen ”lämnar lägenheten” behandlades i NJA 2007 s. 303. HD konstaterade här att vad som ska anses utgöra en lägenhet får avgöras med hänsyn till avtalets lydelse. Om hyresgästen först hyr en lägenhet men det hyresavtalet ersätts med ett annat avtal avseende endast en del av den lokal som tidigare hyrdes får hyresgästen enligt HD anses ha lämnat den ursprungliga lägenheten på ett sådant sätt att det hyresförhållandet upphört. Preskriptionsfristen för anspråk hänförliga till den tiden börjar därför löpa när lägenheten lämnades och det nya hyresavtalet började gälla. En minoritet (1 justitieråd) ansåg i stället att tiden i 12 kap. 61 § skulle börja löpa först när hyresgästen lämnat hela den lägenhet som hyresfordringen hänför sig till.

I NJA 2014 s. 232 hade hyresgästen lämnat lokalen vid viss tidpunkt och knappt sju månader senare väckt talan vid tingsrätten. Den talan avisades sju månader därefter på grund av en skiljeklausul. Sedan hyresgästen därefter påkallat skiljeförfarande och hyresvärden inte ställt säkerhet avskrevs skiljetvisten knappt två år och två månader efter avflyttningen. Talan väcktes därefter igen i tingsrätten drygt två månader efter skiljenämndens avskrivning och alltså drygt två år och fyra månader efter avflyttning. Frågan i målet var om hyresgästens talan därige-

nom väckts för sent enligt 12 kap 61 § JB. HD konstaterade här att enligt 45 § andra stycket skiljeförfarandelagen gäller att om skiljeförfarandet avslutas utan att den fråga som har lämnats till skiljenämnden avgörs, och det inte beror på borgenärens vållande, ska talan anses vara väckt i rätt tid om borgenären begär skiljedom eller väcker talan vid domstol inom 30 dagar från den dag då han eller hon fick del av skiljedomen. Eftersom hyresgästen väckt talan senare än inom denna 30-dagarsperiod ansågs det inledda skiljeförfarandet inte medföra att talan enligt 12 kap. 61 § JB hade väckts i tid. Eftersom inte heller den första rättegången som ägts rum före påkallelsen av skiljeförfarandet skulle tillmätas någon betydelse i preskriptionshänseende ansågs hyresgästen ha förlorat sin rätt till ersättning eftersom talan väckts senare än inom den i 12 kap. 61 § angivna preskriptionsfristen om två år. Enligt HD har borgenären i ett sådant fall i allmänhet inte något behov av rättsskydd i form av ett undantag från huvudregeln att en icke fullföljd talan saknar betydelse för preskriptionsbestämmelsens tillämplighet.

5.3.2.4 Preskription enligt skattepreskriptionslagen

I 3 § första stycket lagen (1982:188) om preskription av skattefordringar m.m. anges att huvudregeln är att en fordran preskriberas fem år efter utgången av det kalenderår då den förföll till betalning. Hur denna reglering ska tillämpas var föremål för prövning i NJA 2012 s. 452. Beträffande underhållsstöd gällde då en ordning där Försäkringskassan i vissa fall kunde besluta om återbetalningskyldighet för utbetalat stöd. Enligt regleringen förföll återbetalningskravet till betalning tio dagar efter den dag då den bidragsskyldige delgavs beslutet om återbetalningskyldighet. En strikt tolkning av ordalydelsen i bestämmelserna gav vid handen att preskriptionstiden inte började löpa förrän delgivning av återbetalningsbeslutet hade skett och detta oavsett den tid som förflutit mellan beslut och delgivning. I det aktuella fallet hade det gått nästan tolv år mellan beslut och delgivning.

HD konstaterade här att syftet med tiodagarsfristen var att den bidragsskyldige inte skulle bli betalningskyldig innan han eller hon fått möjlighet att ta del av återbetalningsbeslutet med den information som detta skulle innehålla. Det syftet ansågs inte motivera att startpunkten för preskriptionstiden knöts till delgivningen av beslutet. En sådan koppling ansågs inte heller förenlig med preskriptionsregelns avvecklingsfunktion. HD anförde vidare att det inte var en god ordning att "låta det förhållandet att tiden har gått, utan att sådana åtgärder har vidtagits, få till effekt att startpunkten för preskriptionstiden förskjuts" och att det inte heller fanns stöd i förarbetena till underhållsstödslagen (eller socialförsäkringsbalken) som antydde att en sådan ordning var avsedd. En ordning där preskriptionstidens början knöts till återbetalningsbeslutet innebar också vissa systematiska fördelar. HD kom därför

fram till att tiden skulle börja löpa när Försäkringskassan fattat sitt beslut (se även justitieråden Herres och Lindskogs tillägg för egen del). En minoritet (2 justitieråd) var skiljaktig och fann att preskriptionstiden inleddes när Försäkringskassan genom ett inbetalningskort uppmanade gäldenären att betala.

5.3.2.5 Specialpreskription övriga fall

Sjölagen innehåller i 19 kap. 1 § ett antal bestämmelser om specialpreskription. Enligt punkt 3 upphör en fordring, vare sig ansvarigheten för den är begränsad eller obegränsad, om talan inte väcks i laga ordning i fråga om en ”fordran på ersättning för sammanstötning: inom två år från den dag skadan inträffade”. I NJA 2013 s. 51, där en segelbåt slitit sig från förtöjningsplatsen och orsakat nötnings-skador på en annan segelbåt, var en fråga från vilken dag preskriptionsfristen skulle börja löpa. HD konstaterade här att tiden skulle räknas ”från den dag skadan inträffade”, att det i den franska originalversionen av 1910 års sammanstötningsskonvention talades om att preskriptionstiden räknas ”à partir de l'évènement” och enligt den engelska lydelsen räknas tiden ”from the date of the casualty”. Med skada skulle därför förstås den fartygsskada som uppstår vid sammanstötningstillfället, även om de ekonomiska konsekvenserna av den skadan, t.ex. utebliven hyra, kan inträffa först senare. Eftersom mer än två år förflutit mellan skadan i den meningen och att talan väcktes hade preskriptionsfristen löpt ut.

Av punkt 5 i 19 kap. 1 § sjölagen följer att en fordran upphör om talan inte väcks i laga ordning i fråga om ”en fordran på ersättning på grund av att gods har skadats, gått förlorat eller försenats vid befordran eller på grund av att det i konossement har lämnats oriktiga eller ofullständiga uppgifter: inom ett år från det godset lämnades ut eller skulle ha lämnats ut”. Hur den regleringen ska tolkas var föremål för prövning i NJA 2016 s. 149. Här hade en person i september 2009 ingått ett avtal om transport av en personbil av märke Cadillac CTS, årsmodell 2007, från Miami till Göteborg och lämnat fordonet till agenten vid terminalen i Miami i november 2009. Någon transport enligt avtalet utfördes emellertid aldrig och transportköparen fick i september 2011 besked från agenten om att bilen hade sålts på exekutiv auktion i Miami för att täcka terminalhyra, varpå denne väckte talan i april 2013 med yrkande om ersättning för den förlorade bilen.

HD kom här fram till att tillämpningsområdet för preskriptionsregeln i 19 kap. 1 § första stycket 5 sjölagen skulle anses ha samma omfattning som sjötransportörens ansvar under ansvarsperioden och att det avgörande därför är vilket ansvar transportören har åtagit sig enligt befodringsavtalet och vilka tvingande regler som gäller för det avtalet. Regeln vilar enligt HD på tanken att mottagaren har anledning att bevaka sin rätt vid den tid då godset har lämnats ut eller skulle ha lämnats ut eftersom det är först då mottagaren kan bedöma om han eller hon

har ett fordringsanspråk mot transportören. Om emellertid transporten inte har påbörjats, kan det vara svårt för den tilltänkte mottagaren att avgöra när godset vid en rent rättslig bedömning skulle ha lämnats ut. När det inte går att bestämma vid vilken tidpunkt godset skulle ha lämnats ut bör i stället avseende fästas vid tidpunkten vid vilken under rättelse skett till behörig företrädare på lastägarsidan om att godset har gått förlorat, bl.a. eftersom det då står klart att godset inte kommer att lämnas ut. Eftersom talan inte hade väckts inom ett år från beskedet om att bilen hade sålts på exekutiv auktion ansågs fordran preskriberad.

5.3.3 Preskriptionsavbrott

Enligt 5 § preskriptionslagen avbryts preskription genom att (1) gäldenären utfäster betalning, erlägger ränta eller amortering eller erkänner fordringen på annat sätt gentemot borgenären, (2) gäldenären får ett skriftligt krav eller en skriftlig erinran om fordringen från borgenären eller (3) borgenären väcker talan mot gäldenären eller annars åberopar fordringen gentemot gäldenären vid domstol, hos Kronofogdemyndigheten eller i skiljeförfarande, konkursförfarande eller förhandling om offentligt ackord. Frågan om skriftligt krav har lämnats har resulterat i ett antal HD-avgöranden.

Av NJA 1996 s. 809 framgår att det är borgenären som står risken för att brev inte når gäldenären och som har bevisbördan för att preskriptionsavbrott har skett. Trots att brevet sänts till rätt adress och inte returnerats till avsändaren och därför inget talade för att brevet förkommit under postbefordran, ansågs det inte styrkt att gäldenären fått brevet. För att avbrott ska anses ha inträffat krävs dock inte att gäldenären faktiskt tagit del av innehållet i brevet.

I NJA 1998 s. 750 klargjordes att kraven är högt ställda. Här ansågs det bl.a. inte styrkt att ett rekommenderat brev nått adressaten när det inte fanns bevis för att brevet hade mottagits av denne, det inte fanns några uppgifter om hur de rekommenderade breven hanterades hos posten och det inte var bevisat att avi om brevets ankomst nått adressaten.

Att det emellertid finns en gräns för hur höga krav på bevisning som ställs framgår av NJA 2007 s. 157. I detta fall hade det skickats 14 brev med krav eller påminnelser till gäldenären på hans folkbokföringsadress och inget av breven hade kommit i retur. HD uttalade här att när det som i föreliggande fall var ”fråga om ett flertal försändelser får möjligheten att inte åtminstone någon nått gäldenären anses vara närmast försumbar, om ingen särskild omständighet till stöd för detta föreligger”. Eftersom gäldenären inte anfört någon tänkbar förklaring till att samtliga kravbrev skulle ha förkommit eller till att han av annat skäl inte fått breven ansågs preskriptionsavbrott ha skett.

I NJA 2012 s. 172 fortsatte sedan HD på den inslagna vägen. Här hade nio brev skickats under den ursprungliga kravtiden om 10 år, som

var preskriptionstiden för den aktuella fordringen. Under denne period hade gäldenären haft fyra olika folkbokföringsadresser, saknat adress under en period och under perioder varit boende på andra adresser än folkbokföringsadresserna. Utredningen visade också att under perioden 1992–2009 hade gäldenären varit folkbokförd på fem olika adresser och att 25 brev hade skickats till gäldenärens vid var tid gällande folkbokföringsadress utan att ha returnerats. Enligt HD fick risken att ingen av de nio försändelserna under den inledande preskriptionsfristen hade kommit fram anses ha varit försumbar. Eftersom breven hade skickats till gäldenärens folkbokföringsadresser och han haft anledning att bevaka sin post där oavsett om han bott på adresserna eller inte ansågs en försändelse som delats ut där ha kommit gäldenären till handa. Preskriptionsavbrott hade därför skett.

Utanför preskriptionslagens tillämpningsområde har det vid flera tillfällen diskuterats om det för att ett meddelande ska anses ha kommit part till handa ska räcka med att två försändelser har skickats. Således diskuterades redan i prop. 1990/91:11 (s. 23 f.) rörande vissa delgivningsfrågor om man vid s.k. förenklad delgivning skulle kräva dubbla postförsändelser. Man kom här fram till att det var betydelsefullt ur rättssäkerhetssynpunkt att dubbla försändelser användes. I förarbetena till den nuvarande delgivningslagen (2010:1932) angavs, med hänvisning till nyssnämnda proposition, rörande förenklad delgivning — där det krävs en försändelse med delgivningshandlingen och sedan ett meddelande nästföljande arbetsdag om att handlingen har skickats — att risken för fel i postens hantering blir i det närmaste obefintlig genom användande av dubbla försändelser och att även olyckor efter det att brevet kan sägas ha kommit fram till adressaten förebyggs.

I HD:s plenimål ”Den uteblivna försändelsen” NJA 2012 s. 435 angav majoriteten, med hänvisning till 1996, 2007 och 2012 års avgöranden, att det händer att försändelser kommer bort under postbefordran och att risken för detta har beaktats i rättspraxis. Enligt HD borde denna risk beaktas också med avseende på domar eller beslut som skickats till adressaten när ett mål eller ärende har avgjorts på handlingarna och en part inte i förväg har underrättats om när avgörandet skulle meddelas. I dessa fall borde ett påstående att avgörandet inte har kommit parten till handa godtas om inte omständigheterna talar mot påståendet.

Vad som ska gälla i ärenden om verkställighet när gäldenären invänder att hinder föreligger på grund av preskription behandlades sedan i NJA 2016 s. 332. Här uttalade HD, med hänvisning till bl.a. 2012 års avgörande och nyssnämnda förarbetsuttalanden, att också ”i ett ärende om verkställighet finns det skäl att knyta bevisverkningar till det förhållandet att sökanden kan visa att det har sänts två brev med krav eller påminnelser om fordringen till gäldenären” och att detta därför under vissa förhållanden räcka som bevis om preskriptionsavbrott. Enligt domstolen får i dessa fall preskriptionsavbrott anses ha skett senast genom det andra brevet. Vissa krav måste dock vara uppfyllda beträffande

de båda breven. Sökanden måste därför bevisa (1) att breven verkligen har sänts, (2) att breven har sänts till en adress där gäldenären har anledning att bevaka sin post och (3) att det inte finns någon särskild omständighet som i det enskilda fallet talar emot att gäldenären har fått åtminstone något av breven. Bland de omständigheter som HD nämnde som exempel på särskilda skäl är att det varit problem med postgången i området eller med tillgrepp ur brevlådor under den tid som är aktuell samt att något av breven returnerats till avsändaren.

I NJA 2005 s. 843 behandlades två viktiga frågor rörande preskriptionsavbrott. Den första frågan var om Konsortiet för patientförsäkring, som vid tiden för en patientskada hade ett försäkringsavtal med landstinget som försäkringstagare, hade varit behörig att med bindande verkan ta emot krav och erinringar avseende skadestånd. HD fann här, med hänvisning till NJA 2001 s. 329, att konsortiet varit behörigt. Domstolen hänvisade särskilt till att patienten vänt sig till landstinget men blivit hänvisad till konsortiet, att konsortiet enligt avtalet i förekommande fall skulle betala skadestånd och vid krav skulle utreda om skadeståndsskyldighet förelåg och underhandla med den som krävde skadestånd. Den andra frågan var vad som ska avses med uttrycket ”fordran” i bestämmelsens mening. HD kom här fram till, bl.a. genom en jämförelse med kravet på precisering av saken i en rättegång och syftet med bestämmelsen från gäldenärens synpunkt, att det för preskriptionsavbrott med tillämpning av bestämmelsen ”allmänt sett bör vara tillräckligt att den skadelidande anger ett huvudsakligt händelseförlopp och klargör att han eller hon har ett anspråk till följd av detta”. Eftersom den skadelidande i två brev till landstinget gjort klart att hon hävdade att hon skadats vid operationerna och att hon ville ha ersättning för det ansågs meddelandena ha uppfyllt kraven på angivande av fordran även om det av det första brevet inte klart framgick att anspråket omfattade ersättning också enligt skadeståndslagen.

I NJA 2002 s. 358 och NJA 2004 s. 499 etablerades principen att frågan om en preskriberad fordran är återuppväckt får bedömas i enlighet med allmänna avtalsrättsliga principer och därmed utifrån gäldenärens vilja i det enskilda fallet. I 2002 års avgörande, som rörde en gäldenär som var en konsument, uttalades att det för återuppväckande borde krävas att konsumenten ”på ett otvetydigt sätt har åtagit sig att betala fordringen trots att han haft vetskap om att den är preskriberad eller att det framgår att han, oavsett hur det förhåller sig med frågan om preskription, är villig att åta sig betalningsskyldighet” och att bevisbördan åvilar borgenären. I 2004 års avgörande fann HD att motsvarande princip var tillämplig när gäldenären var en hyresgäst.

HD hade anledning att återkomma till frågan i ”Den ej återuppväckta fordran” NJA 2018 s. 805. Här hade utmätning skett av en — som det visade sig — preskriberad fordran. Utmätningen verkställdes också i viss utsträckning. Frågan var om verkställigheten hade återuppväckt fordran. HD konstaterade att det i olika sammanhang uttalats att

en verkställd betalning inte kan återkrävas. Exempelvis angavs i prop. 1979/80:119 s. 13 att om ”en gäldenär har betalat en skuld trots att den är preskriberad, anses han inte ha rätt att återfå beloppet under åberopande av att han på grund av preskriptionen inte var skyldig att betala” (jfr s. 72 i samma prop.). Betalningen anses i dessa fall som huvudregel skapa en befogad tillit hos borgenären om att gäldenären erkänner fordringen. Undantag bör göras, om ”gäldenären erlägger betalning under protest eller under villkor ger detta inte borgenären grund för befogad tillit om att betalningen är ett sådant erkännande som återuppväcker den preskriberade fordringen”. I dessa fall saknar det betydelse på vilken grund eller med vilken invändning gäldenären protesterar eller villkorar betalningen. Samma utgångspunkter gäller enligt HD om betalningen skett genom ett exekutivt förfarande. Verkställigheten ansågs därför inte ha återuppväckt fordran.

5.3.4 Verkan av preskription

I NJA 2005 s. 44 hade HD anledning att adressera två invändningar mot betalningsskyldighet rörande en borgensförpliktelse. Den ena rörde det förhållandet att huvudgäldenärerna hade upphört i och med dessa bolags konkurser avslutats med underskott och bolagen upplösts (se om den frågan avsnitt 2.8). Den andra avsåg att fordringarna på huvudgäldenärerna hade preskriberats och att därför borgensåtagandet blivit föremål för accessorisk preskription (jfr 8 § andra stycket preskriptionslagen, där det anges att preskription av en huvudfordran omfattar bl.a. fordran på grund av borgen).

Beträffande innebörden i 8 § andra stycket uttalade HD principiellt att ”innebörden av regeln är att när preskription inträtt för huvudfordringen, vilket i normalfallet beror på att borgenären försummat att vidta preskriptionsavbrott, huvudgäldenären skall vara skyddad även mot regresskrav från borgensmannen” och att syftet ”med bestämmelsen är alltså att huvudgäldenären skall skyddas från att reglerna om preskription kringgås” (uttalandet är kritiserat av Torkel Gregow, Preskription och preklusion av fordringar, 2020, s. 119 f.; jfr dock Stefan Lindskog, Preskription, 4 uppl. 2017, avsnitt 11.2.1). HD anförde här vidare att det fick ”anses uppenbart att regeln inte är avsedd för det fallet att huvudgäldenären är ett upplöst bolag som inte kan bli föremål för krav eller andra preskriptionsavbrytande åtgärder i normal ordning” och att ett betraktande av regeln som gällande i ett sådant fall skulle ”leda till svårlösta praktiska komplikationer och påtagliga risker för rättsförluster”. Dessa skäl ansågs så starka att 8 § inte skulle anses tillämplig trots sin klara avfattning. Eftersom fordringarna inte var preskriberade när bolagen upplöstes efter konkurs och det inte påstås att fordran hade upphört på annan grund kom HD fram till att borgensmannen skulle förpliktas betala till borgenären.

NJA 2014 s. 107 rörde frågan hur 8 § andra stycket preskriptionslagen ska tillämpas beträffande borgen när gäldenären har avlidit innan

huvudfordringen preskriberades. Här kom HD fram till att ansvaret för skulderna principiellt vid gäldenärens död går över på dödsboet och att preskriptionsavbrott kan göras mot dödsboet. Om därför borgenären inte vidtar åtgärder för preskriptionsavbrott och preskription sker av gäldenärens skuld, innebär det att också borgensfordran preskriberas. Beträffande NJA 2005 s. 44 påpekade HD dock att det målet gällde ett "gäldenärsaktiebolag som hade upplösts efter konkurs och som då inte kunde bli föremål för krav eller andra preskriptionsavbrytande åtgärder i normal ordning (jfr däremot numera 25 kap. 50 § aktiebolagslagen, 2005:551)".

En närliggande fråga till den i NJA 2005 s. 44 kom sedan upp i NJA 2017 s. 569. Frågan i HD var, med den formulering HD valde, "om en borgenär kan begära att en (efter en underskottskonkurs i aktiebolag) upplöst huvudgäldenär ska träda i likvidation för att borgenären ska kunna vidta en preskriptionsavbrytande åtgärd samt, i så fall, om underlåtenhet att vidta sådana åtgärder medför att borgenären har förlorat sin rätt att kräva betalning av borgensmannen" (p. 5). HD anförde här att vid tiden för 2005 års avgörande förelåg det lagstöd för att ett genom underskottskonkurs upplöst aktiebolag kunde återfå sin rättskapacitet genom att träda i likvidation endast om det fanns tillgångar som inte hade omfattats av konkursen. Sedan en lagändring i aktiebolagslagen, 25 kap. 50 §, anges numera att finns "det efter konkursens avslutande tillgångar som inte omfattas av konkursen eller väcks talan mot bolaget eller uppkommer det av annat skäl behov av en likvidationsåtgärd, ska allmän domstol på ansökan av den som berörs besluta om likvidation". Av bestämmelsen följer enligt HD att en borgenär som ansöker om likvidation av ett upplöst bolag för att kunna vidta en preskriptionsavbrytande åtgärd bör anses ha ett behov av en likvidationsåtgärd i bestämmelsens mening. Det inbegriper bl.a. att borgenären, som har en principiell skyldighet att beakta att borgensmannens regressrätt inte går förlorad, kan vidta denna preskriptionsbrytande åtgärd för att undvika att borgenären till följd av försummelse orsakar borgensmannen skada genom att inte vidta denna rimliga åtgärd för att tillse att regressrätten inte förloras. Eftersom borgenären på detta relativt enkla sättet kan vidta en preskriptionsavbrytande åtgärd saknas det därför efter lagändringen i ABL skäl att göra undantag från regeln i 8 § andra stycket preskriptionslagen. HD:s slutsats är därför att preskription av en huvudfordran i ett fall som det föreliggande också medför accessorisk preskription.

5.3.5 Preklusion

En fordran kan prekluderas — dvs. rätten att kräva in den kan förloras — av en mängd skilda skäl.

Lagen (1981:131) om kallelse på okända borgenärer är direkt tillämplig när bouppteckning har skett efter avliden, liksom när ansökan om äktenskapsskillnad gjorts eller bodelning under äktenskapet har

gjorts. Lagens bestämmelser gäller också kallelser som sker enligt annan lag eller författning (1 §). För preklusionsverkan krävs att fordringen inte är anmäld i tid och att borgenären inte kan visa att gäldenären har "känt till" fordringen före anmälningstidens utgång. Det spelar ingen roll om kännedomen baseras på ett av borgenären framställt krav eller beror på något annat; gäldenärens uppfattning om skyldigheten att betala saknar därför betydelse, liksom eventuell okunskap om det belopp som fordringen avser. I NJA 2016 s. 981 fick HD anledning att närmare behandla vad som ligger i kravet på att gäldenären känt till fordringen. I kravet ligger enligt HD att gäldenären "haft vetskap om" att fordringen föreligger och att det därför inte är tillräckligt att gäldenären "borde ha känt till" fordringen. I kravet på vetskap ligger dock att gäldenären är skyldig att "verka för att förekommande oklarheter i kontakterna med borgenärerna undanröjs" men det krävs inte särskilda utredningsåtgärder.

NJA 2016 s. 981 gällde en skattefordran. Redan av NJA 1944 s. 435 får anses följa att skattefordringar omfattas av regleringen om kallelse på okända borgenärer. I det fallet ansågs dock gäldenären ha haft vetskap om fordringen och den kunde därför göras gällande. I NJA 2014 s. 114 uttalade HD att det finns goda skäl för att skattefordringar ska kunna prekluderas med tillämpning av reglerna i 1981 års lag. Enligt HD skulle vidare avvecklingsintresset allvarligt motverkas av en princip om att skatteskulder i sig alltid ska anses kända. Gäldenärens kännedom ska därför enligt HD bedömas "utifrån de förutsättningar under vilka en skattskyldig kan ha kännedom om skulden". Så länge deklARATION inte har avgetts eller en sådan inte lett till skattebeslut har därför den skattskyldige att i princip utgå från att det kan föreligga en skatteskuld. Detsamma gäller dock inte efter ett fattat skattebeslut för sådant som inte framgår av beslutet trots en korrekt deklARATION. I det fallet ansågs kännedom inte ha förelegat för gäldenären, ett likvidationsbolag.

Kunskapskravet prövades också i NJA 2016 s. 981, där gäldenären hade lämnat ett s.k. öppet yrkande beträffande en fastighetstransaktion. Vid tiden för kallelseförfarandet hade HFD slagit fast att en del närliggande transaktioner omfattades av skatteflyktslagens bestämmelser (jfr RÅ 2009 not. 86 och RÅ 2009 not. 88). Under kallelseförfarandet hade skatteverket vidare skickat ett antal frågor till gäldenären utan att ens reservationsvis åberopa skatteflyktsregleringen. Det var emellertid först några år senare som det efter ett avgörande från HFD stod klart att lagen var tillämplig på den transaktion som gäldenären hade genomfört. HD kom fram till att skatteverkets kontakter inte gav uttryck för att man ansåg sig ha en ytterligare fordran på gäldenären och det fanns inte heller några tydliga tecken på att man hade ett sådant anspråk. Fordringen ansågs därför vara prekluderad.

5.4 Förändring och upphörande av en förpliktelse genom en åtgärd som vidtas av gäldenären

En lokalhyresgäst har enligt 12 kap. ett indirekt besittningsskydd. Enligt 12 kap. 57 § JB har en hyresgäst rätt till ersättning enligt 12 kap. 58 b § om inte hyresvärden haft rätt att säga upp avtalet enligt vad som följer av 57 § punkterna 1–5. En av dessa punkter avser att hyresvärden haft befogad anledning att upplösa hyresförhållandet (den s.k. generalklausulen). Det ska enligt den bestämmelsen göras en intresseavvägning mellan parternas intressen. Vad som ska anses vara en sådan befogad anledning att upplösa förhållandet har prövats av HD i NJA 2007 s. 1018 och NJA 2013 s. 1112.

I det förstnämnda avgörandet hade hyresvärd och hyresgäst ingått inte mindre än fyra avtal, där det centrala avtalet var ett samarbetsavtal om att hyresgästen skulle bedriva en servicestation åt hyresvärden (bensinbolaget Shell), ett hyresavtal, ett samverkansavtal för butikskedjan inom Shell och ett biltvättsavtal. Enligt samarbetsavtalet gällde det avtalet tills vidare med en uppsägningstid av nio månader vid uppsägning från hyresvärdens sida. Parterna var enligt regleringen överens om att samtliga avtal mellan parterna rörande samarbetet vid stationen upphörde att gälla samtidigt med samarbetsavtalet. Hyresvärden hade sagt upp avtalet för att man i stället önskade driva bensinstationen i egen regi. HD anförde att detta i och för sig fick anses vara en saklig grund för uppsägning av hyresavtalet. I intresseavvägningen beaktades också att hyresvärden rimligen måste kunna frigöra sig från samarbetsförpliktelserna. Det ansågs inte motiverat att hyresgästen erhöll ett så långtgående skydd vid uppsägning av hyresavtalet att hyresgästen skulle anses ha rätt till antingen att samarbetsavtalet fortsatte eller att hela hyresgästens positiva kontraktsintresse ersattes. Hyresvärden bedömdes därför, i beaktande av att hyresvärden också åtagit sig att betala visst avgångsvederlag, ha haft befogad anledning att säga upp även hyresavtalet, varför någon rätt till ersättning inte förelåg. En minoritet (2 justitieråd) ansåg dock att hyresbestämmelserna i JB skulle tillämpas på hela avtalsförhållandet och att därför alla fyra delavtalen skulle ha varit gällande om uppsägning inte hade skett av hyresavtalet. De ansåg därför att intresseavvägningen skulle utfalla till hyresgästens förmån.

I NJA 2013 s. 1112 konstaterade HD att ett fall där generalklausulen enligt förarbetena kan tillämpas (se prop. 1968:91 Bihang A, s. 127) är ”när det för hyresvärden är mer ekonomiskt fördelaktigt att hyra ut lokalen för verksamhet av annat slag (omläggning av bruksändamålet), om inte lokalhyresgästen erbjuder sig att gå med på lika förmånliga villkor”. Vid intresseavvägningen bör enligt HD beaktas (a) hyresgästens behov av lokalen och möjligheterna att erhålla annan lämplig lokal, (b) den tid hyresgästen bedrivit verksamhet i lokalen, (c) arten av den verksamheten, (d) hyresgästens beroende av en viss kundkrets eller visst affärsläge. För en näringsdrivande hyresgäst är det särskilt fråga om (1) intresset av att kunna driva verksamheten vidare under i

huvudsak oförändrad lönsamhet, (2) om godtagbar ersättningslokal finns att tillgå och (3) om verksamheten utgör en väsentlig del av hela affärsrörelsen hos hyresgästen. Mot detta ska vägas hyresvärdens sakliga skäl att ta lokalen i anspråk och om hyresvärden erbjudit viss ekonomisk kompensation, förlängning under viss begränsad tid eller anvisat annan lokal.

I det enskilda fallet konstaterade HD att hyresvärden haft sakliga skäl att inte förlänga hyresavtalet, att hyresgästen haft ett betydande intresse av att få stanna kvar i lokalen, att hyresvärden inte erbjudit någon ekonomisk kompensation eller någon ersättningslokal samt att hyresvärden haft ekonomiskt utrymme att kompensera hyresgästen inför upplösningen av hyresförhållandet. Befogad anledning att upplösa hyresförhållandet hade därför inte förelegat.

Vid en typ av långvariga avtal, hyresavtal genom vilka hus eller delar av hus upplåts till nyttjande som bostadslägenhet eller lokal mot ersättning, gäller avtalet för obestämd tid om inte annat avtalas. Dessa avtal måste sägas upp för att upphöra att gälla. Om parterna väljer att ingå avtalet för bestämd tid upphör sådana avtal att gälla vid hyrestidens slut om annat inte avtalats. Har emellertid hyresförhållandet varat mer än nio månader i följd krävs dock uppsägning för att avtalet ska upphöra att gälla. Anmaning om att hyresgästen ska flytta krävs också om avtalet gällt på viss tid men hyresgästen fortsätter att använda lägenheten och lägenheten ska då lämnas inom en månad efter hyrestidens utgång. Uppsägningsreglerna gäller för anmaningen. (Se 12 kap. 1 och 3 §§ JB.) Till skillnad från många andra långvariga avtal ställs det normalt upp flera formkrav för uppsägning av hyresavtal. Uppsägningen ska i normalfallet vara skriftlig (se 12 kap. 8 §). Den ska vidare innehålla viss information. Vill därför hyresvärden säga upp avtalet ska han eller hon i uppsägningen underrätta hyresgästen om de villkor som värden kräver för att förlänga hyresförhållandet eller om orsaken till att han eller hon vägrar medge förlängning. Uppsägningen ska dessutom innehålla underrättelse att hyresgästen, om han eller hon inte går med på att flytta utan att få ersättning enligt 58 b §, har att inom två månader från uppsägningen hänskjuta tvisten till hyresnämnden för medling. (Se 12 kap. 58 § JB.)

I NJA 2016 s. 482 hyrde en hyresgäst en lokal i en fastighet som tidigare hade ägts av ett aktiebolag men som sedermera kom att säljas på exekutiv auktion. Inropet på auktionen gjordes utan förbehåll för hyresavtalet (jfr 12 kap. 33 § UB). Kommunen sade sedan upp hyresavtalet med hänvisning till 12 kap. 46 § UB, som bl.a. anger att om köparen vill att ”hyresrätt, som inte är skyddad enligt 33 § första stycket eller har förbehållits enligt 33 § andra stycket eller vid auktionen, skall upphöra, åligger det honom att inom en månad från tillträdesdagen säga upp avtalet.” Frågan i målet var om en underrättelse som uppfyller kraven i 12 kap. 58 § JB måste lämnas även när uppsägning sker med stöd i utsokningsbalkens reglering.

HD kom i målet fram till att hyresgästens besittningsskydd gäller även när hyresavtalet ska upphöra på grund av uppsägning eller köp på exekutiv auktion. En hyresrätt följer alltså med vid auktionen men köparen har rätt att avsluta eller påkalla en omreglering av hyresavtalet inom den ram som besittningsskyddet ger. Eftersom underrättelsen enligt 12 kap. 58 § JB är en integrerad del av utövandet av besittningsskyddet krävs också vid uppsägning enligt UB att kraven i 12 kap. 58 § JB följs.

I NJA 1992 s. 829 (se Herre, SvJT 2005 s. 792) ansågs att 12 kap. 58 § JB föreskrivits utslutande i hyresgästens intresse. När hyresvärdens uppsägning ostridigt inte hade uppfyllt formkravet bedömdes därför hyresgästen ha rätt att godta uppsägningen och därmed avstå från att göra ogiltigheten av uppsägningen gällande. Hyresvärden ansågs därför inte ha haft rätt att till sin fördel åberopa felaktigheten i den egna uppsägningen.

En närliggande fråga kom upp i NJA 2015 s. 186 (se avsnitt 1.2.3). Det var här fråga om ett lägenhetsarrende i form av hyra av tio parkeringsplatser, där det av villkoren framgick att uppsägning skulle ske skriftligen minst tre månader före avtalstidens utgång och att avtalet förlängdes med tre månader om det inte sades upp i rätt tid. Hyresgästen hade inte mottagit några hyresaviser efter första kvartalet 2007 och hade vid den tidpunkten slutat att använda parkeringsplatserna. Trots det krävde hyresvärden ersättning för hyra under perioden 1 april 2007 t.o.m. den 30 juni 2010. För lägenhetsarrenden gäller 8 kap. JB. Av 8 § följer att en uppsägning ska vara skriftlig, om inte skriftligt erkännande av uppsägningen lämnas. Någon sådan hade inte skett. Frågan i målet var om arrendeavtalet kunde sägas upp genom konkludent handlande och den frågan aktualiserade både en bedömning av det avtalade formkravet och regleringen i 8 §.

HD uttalade här allmänt om avtalad skriftform att det i princip inte finns något hinder mot att parter muntligen enas om att frånfalla ett avtalat skriftkrav eller muntligen avtalar om något som fordrar skriftlighet. Vidare borde enligt HD gälla att om båda parter har "inrättat sig efter en ordning som avviker från vad som har avtalats, så bör i regel detta leda till att en bindande konkludent överenskommelse föreligger trots att skriftkravet inte har efterlevts". Bedömningen är enligt HD inte densamma när det gäller ensidiga rättshandlingar av påbudscharaktär, exempelvis uppsägningar och hävningsförklaringar, där utgångspunkten är att ett avtalat skriftkrav gäller så länge inte motparten, dvs. mottagaren av påbudet, har godtagit att påbudet är verksamt trots avsaknaden av skriftform. Däremot kan den uppsägande part som inte följt formföreskrifterna åberopa den bristen genom att senare hävda att en muntlig uppsägning inte är verksamt. På motsvarande sätt kan den uppsägande parten om det anses föreligga en konkludent uppsägning inte freda sig mot bundenhet av uppsägningen med åberopande av att skriftkravet inte har iakttagits.

Angående det lagreglerade skriftkravet i 8 kap. 8 § kan konstateras att bestämmelsen omfattar olika arrendeformer, däribland sådana där arrendet har stor social vikt för arrendatorn och ansevärd ekonomisk betydelse för båda parter. En uppsägning av ett arrendeaftal är därför enligt HD, med hänvisning till NJA II 1908 s. 106, ofta ”en så viktig och ingripande åtgärd att det har intresse för båda parter att klart kunna konstatera att rättshandlingen har företagits och när så har skett”, något som ligger bakom lagens skriftkrav. Mot bakgrund av ”de särskilda skyddsintressen som typiskt sett kan aktualiseras i ett arrendeförhållande bör här gälla en annan ordning” än för uppsägning enligt 12 kap. 58 § JB (jfr nyssnämnda NJA 1992 s. 829; jfr även Erika P Björkdahl, Uppsägning genom konkludent handlande, JT 2016–17 s. 137 ff.). Därför bör enligt HD båda parter få göra gällande att formkravet inte uppfyllts och det oberoende av vem av parterna som orsakat bristen. Eftersom arrendatorn inte hade bekräftat någon konkludent uppsägning genom ett skriftligt erkännande hade skriftkravet i 8 § inte iakttagits, varför påståendet om en konkludent uppsägning inte kunde vinna bifall. Eftersom arrendatorn inte heller hade gjort gällande att parterna genom en uttrycklig eller tyst överenskommelse avtalat om att arrendet upphörde utan uppsägning kom HD fram till att arrendatorn var betalningsskyldig.

En minoritet (2 justitieråd) anförde dock att eftersom det inte finns något allmänt intresse att beakta rörande uppsägningar enligt 8 kap. 8 § JB, är skriftkravet inget ”hinder mot att avtalsförhållandet kan upphöra på grund av en muntlig överenskommelse mellan parterna eller genom deras agerande”. I det enskilda fallet konstaterade minoriteten att jordägaren konkludent sagt upp avtalet, att arrendatorn inte hade invänt mot jordägarens agerande utan i stället under lång tid inrättat sig därefter och att arrendatorn därigenom på ett synbart sätt godtagit den i och för sig icke formenliga uppsägningen, varför slutsatsen måste bli att parternas avtalsförhållande hade upphört.

Regleringen om tomträtt, dvs. nyttjanderätt till fastighet under obestämd tid för visst ändamål mot årlig avgäld, företer många tecken på typisk skyddslagstiftning. Regleringen syftar alltså i delar till att skydda tomträttshavaren. Tomträttsavtalen är långa avtal. Det framgår av 13 kap. 14 § JB. Om det är fråga om tomträtt för bostadsbebyggelse är den kortaste första tidsperioden sextio år, räknat från upplåtelsen eller den senare dag som angivits i upplåtelsehandlingen. Först inför denna periods slut får fastighetsägaren säga upp avtalet. Härefter gäller att varje följande period, om annat inte avtalats, fyrtio år från utgången av närmast föregående period. Redan dessa långa perioder ger tomträttshavaren visst skydd. I tillägg gäller att uppsägningen bara får ske om det är av vikt för ägaren att fastigheten används för bebyggelse av annan art eller annars på annat sätt än tidigare. Av 15 § framgår att en uppsägning av ett tomträttsavtal ska ske minst två år före periodens utgång. Längre uppsägningstid kan dock avtalas mellan parterna. Utöver

denna frist gäller att uppsägningen inte får ske hur tidigt som helst. Därför föreskrivs att uppsägning som sker tidigare än fem år före periodens utgång är utan verkan.

För uppsägningen gäller inte bara tidskravet gentemot tomträttshavaren. Det åligger nämligen vidare fastighetsägaren att inom samma tid som gäller för uppsägningen anmäla denna till inskrivningsmyndigheten för anteckning i fastighetsregistrets inskrivningsdel. Av lagtexten framgår att om sådan anteckning ej skett, är uppsägningen ogiltig. Hur den regleringen ska tillämpas var föremål för prövning i NJA 2019 s. 223. I lagförarbeten hade det angivits att anteckning måste ske inom uppsägningsfristen och den positionen hade därefter intagits i flera kommentarer till lagstiftningen. Här kom HD:s majoritet emellertid fram till att regleringen måste förstås så att en uppsägning av ett tomt-rättsavtal är giltig om fastighetsägaren anmäler uppsägningen på en inskrivningsdag inom uppsägningstiden samt att denna anmälan föranleder en anteckning i fastighetsregistret. Huruvida anteckningen förs in i fastighetsregistret före eller efter uppsägningstidens utgång saknar betydelse. Som också påpekas innebär detta vissa risker för godtroende tredje man, en risk som dock enligt domstolen måste vägas mot fastighetsägarens intresse av att kunna fullfölja en uppsägning. Avgörandet innebär bl.a. att eventuella fel som begås av inskrivningsmyndigheten inte påverkar giltigheten hos en uppsägning.

5.5 Skuldsanering som förändring av skuld

Huvudregeln vid skuldsanering är att alla fordringar på pengar mot gäldenären som uppkommit före den dag då inledandebeslutet meddelades omfattas av skuldsaneringen. Ett undantag gäller dock för bl.a. fordran för vilken borgenären har panträtt eller annan förmånsrätt enligt 6 eller 7 § förmånsrättslagen (1970:979) eller retentionsrätt, till den del säkerheten räcker till för betalning av fordran (se 31 § första stycket 2 skuldsaneringslagen, 2016:675; jfr 7 § tredje stycket 3 i 2006 års lag). Som framgår av förarbetena till 2006 års lag är skälet för att hålla sådana fordringar utanför en skuldsanering att en annan ordning skulle kunna rubba villkoren för omsättningen av fastigheter och därmed också villkoren för kreditgivningen, vilket ytterst skulle drabba hela låntagarkollektivet och också kunna inverka menligt på hela samhällsekonomin (se prop. 1993/94:123 s. 126 f.). Samtidigt undantas av ett antal skäl inte fordringar förenade med borgen (se a. prop. s. 132 f.).

I NJA 2016 s. 73 uppkom frågan om en skuldsanering omfattar en fordran för vilken säkerhet har ställts i form av tredjemanspant. HD konstaterade här att det finns tydliga skillnader mellan gäldenärspanter — dvs. panter som gäldenären själv har ställt — och tredjemanspanter — dvs. panter som tredje man ställt. Dessa skillnader, och hur de olika panterna behandlas i andra sammanhang, medförde enligt HD att fordringar förenade med tredjemanspant inte undantas från

skuldsanering och att uttrycket panträtt i nyssnämnda bestämmelse ska förstå så att bara panträtt som gäldenären har upplåtit i sin egendom omfattas av undantaget.

I 48 § skuldsaneringslagen (2016:675) regleras fall där omprövning kan ske av ett beslut om skuldsanering. I NJA 2017 s. 405 prövades hur en beslutad skuldsanering ska hanteras om gäldenären avlider under den tid då betalningsplanen löper. De frågor som avhandlades i målet var dels om en betalningsplan ska fullgöras av en gäldenärs dödsbo, dels om ett beslut om skuldsanering kan omprövas på grund av att gäldenärens dödsbo inte har betalat skulderna i enlighet med planen. Beträffande den första frågan konstaterade HD att dödsboet genom universalsuccession övertar tillgångar och skulder samt rättigheter och skyldigheter och att typiskt sett dödsfallet inte innebär någon förändring eller något upphörande av de skulder som gäldenären hade på dödsdagen. Det innebär också att skuldsaneringsbeslutets ”förändring av det civilrättsliga fordringsförhållandet mellan borgenärerna och gäldenären står” fast och att dödsboet ska fullfölja betalningsskyldigheten som framgår av skuldsaneringsbeslutet. HD:s majoritet kom vidare fram till att en omprövning av skuldsaneringen inte kan ske om gäldenären har avlidit. De huvudsakliga argument som majoriteten anför som stöd för denna ordning är dels att en omprövning skulle riskera att avsevärt komplicera och fördröja boets avveckling, dels att de skäl som motiverar en omprövningsrätt — främst att det ska framstå som skadligt för den allmänna betalningsmoralen om beslutet får stå fast — inte gör sig gällande med samma styrka när gäldenären är avliden.

En förpliktelse kan förändras eller upphöra genom skuldsanering. En skuldsanering syftar till att ge svårt skuldsatta personer möjlighet att komma ur sina ekonomiska problem så att dessa ska ges möjlighet till ett drägligare och mer samhällsnyttigt liv. Saneringen syftar också till att gynna borgenärskollektivet genom att gäldenären betalar åtminstone någon del av sina skulder. Genom förfarandet befrias gäldenären från ansvaret för de skulder som omfattas av skuldsaneringen och som betalningsplanen inte ålägger honom eller henne att betala. Betalningsplanen bestäms normalt till fem år. Endast om det finns beaktansvärda skäl kan en kortare tid bestämmas (se härom ”Den fyraåriga betalningsplanen” NJA 2019 s. 43, där sådana beaktansvärda skäl ansågs föreligga; gäldenären hade under 10 år haft perioder av löneutmätning och därmed levt under huvudsakligen motsvarande förhållanden som under skuldsanering).

Normalt är skuldsaneringsbeslutet definitivt. Ett beslut om skuldsanering ska typiskt sett ändras endast om ett upprätthållande av beslutet skulle framstå som skadligt för den allmänna betalningsmoralen; att låta det tidigare beslutet kvarstå oförändrat kan i sådana fall uppfattas som stötande (se 48 § i skuldsaneringslag, jfr 24 § i föregående lag från 2006). HD har i några avgöranden avgjort frågan om omprövning bör ske. I NJA 2011 s. 957 hade gäldenären, med en total skuldbörda om

knappt 3,5 miljoner kr, beviljats skuldsanering men sedermera avstått från ett arv om 500 000 kr i en ordning som liknade gåva. Arvet skulle enligt HD ha möjliggjort betalning av ett väsentligt högre belopp till borgenärerna än vad som följde av betalningsplanen. Egendomen hade varit tillgänglig för borgenärerna och avståendet ansågs av HD utgöra en disposition som inte var skyddsvärd på ett sådant sätt att omprövningen av skuldsaneringen inte borde ske.

I "Upprättelseersättningen" NJA 2018 s. 49 hade en gäldenär som har beviljats skuldsanering senare erhållit ersättning enligt lagen (2012:663) om ersättning på grund av övergrepp eller försummelser i samhällsvården av barn och unga i vissa fall. HD kom här fram till att ersättningen inte borde föranleda ändring av skuldsaneringsbeslutet. Här beaktades bl.a. ersättningens särskilda syfte, nämligen att ersätta den skadelidande för personligt lidande. HD beaktade också gäldenärens situation vid tidpunkten för prövningen. Det konstaterades nämligen att även om gäldenären fick tillgodogöra sig hela beloppet framstod hennes ekonomiska förhållanden fortfarande, sedda i ett längre perspektiv, som bräckliga.

5.6 Övergång till annan

5.6.1 Inledning

Huvudregeln i svensk rätt är att en fordran kan överlåtas (jfr exempelvis 27 § skuldebrevlagen; se härtill också justitierådet Lindskogs tillägg för egen del i NJA 2009 s. 570). Undantag kan följa direkt av lag eller principer som gäller i borgenärens eller gäldenärens intresse. Exempelvis kan fordringen vara av ett så personligt slag att gäldenären bör anses ha rätt att förvänta sig att bara den ursprunglige borgenären får göra fordringen gällande. Det är vidare inte ovanligt att parter avtalar om eller att det annars föreskrivs att det som förvärvats ska hembjudas till någon eller några, alternativt att vissa ska ha förköpsrätt eller att egendomen alls inte får överlåtas eller användas på visst sätt. Verkan av sådana avtalsvillkor eller föreskrifter har varit föremål för prövning i ett stort antal avgöranden under åren och då avsett olika frågor och tillämpning av skilda regelverk. Ett närliggande problem som ofta kommit upp i domstolarna är hur man ska se på ett avtalsvillkor vid samägande om att samäganderättslagen inte ska tillämpas. En skiljelinje går mellan klausuler avtalade vid förvärv av fast egendom och vid andra avtal. En annan kan dras mellan å ena sidan klausulens giltighet gentemot ursprunglig borgenär och mot senare förvärvare och å andra sidan giltigheten mot borgenärens borgenärer.

5.6.2 Avtal om hembud och förköpsrätt avseende fast egendom

En kategori avgöranden har rört giltigheten och verkan av olika typer av bestämmelser vari någon eller några personer getts förköpsrätt.

I NJA 1971 s. 516 (se Rodhe, SvJT 1979 s. 584) uttalade HD helt kortfattat att eftersom "avtal om förköpsrätt till fast egendom enligt svensk

rätt icke kan ingås med bindande verkan” kunde en klausul om att arrendator skulle ha företrädesrätt vid en eventuell framtida försäljning att få köpa fastigheten inte grunda någon rätt för arrendatorn.

Lika tydligt uttalade sig HD i NJA 1974 s. 314 (se Rodhe, SvJT 1979 s. 584 f.). Här hade delägare till en fastighet avtalat om rätt för delägare att i vissa lägen lösa till sig annan delägarers lott för ett bestämt pris. En sådan klausul var enligt HD att ”betrakta som ett avtal om förköpsrätt eller — sett ur en annan synvinkel — som en utfästelse om framtida överlåtelse av fastighetsandel” och sådana avtal ”kan enligt svensk rätt icke ingås med bindande verkan” när det gäller fast egendom. Det angavs dock samtidigt att man i uppdragsförhållanden och andra speciella fall kan tillmäta sådana avtal rättslig betydelse.

NJA 1981 s. 897 (se Herre, SvJT 2005 s. 561) rörde frågan om anteckning om en inskränkning kunde ske enligt 20 kap. 14 § JB. Här hade det vid gåva föreskrivits om hembud enligt en klausul som angav att ”om någon av gåvotagarna önskar avhända sig sin andel i fastigheten eller del därav, är denne skyldig att hembjuda sin andel till de andra gåvotagarna eller deras rättsinnehavare”. Klausulen innebar enligt HD att gåvotagarna tillförsäkrats förköpsrätt till varandras andelar och att sådan rätt även kunde tillkomma gåvotagares rättsinnehavare vid överlåtelse från någon av gåvotagarna. Eftersom ett överlåtelseförbud vid gåva av fast egendom är ”i princip giltigt mot både gåvotagare och tredje man” och det aktuella förbehållet innebar en mindre inskränkning i gåvotagarnas förfoganderätt än ett generellt överlåtelseförbud och inte kunde anses medföra mer ogynnsamma verkningar än ett sådant förbud ansågs förbehållet giltigt. Inskränkningen kunde därför skrivas in.

I ett senare avgörande, NJA 1994 s. 69, hade givaren och gåvotagarna först efter det att fastigheten hade getts bort träffat skriftlig överenskommelse om förköpsrätt för en av delägarna till de andras andelar. För att bli giltigt krävdes dock enligt HD att förbehåll togs in i gåvohandlingen (jfr 4 kap. 3 § 3 och 29 § JB). Ett villkor som ställs upp eller överenskoms mellan parterna först efter gåvan blir alltså ogiltigt oberoende av om det godtas från gåvotagarens sida.

Gränsdragningen mellan köp och gåva klargjordes sedan i NJA 1984 s. 673 (se Herre, SvJT 2005 s. 562) där det avtalats om hembudsskyldighet för alla delägarna. HD uttalade här principiellt att ”utrymmet för klausuler om förköpsrätt till fast egendom sedan gammalt varit synnerligen begränsat i svensk rätt. Man har funnit att sådana klausuler lägger band på ägarens handlingsfrihet och kan skapa osäkerhet i äganderätten, till skada för fastighetsomsättningen och kreditgivningen. Mot bakgrund härav bör utgångspunkten vara den att klausuler om förköpsrätt till fast egendom visserligen kan godtas vid gåvor men att det inte är lämpligt att utvidga området för sådana klausuler till att gälla också vid

rättshandlingar som delvis kan ha benefik karaktär men också innehåller sådana onerösa moment att rättshandlingen inte kan betraktas som en klar gåvotransaktion.”

I det enskilda fallet fäste HD avseende vid sådana tolkningsfaktorer som hur avtalet betecknats och hur klausulerna formulerats, att man hade gjort utkast till både gåvoavtal och överlåtelseavtal och att parterna valt överlåtelseavtalet samt att parterna inte bildat sig klar uppfattning om värdedifferens mellan ”pris” och taxeringsvärde. Trots benefika inslag ansågs inte en klar gåvotransaktion föreligga och klausulen bedömdes därför inte vara gällande. HD gjorde med andra ord en helhetsbedömning av samtliga föreliggande omständigheter (jfr även NJA 2010 s. 390 i det följande). Här kan jämföras också med NJA 1987 s. 726, där frågan var om en överenskommelse om att den ena parten skulle ha rätt att förvärva den andres andel i fastighet kunde utgöra hinder mot försäljning av fastigheten enligt 6 § lagen (1904:48 s 1) om samäganderätt. Eftersom det var fråga om en avtalad förköpsrätt av fast egendom och det inte var fråga om en gåva ansågs överenskommelsen inte vara bindande. Löftesgivaren ansågs därför ha rätt att begära försäljning enligt 6 §.

I NJA 1990 s. 18 (se Herre, SvJT 2005 s. 562) ansågs en hembudsklausul giltig i ett fall där ett av tre barn hade tillskiftats fastigheter och där det som villkor angavs att fastigheterna vid försäljning först skulle hembjudas till de två syskonen. Bland skälen anfördes att bodelningar och arvskiften ofta innehåller betydande benefika inslag. Som exempel anfördes en situation där en av delägarna bor på en fastighet som är föremål för skifte och där de övriga kan tänkas medverka till att fastigheten tilldelas denne ”för ett lågt skiftesvärde utan att därför vara beredda att godta att han behåller hela vinsten vid en eventuell försäljning.” Detta ansågs i sig tala för giltighet av klausulen. Ett annat skäl angavs vara att ”dödsbodelägare under alla förhållanden kan nå samma mål genom att fastigheten först tillskiftas övriga delägare och dessa därefter genom gåva överlåter fastigheten till den delägare som hela tiden varit avsedd att få fastigheten, varvid överlåtelsen förbindes med förbehåll om förköpsrätt”. Eftersom klausulen kunde anses giltig fanns det förutsättningar för anteckning enligt 20 kap. 14 § JB av inskränkningen.

Ett villkor om hembud gäller alltså mellan parterna om det föreskrivs vid en gåvotransaktion (jfr NJA 1984 s. 673). Aktuell form av förfogandebegränsningar i samband med förvärv av fast egendom genom benefika förvärv godtas alltså och respekteras typiskt sett av rättsordningen. Rätt till försäljning enligt 6 § samäganderättslagen föreligger därför inte i dessa fall.

Hur man ska bedöma frågan om en parts bundenhet till klausulen när parten förvärvat en andel genom gåva men en annan andel till samma fastighet genom ett regelrätt köp avgjordes i ”Samägandet och hembudet” NJA 2017 s. 550. HD anförde här att vid blandade förvärv

där innehavet är större än vad som svarar mot det benefika fångnet förfogar parten över den överskjutande delen utan hinder av någon förfogandebegränsning. Detta innebär i sin tur att en andelsägare kan utnyttja sin rätt avseende den del som förvärvats genom köp för att ha rätt att påkalla försäljning enligt 6 §, utan hinder av att samma person är bunden av ett förbud med avseende en annan andel.

I några avgöranden har hembudsklausulers verkan mot tredje man behandlats. I NJA 1989 s. 696 hade fyra syskon fått var sin lika stor del av en fastighet i gåva av sin mor. Som gåvovillkor hade angivits bl.a. att om något av barnen önskade avyttra sin andel hembud skulle ske till övriga delägare till ett visst angivet värde. HD uttalade här att hembudsklausuler av aktuellt slag gäller mot gåvomottagaren och tredje man. Hinder mot utmätning enligt 5 kap. 5 § UB föreligger därför om skyldigheten om hembud inte har uppfyllts.

I NJA 2010 s. 390 hade det i en handling som betecknats gåvobrev föreskrivits att fastigheten inte fick säljas, intecknas eller belånas utan givarens samtycke och att, om någon av gåvotagarna önskade överlåta sin andel av fastigheten, erbjudandet i första hand skulle riktas till den andra gåvotagaren. Enligt HD ska bedömningen av om det är fråga om en gåva eller inte utgå ifrån att en föreskrift i gåvobrevet om att ett visst vederlag ska utgå gäller. En eventuell överenskommelse vid sidan om, enligt vilken begränsad eller ingen ersättning egentligen ska utgå, är fastighetsrättsligt ogiltig. (Jfr 4 kap. 1, 3 och 29 §§ JB.) Dessa regler ska också vara avgörande för vad som gäller i förhållande till förvärvarens borgenärer vid bedömning av om överlåtelsen ska betraktas som en gåva eller inte. Vid den helhetsbedömning som ska göras är enligt HD särskilt vederlagets storlek och art samt gåvoavsikten av betydelse. För utmätningshinder krävs vidare enligt HD att "egendomens verkliga värde så påtagligt överstiger vederlaget att överlåtelsen totalt sett framstår som en klar gåvotransaktion". Ett vederlag som uppgick till 56 procent av fastighetens värde bedömdes vara sådant att överlåtelsen inte kunde betraktas som en klar gåvotransaktion med resultatet att utmätning kunde ske enligt 5 kap. 5 § UB.

5.6.3 Överlåtelseförbud beträffande fast egendom

En vanligt förekommande förfogandeinskränkning vid sidan om hembudsklausuler och andra typer av bestämmelser om förköpsrätt är att det föreskrivs att fastigheten inte får överlåtas av en, flera eller alla delägare till en fastighet. I NJA 1989 s. 9 (se Herre, SvJT 2005 s. 682), där en person genom testamente hade förvärvat andel i en fastighet och där det i testamentet hade angivits ett för förvärvaren bindande förbud att överlåta andelen, ansågs förbudet av HD innebära att förvärvaren själv inte fick överlåta eller delta med övriga ägare i överlåtelse av fastigheten. Förbudet ansågs vidare medföra att förvärvaren inte fick ansöka om att hela fastigheten skulle säljas enligt 6 § samägenderättslagen. Det invercade dock inte på annan delägarers rätt att

få samäganderättsförhållandet upplöst genom försäljning av hela fastigheten. Att en samägare förhindrades att begära försäljning av hela fastigheten innebar alltså inte något hinder mot att fastigheten såldes på sätt som föreskrivs i 6 § på begäran av annan delägare.

Vad som ska gälla mellan parterna kan ibland orsaka tolkningsproblem. Ett sådant är vad som krävs för att ett villkor ska vara bindande. Normalt föreskrivs ett överlåtelseförbud i ett gåvobrev eller ett testamente. Att det då är bindande är självklart (jfr de tidigare nämnda avgörandena NJA 1981 s. 897 och NJA 1994 s. 69). I NJA 1997 s. 72 hade fastigheter genom gåvobrev skänkts till tre personer med lika andelar. Samma dag hade det upprättats ett avtal mellan givaren och gåvotagarna där det föreskrevs att ingen delägare fick ansöka om försäljning enligt 6 § samäganderättslagen. Trots att villkoret hade intagits i annan handling än gåvobrevet ansågs villkoret med hänsyn till omständigheterna rättsligt förpliktande. HD fäste här särskilt avseende vid att handlingarna dagtecknats samma dag, att samma parter undertecknat båda handlingarna, att gåvobrevet innehöll en hänvisning till ett kommande avtal om förvaltningen och samägandet. De båda handlingarna ansågs därför utgöra en enda rättshandling.

Också vad överlåtelseförbudet omfattar kan vara osäkert. Av NJA 1993 s. 529 framgår emellertid att ett överlåtelseförbud avseende fast egendom som uppställts i samband med gåva innefattar även ett förbud mot att pantsätta egendomen, ”om inte annat uttryckligen angivits eller framgår av andra omständigheter”. Som HD anger är skälet att en pantsättning kan leda till just det som ett överlåtelseförbud avser att förhindra, nämligen en övergång av äganderätten.

För jordbruksfastigheter gäller särskilda regler enligt lagen (1989:31) om förvaltning av vissa samägda jordbruksfastigheter. Enligt 13 § i den lagen gäller, på samma sätt som enligt 6 § samäganderättslagen, att varje delägare hos rätten kan begära att fastigheten för gemensam räkning försäljs på offentlig auktion. I ”Jordbruksfastigheten i Sorsele” NJA 2018 s. 335 hade en persons samägande i en jordbruksfastighet tillkommit genom dels ett förvärv i form av en gåva som förenats med ett överlåtelseförbud, dels två förvärv där motsvarande begränsningar i förfoganderätten inte föreskrevs. HD kom här fram till att det som slogs fast i rättsfallet ”Samägandet och hembudet” NJA 2017 s. 550 också bör tillämpas beträffande jordbruksfastigheter. En samägare av en jordbruksfastighet vars innehav är större än vad som svarar mot det benefika fång för vilket en förfogandebegränsning gäller kan därför förfoga över den överskjutande delen utan hinder av förfogandebegränsningen och därmed också begära försäljning enligt 13 §.

En sak är om ett överlåtelseförbud gäller mellan parterna, t.ex. mellan givaren och gåvotagarna. En annan sak är om villkoret också ska gälla gentemot gäldenärens borgenärer eller mot den som förvärvat andelen i fastigheten av den gåvotagare som är bunden av villkoret.

Den frågan var föremål för prövning i ”Gåvovillkoret om samäganderättslagen” NJA 2017 s. 289, där det i ett gåvobrev hade angivits att reglerna i samäganderättslagen inte fick göras gällande. Sedan flera av delägarna överlätit sina andelar till en köpare uppkom frågan om denne var bunden av villkoret eller kunde begära försäljning enligt 6 § samäganderättslagen. HD konstaterade här, med hänvisning till regeln i 5 kap. 5 § UB och NJA 1993 s. 468 (se rörande den frågan strax nedan, se om avgörandet Herre, SvJT 2005 s. 562), att villkor i gåvobrev om begränsning i förfoganderätten regelmässigt respekteras i förhållande till mottagarens borgenärer så att egendomen inte får tas i anspråk av dem, något som dock inte gäller för onerösa avtal. HD uttalade vidare att domstolen tidigare i NJA 1981 s. 897 och NJA 1990 s. 18 funnit att anteckning i fastighetsregistret kan ske av hembudsliknande förbehåll vid benefikt förvärv av fast egendom och att hänvisning då skett till att förbehållet skulle ha verkan mot tredje man. Av rättsfallen kunde dock enligt HD inte dras någon mera bestämd slutsats rörande den sakrättsliga verkan. Goda sakskalet — bl.a. att omsättningen skulle hämmas om villkoren skulle följa med vid en överlåtelse och att konsekvenserna skulle bli långtgående och svåröverblickbara av en sådan giltighet — medförde enligt HD att villkoret endast ska gälla medkontrahtenten/gåvotagaren och inte förvärvande tredje man. Enligt HD saknade det här betydelse om förvärvaren var i god eller i ond tro. Detta betyder att också det som uttalades i NJA 1993 s. 468 är överspelat. HD angav nämligen här att om ett överlåtelseförbud, såsom i det aktuella fallet, enligt 20 kap 14 § JB har antecknats i fastighetsboken, ”får det vidare anses bindande för en ny ägare av fastigheten”.

Relationen mellan givaren och gåvotagaren eller den som erhållit en fastighet genom testamente har också varit föremål för prövning i flera avgöranden.

I NJA 2004 s. 14 hade en person genom testamente förvärvat en andel i en fastighet, samtidigt som nyttjanderätten till andelen hade tillfallit en annan person. HD kom här fram till att 12 kap. 2 och 6 §§ ÄB innebär att ägaren inte får överlåta andelen utan nyttjanderättshavarens samtycke. Samma rättsverkan skulle alltså gälla i dessa fall som beträffande rätten att begära försäljning enligt 6 § samäganderättslagen (jfr här NJA 1989 s. 9). NJA 2000 s. 262 (se Herre, SvJT 2005 s. 793) rörde frågan om en givare som i gåvobrev föreskrivit att samäganderättslagen inte skulle äga tillämpning på gåvan haft rätt att efter gåvans fullbordande ensidigt upphäva föreskriften. HD konstaterade att sedan en gåva väl har fullbordats har en givare inte rätt att, utan att det särskilt har förordnats härom vid gåvotillfället, ensidigt ändra de villkor som uppställts för gåvan, om det inte är fråga om ett villkor som är föreskrivet i enbart givarens eget intresse. Villkoret om att gåvotagarna inte fick påkalla försäljning av fastigheten eller del därav enligt samäganderättslagen ansågs inte uppställt i givarnas utan i gåvotagarnas intresse och givarna ansågs därför inte ha rätt att ensidigt ändra villkoret.

Ett överlåtelseförbud kan i vissa fall, som nyss framgått, också ha den verkan att förbudet medför att egendomen ska undantas från utmätning. I 5 kap. 5 § UB anges i nu relevanta delar att huvudregeln är att egendom, som till följd av sin beskaffenhet, enligt föreskrift vid gåva eller i testamente eller på annan grund som gäller mot envar inte får överlåtas, inte får heller utmätas. Beträffande verkställighet av kvarstad ska den bestämmelsen tillämpas (se 16 kap. 13 § UB).

I NJA 1986 s. 16 uttalade HD att ”föreskrift vid gåva att den bortgivna egendomen ej skall få överlåtas av mottagaren är i allmänhet giltig och utgör hinder för kvarstad”. I det aktuella fallet hade föreskrivits att ”den överlåtna egendomen skall utgöra [gåvotagarens] enskilda egendom och får icke överlåtas eller in-tecknas utan medgivande av [givarna] så länge de är i livet”. Handlingen ansågs innehålla ett överlåtelseförbud. Eftersom ett medgivande inte hade lämnats fick fastighetsandelen inte kvarstadsbeläggas. Av NJA 1991 s. 376 framgår att ett utmätningshinder enligt 5 kap. 5 § UB innefattar också ett hinder mot utmätning av ett obelånat pantbrev i fastigheten.

I NJA 1993 s. 468 (se Herre, SvJT 2005 s. 562) — där det vid ett oneröst avtal, dvs. ett regelrätt köp, hade föreskrivits bl.a. att köparen inte utan säljarens samtycke fick överlåta fastigheterna vidare — uttalade HD att bestämmelserna i 20 kap. 14 § och 18 kap. 8 § JB — om anteckning i fastighetsregistrets inskrivningsdel om inskränkning i rätten att bl.a. överlåta fastigheten och om att förvärvare inte kan åberopa god tro efter att anteckningen upptagits på inskrivningsdag — inte med nödvändighet innebär att ett överlåtelseförbud gäller mot köparens borgenärer och därmed utgör ett hinder mot utmätning av fastigheten för köparens skulder och ska anses medföra att fastigheten inte heller ingår i köparens konkursbo. Enligt HD skulle det t.o.m. ”utgöra en anmärkningsvärd inkonsekvens i regelsystemet, om ett överlåtelseförbud skulle ha rättsverkningar även mot köparens borgenärer, medan en förköpsklausul inte skulle ha några rättsverkningar alls.” Överlåtelseförbudet ansågs inte hindra att fastigheterna togs i anspråk för utmätning. Som ett allmänt argument för denna slutsats anförde HD också att borgenärsintresset allmänt sett talar starkt emot att en borgenär inte skulle kunna få betalning ur den egendom som trätt i stället för det vederlag som utgått vid ett köp trots ett avtalat överlåtelseförbud. (se också justitierådet Bengtssons tillägg för egen del om det otillfredsställande rättsläget rörande vissa skillnader mellan å ena sidan förköps- och hembudsklausuler och å andra sidan överlåtelseförbud).

HD har sedan i ”Gåvovillkoret om samäganderättslagen” NJA 2017 s. 289 uttalat att det finns två huvudsakliga förklaringar till att överlåtelseförbud respekteras vid gåvotransaktioner och vid testamentariska förordnanden men inte vid onerösa avtal. Det är ”dels att man bör respektera givarens önskan att trygga mottagarens innehav av egendomen och därmed säkerställa mottagarens försörjning, dels att den belastning som följer av givarens villkor inte är borgenärsskadlig när det

rör sig om ett värde som givaren fritt förfogade över och som har tillförts mottagaren vederlagsfritt”.

Vad som ska anses utgöra gåva eller testamentariskt förordnande av betydelse för verkan av ett överlåtelseförbud behandlades i NJA 1991 s. 376. HD anförde här att prövningen ska göras på samma sätt som beträffande avtal om förköpsrätt (jfr NJA 1984 s. 673, se avsnitt 5.6.2 i det föregående). För att det ska anses föreligga en gåva krävs att egendomens verkliga värde uppgår till ”ett belopp som så påtagligt överstiger vederlaget att fastighetsöverlåtelsen totalt sett framstår som en klar gåvotransaktion.” Så ansågs inte vara fallet vid en samlad bedömning. Frågan prövades också i NJA 1998 s. 135, där dödsbodelägarna kommit överens om att fastigheten inte fick säljas eller belånas om inte samtliga dödsbodelägare var ense härom. Eftersom varje delägare tillskiftades förmögenhetsvärden som i huvudsak svarade mot deras andelar i dödsboet framstod inte förvärvet som ett klart benefikt förvärv och kunde därför inte jämföras med gåva eller testamentariskt förordnande. Hinder mot utmätning förelåg därför inte. Här kan också jämföras med NJA 2010 s. 390, som närmare utvecklar om en överlåtelse ska betraktas som en gåva eller inte (se avsnitt 5.6.2 strax ovan).

Av 8 kap. 8 § UB framgår att om utmätning har skett av andel i viss egendom som tillhör två eller flera och om samäganderättslagen är tillämplig, kan Kronofogdemyndigheten på yrkande av sökanden, gäldenären eller annan delägare förordna att hela egendomen skall säljas. I NJA 1991 s. 597 (se Herre, SvJT 2005 s. 681) kom HD fram till att ett avtal om att samäganderättslagen inte skulle vara tillämplig innebar att försäljning inte fick ske enligt den bestämmelsen.

Frågan kom emellertid upp igen i plenimålet NJA 2007 s. 455. HD gjorde här, med talrika hänvisningar till den juridiska litteraturen, flera principiellt viktiga uttalanden om verkan av villkor om användning av eller förbud mot överlåtelser. Det angavs inledningsvis att det råder viss oklarhet om i vilken mån sådana villkor eller förbud gäller mot en tredje man som genom vanligt förvärv köper den förpliktades egendom. En etablerad princip är dock enligt HD att överlåtelseförbud avtalade i samband med förvärv mot vederlag inte gäller mot förvärvarens borgenärer. HD hänvisade här till NJA 1974 s. 376 avseende lös sak (se strax nedan) och NJA 1993 s. 468 avseende fast egendom (se i det föregående). HD anförde vidare att om ”ett avtal om förbud mot offentlig försäljning skulle gälla även mot samägarnas borgenärer och mot den som förvärvar en andel vid exekutiv försäljning, blev följden att värdet av andelarna till stor del kunde göras oåtkomligt för borgenärerna”, varför ett förbud mot offentlig försäljning inte bör ”binda samägarnas borgenärer annat än om det tillkommit i samband med ett benefikt förvärv av andelen”. Genom detta ställningstagande frångicks alltså den princip som etablerats i NJA 1991 s. 597.

5.6.4 Överlåtelseförbud och andra förfogandebegränsningar avseende lös egendom

Frågan om verkan av begränsningar av förfoganderätten till lös egendom, inklusive rättigheter enligt kontrakt och andra fordringar, har varit föremål för prövning i ett stort antal avgöranden av HD under de senast fem åren (se härom exempelvis Jori Munukka, *Avtalade överlåtelseförbud*, Festskrift till Lars Pehrson, 2016, s. 285 ff.). Som en bakgrund till denna rättspraxis (se också justitierådet Håstads tillägg för egen del i ”Den överlåtna mäklarprovisionen” NJA 2008 s. 733) kan kort redovisas några avgöranden som tidigare behandlat anknytande frågor.

Ett äldre avgörande som fortfarande har viss betydelse är ”Grammofonskivorna” NJA 1949 s. 645, som rörde verkan av en inskränkning i rätten att utnyttja den förvärvade varan (grammofonskivor). Inskränkningen ansågs inte vara gällande mot köparen av varorna trots att tillverkaren hade klistrat fast etiketter på varorna om begränsningar av offentliga framföranden, när förvärven hade skett från annan än tillverkaren. Justitierådet Karlgren tillade för egen del i rättsfallet bl.a. att det ur den allmänna omsättningens synpunkt kunde vara önskvärt att låta inskränkningar i den allmänna rådigheten över ägarens ”rättsobjekt, t.ex. att icke avhända sig detsamma eller att göra en avhändelse blott under förutsättning att visst pris ernås eller i övrigt under speciella betingelser” bli ”tredje man helt ovidkommande”. NJA 1966 s. 97 avsåg ett överlåtelseförbud i ett entreprenadkontrakt. HD kom här fram till att detta inte kunde hindra en förvärvare av kontraktsfordran från att göra denna gällande, trots att förvärvaren varit i ond tro vid sitt förvärv. I NJA 1974 s. 376, som gällde försäljning av tavlor, ansågs vidare att ett överlåtelseförbud inte utgöra ett hinder mot utmätning.

Hur man ska se på avtalade överlåtelseförbud i kontraktsförhållanden och vilken verkan dessa ska anses ha mot förvärvare av rättigheter från den ursprungliga rättighetsinnehavaren som har åtagit sig att inte överlåta har varit föremål för en betydande diskussion internationellt och tendensen har här varit att förvärvaren som huvudregel inte ska vara bunden (se t.ex. artikel 6(1) UNIDROIT Convention on International Factoring, artikel 11 i UNCITRAL Model Law on Assignment of Receivables, artikel 11:301 PECL, artikel III. – 5:108 DCFR och artikel 9.1.9 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016; se härom även justitierådet Håstads tillägg för egen del i ”Den överlåtna mäklarprovisionen” NJA 2008 s. 733).

Frågan om verkan av ett överlåtelseförbud har prövats också i ”De enstegstätade fasaderna II” NJA 2015 s. 1040. Här angavs i ett avtal mellan en totalentreprenör och beställarna/köparna av entreprenaden (privatpersoner) att ingen av parterna fick överlåta avtalet på annan utan den andra partens godkännande. En fråga i målet var om de som förvärvat fastigheterna av beställarna var bundna av överlåtelseförbudet och därför inte kunde hävda förvärvade rättigheter enligt avtalet. Med

hänvisning till NJA 1966 s. 97 konstaterade HD att ett överlåtelseförbud i ett entreprenadavtal inte hindrar en ondtröende förvärvare att göra gällande en förvärvad kontraktsfordran mot gäldenären. Ett skäl till att överlåtelseförbud inte ska ges verkan var enligt HD att sådana begränsar den fria omsättningen. Härtill kommer att en avtalspart typiskt sett har ett tillräckligt skydd genom att denne enligt fordringsrättsliga grundprinciper kan göra gällande samma invändningar mot ny innehavare som mot den ursprunglige innehavaren (jfr särskilt 27 § skuldebrevslagen) och att överlåtaren kan bli skadeståndsskyldig för avtalsbrott gentemot förvärvaren.

En slutsats av det anförda är att överlåtelseförbud av aktuellt slag enligt huvudregeln inte gäller mot förvärvaren. Som HD påpekar kan det dock finnas undantag. Något sådant ansågs dock inte föreligga där entreprenören inte haft något befogat intresse av att infria sina ansvarsåtaganden enligt entreprenadavtalen till endast förstahandsköparna, där en annan tolkning skulle tvinga kvar förstahandsköparna i ett avtalsförhållande med entreprenören även sedan de hade flyttat från husen och detta skulle medföra sakligt omotiverade svårigheter att utkräva felansvar av entreprenören.

HD återkom sedan till frågan i NJA 2016 s. 51, som dock gällde ett överlåtelseförbud i ett licensavtal. I förbudet angavs att part "äger inte rätt att överlåta Licensavtalet till annan utan den andra partens skriftliga samtycke." Klausulen innebar enligt HD bl.a. att parterna förbjöds att överlåta rätten till skadestånd på grund av avtalsbrott och rätten att föra talan om skadestånd till annan. HD bekräftade här det som hade anförts i "De enstegstätade fasaderna II" NJA 2015 s. 1040 och kom i det enskilda fallet fram till att det inte fanns någon anledning att frångå huvudregeln i detta fall. Överlåtelseförbudet hindrade därför inte förvärvaren från att göra gällande rätt till skadestånd mot licensgivaren. Också i "Betalingserklæringen" NJA 2016 s. 288 uttalade sig HD i frågan. Här hade det i ett avtal om företagsförvärv dels lämnats en miljöpåverkansgaranti, dels avtalats om ett överlåtelseförbud. Med hänvisning till "De enstegstätade fasaderna II" NJA 2015 s. 1040 och NJA 2016 s. 51 anförde HD att villkoret inte hindrade att den till vilken rättigheterna hade övergått fick göra gällande den påstådda fordringen på ersättning baserad på miljögarantin.