

STEFAN LINDSKOG

Kvalificerad otillbörlighet – identifikation, genomsyn och lite annat

STEFAN LINDSKOG är f.d. justitieråd och f.d. ordförande i Högsta domstolen.

1. INLEDNING*

Det började med att det slog rejält lock för båda mina öron. Nej, det var inte Jans fel. Grundorsaken var en förkylning, och det inträffade under en flygresa mellan Sydney och Auckland i slutet av 1980-talet. Jag var efter ett uppdrag i Melbourne på väg hemåt med några stopp längs vägen. Och det blev inte bättre. Strax efter hemkomsten skulle jag ha en kurs i styrelseansvar med Mats Müllern. Vi hade haft den någon eller några gånger, och den byggde på att vi med varandra diskuterade – eller argumenterade – kring relevanta rättsfall. Vi beskrev det som en framställning à la Werner & Werner.¹

Från San Fransisco ringde jag till Mats och berättade att jag nog fick kasta in handduken. Mats visste som alltid besked: "Det fixar sig, jag vet vem som kan ersätta dig!" Vål hemma fixade det sig med mina öron också. Men då hade Mats redan städslat Jan. Så det blev Werner, Werner & Werner. Vi genomförde kursen vid ett par tre tillfällen. Det var svårt att få något ord med i det laget!

Därefter blev det nya kurser för Jan och mig. Vi körde på Jans initiativ den nya köprätten tills den var långtifrån ny och vi hade hunnit bli ganska trötta på ämnet. Andra kurser handlade om ska-

* Denna artikel är tidigare publicerad i Festskrift till Jan Kleineman, Stockholm 2021, s. 479–504. Såväl författaren som förlaget har godkänt denna publicering.

¹ Efter Werner och Werner, en serie TV-sketcher i dialogform med Sven Melander och Åke Cato under andra halvan av 1980-talet.

destånd och mycket mer. Vi hade våra trätoämnen, såsom de aktiebolagsrättsliga kapitalskyddsreglerna.² Men mest minns jag våra diskussioner kring frågan om skadeståndsansvar vid ingripande i annans avtalsförhållande. Oj, vad vi grälade! Jans öronsnibbar pulserade. Det låg ett visst underhållningsvärde i det.

Jag förfäktade den fria marknaden. Jan reagerade.

”Han anklagar mig för att vilja återinföra slaveriet!” utropade Jan. Och vände sig mot de förtjusta åhörarna med en gest som när han stannade upp påminde om Kristusstatyn i Rio de Janeiro: ”Men Sverige är det enda kända land i den civiliserade världen som inte erkänner avtalets helgd!”

Riktigt på det sättet uttryckte han sig nog inte, men det var så jag uppfattade honom. Och jag anklagade honom inte för att vilja återinföra slaveriet; jag hävdade bara att han förnekade den självklara rätten att bryta egna avtal och förmå andra att bryta sina. Frågan är bara vad det skall kosta. Vid rätt prissättning främjas samhällsekonomin.

Så jag kommenterade till auditoriet: ”Hör pastor Kleineman predika!” Och: ”Vad religion kan förblinda! Pacta sunt servanda är ju bara en relativ rättssats och inte en absolut trossats!” Vidare: ”Det är inget brott att bryta ett avtal, så än mindre att förmå någon annan att göra det! Det handlar ju bara om pengar!” Samt: ”Men priset kan inte vara något annat än skadestånd för den avtalsförpliktade och ingen annan!!!” Ungefär så, i alla fall.³

Så kom ”Max och Frasses” NJA 2005 s. 608. Jan triumferade. Men grälen fortsatte. Inte så att jag hade några egentliga kritiska synpunkter på ”Max och Frasses”. Däremot hade jag nog en annan

² Det tog sig också skriftligt uttryck, se Jans uppsats Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation i JT 1994–95 s. 430 ff. Efter ”SÖMÅ” NJA 1997 s. 418 (vi skrev båda rättsutlåtanden i det målet) utropade sig Jan inte utan visst fog som segrare i den diskussionen. Men när det gäller frågan som sådan är nog inte sista ordet sagt ännu. Det senaste om min uppfattning (men möjligen inte det sista) finns i Lindskog Betalning 2 uppl. 2018 (cit. Lindskog Betalning) 15.3.1.

³ Min syn att det övervägda avtalsbrottet förenat med skadeståndsansvar i själva verket är en av rättsordningen godtagen och i grunden nödvändig och sund avvecklingsmöjlighet av ett avtalsförhållande har jag berört i bl.a. Lindskog Kvittning 3 uppl. 2014 s. 289 (not 864), men som där framhålls har min uppfattning satts i fråga (se Samuelsson SvJT 2011 s. 284 not 83).

uppfattning än Jan om hur långtgående slutsatser man kunde dra av fallet.

Likväl har även jag under åren lutat mig mot ”Max och Frasses” av och till. Och Jan och jag har nog konvergerat i vår syn på avgörandet. Kanske har det med åldern att göra. Nu skall han ju – som jag redan har gjort – gå i pension. Och hans gärning skall hyllas. Vad kan då för min del vara lämpligare än att ta sats i ”Max och Frasses”?

2. KVALIFICERAD OTILLBÖRLIGHET – VAD ÄR DET?

”Det var ju en trojansk häst!” Det var så Jan sammanfattade ”Max och Frasses”.

Förenklat uttryckt gav den verkliga parten sken av att vara någon annan än den han var och förledde så motparten att ingå ett avtal. Det handlade alltså egentligen om något annat än ett ingripande i ett föreliggande avtal mellan andra.⁴ Men det är, som jag ser det, mindre intressant i sammanhanget. Det viktiga med avgörandet är att det är en väsentlig byggsten i det som kan vara på väg att utvecklas till en rättsmissbrukslära.⁵ Trojanska hästar, falska flaggor eller vad det är; för att fortsätta förenkla kan man säga, att det finns en

Med mitt synsätt sammanhänger att jag anser att rättsordningen skall vara återhållsam med att tvinga fram naturafullgörelse, se bl.a. Lindskog Lagen om handelsbolag och enkla bolag En kommentar 3 uppl. 2019 (cit. Lindskog HBL) 2:1-6.3.3. I stället bör avtalsbrottet av marknadsekonomiska skäl prissättas genom skadestånd. Jfr not 60 nedan. Men rättspraxis har inte riktigt gått på den linjen. Ett exempel är ”Gillette” som skall behandlas i det följande. – Ett annat argument mot att tvinga fram naturafullgörelse är svårigheten att precisera den påbudna prestationen. Här har det skett en viss uppstramning med ”Den avbrutna entreprenaden” NJA 2018 s. 189.

⁴ Jag har berört den sidan av fallet i Festskrift till Lars Gorton 2007 s. 351 ff.

⁵ Om utvecklingen av eller i varje fall i riktning mot en rättsmissbrukslära, se främst Lennander Festskrift till Stefan Lindskog 2018 (cit. Fs Lindskog) s. 421 ff. Själv har jag tangerat frågan i skilda sammanhang, se exempelvis Lindskog HBL 3:8-7.1 i anslutning till möjligheten av s.k. ansvarsgenombrott (med ansvarsgenombrott – en ganska tveksam term – avser jag då helt oprecist att någon på någon rättslig grund får på något sätt svara för något som i någon mening kan framstå som uteslutande en associationsförpliktelse utan att vara det). Som Lennander framhåller (a.a. s. 422) kan rättsmissbruk ta sig olika former. Den form som hon främst tar sikte på med sin framställning är utnyttjande av ett klanderbart tillskapat rättsläge (se a.a. s. 428). Vad jag i detta sammanhang skall beröra handlar närmast om vissa flerpartsfall och identitetsfrågor. Men det är bara en ungefärlig kursriktning. Och man vet ändå aldrig riktigt vart seglatsen tar vägen innan man har kastat loss (om ens då, vinden kan ta ny riktning under färd).

gräns för allt. Också i rättsordningen, och då även för det otillbörliga. När otillbörligheten blir kvalificerad, så reagerar rättsordningen som ett slags immunförsvar mot ett virus (detta skrivs i pandemins tidevarv).⁶ Ansvar för ren förmögenhetsskada utom kontraktsförhållanden är en av Jans specialdiscipliner.⁷ Det är nu etablerat att om det handlande som utlöser en sådan skada kan stämplas som kvalificerat otillbörligt, så kan den ersättas.⁸ Det låter sig diskuteras ifall det handlar om en vägledande princip eller om en undantagsregel.⁹ Ur ett skadeståndsrättsligt perspektiv ligger det förra närmare till hands. HD har således framhållit att ren förmögenhetsskada utom kontraktsförhållanden kan ersättas i fall av kvalificerad tillit och av kvalificerad otillbörlighet.¹⁰

Men ett kvalificerat otillbörligt handlande kan få betydelse på flera plan och medföra andra rättsverkningar än skadeståndsansvar. Vid pactum turpe handlar det om rättsordningens avståndstagande med avtalsrättslig ogiltighet som följd.¹¹ Ansvarsförskjutningar av skilda slag kan följa av olika slags rättsmissbruk.¹² Mer övergripande kan man därför kanske se det så, att det rör sig om ett slags metaun-

⁶ Det är i och för sig inget nytt. Här räcker det med att peka på 33 och 36 §§ AvtL. Och ja, jag inser att vi befinner oss i närheten av den rättsstridighetslära som inom vissa riktningar av rättsrealismen placerades i juridikens skamvrå. Men allt går i vägor, verkligheten sparkar och återanvändning är på väg att bli ett av samhällets högsta credos.

⁷ Ett ledande rättsfall är "Kone" NJA 1987 s. 692. HD meddelande sitt avgörande i princip samtidigt med att Jan skulle upp till försvar för sin avhandling. Han har många gånger berättat om sin ängestfyllda väntan på HD:s ställningstagande. Skulle HD gå på den linje som Jan förordade? Det slutade väl. För HD.

⁸ Se hänv. i not 10 nedan.

⁹ Det kan också sättas i fråga ifall det här rör sig om något som skulle kunna hänföras till en rättsmissbrukslära. Det är ju inte (nödvändigtvis) fråga om något rättsmissbruk i egentlig mening utan "bara" om ett förkastligt skadegörande handlande. Men orsaken till att det är förkastligt kan innefatta ett rättsmissbruk av något slag. För ett exempel, se not 18 nedan.

¹⁰ Se bl.a. "Byggnads stridsätgärder" NJA 2015 s. 899 p. 34 och "Gamla vägen" NJA 2019 s. 94 p. 13. – HD:s konstaterande skall enligt min mening inte förstås så att ersättning inte kan utgå i andra typfall. Lika lite som SkL 2:2 utgör en spärregel rör det sig så om ett "spärrkonstaterande" (ett slags "hit men inte längre"; det följer f.ö. av att HD:s uttalanden inte skall tolkas motsatsvis).

¹¹ Jan har behandlat vissa aspekter på det temat i sin uppsats "Svarta pengar" i Högsta domstolen i JT 2002–03 s. 646 ff. Att domstolens avståndstagande bör göras materiellt genom ogillande har jag varit inne på i andra sammanhang, se bl.a. Vänbok till Bertil Södermark 2009 s. 208 ff.

¹² Så kan exempelvis tänkas att det förhållandet att en gäldenär otillbörligt har föranlett borgenären att förbise behovet av att väcka talan för att bryta preskription får till följd att gäldenären tappar rätten att använda om preskription. Se Lindskog Preskription 5 uppl. 2021 9.6.5.3.

dantag. En genombrottsprincip på övergripande nivå med avseende på vad som eljest skulle ha gällt på regelplanet.¹³

Mycket abstrakt och närmast innehållslöst kan sägas att det är kvalificerat otillbörligt som rättsordningen starkt ogillar. Inte sällan låter sig situationen något mer konkret beskrivas som en medveten normöverträdelse i ett syfte som står i strid mot ett särskilt skyddsvärt normändamål. De flesta sådana fall är säkerligen hanterade på regelplanet, men inte alla. ”Byggnads stridsåtgärder” NJA 2015 s. 899 är här ett illustrativt exempel.¹⁴

Fallet gällde huruvida en kränkning av Europakonventionen genom en facklig stridsåtgärd (blockad) kunde medföra skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada. För att besvara den frågan hade HD att ta ställning till om RF 2:14 hindrade ett sådant ansvar.¹⁵ Så befanns inte vara fallet. En annan fråga var huruvida Europakonventionen hade horisontell verkan. I det hänseendet upprätthöll HD tidigare praxis.¹⁶ Med det var HD framme vid frågan om ett deliktueellt ansvar. Ett sådant kunde enligt HD föreligga om det rättighetskränkande handlandet med hänsyn till omständigheterna

¹³ När det gäller ansvar för utomkontraktuell ren förmögenhetsskada på grund av kvalificerad otillbörlighet handlar det då om att metaprincipen har fått en mer konkret form på regelplanet. Men här skall man nog inte se det som ett undantag; SkL 2:2 är som nämnts igen spårregel.

¹⁴ När det just gäller ”Byggnads stridsåtgärder” har Jan engagerat sig alldeles särskilt (se Fs Lindskog s. 381 ff. och SCCL nr 35 s. 18 ff.). Så har skett i form av ett meningsutbyte med Selberg & Sjödin (som inledde i JT 2016–17 s. 906 ff. och fortsatte i SvJT 2019 s. 483 ff.). Det konstaterandet ger mig anledning till en viss kommentar. Selberg & Sjödin (SvJT 2019 s. 482 med not 2) citerar ett uttalande av mig hämtat från Lag och avtal 2017:9. Uttalandet avser deras JT-artikel och går ut på att det inte är Gud som har skrivit denna. Återgivandet i Lag och avtal är korrekt men ryckt ur sitt sammanhang. Efter det att journalisten under ett telefonsamtal ett antal gånger, som inte rymts på ena handens fingrar och knappast ens på båda händernas, under stor påstridighet hade insisterat på min kommentar till att – som han beskrev det – två ”forskare” hade klarlagt att HD dömt fel i ”Byggnads stridsåtgärder”, så framhöll jag att det inte var Gud som hade skrivit artikeln. Det är det ju inte heller. Ett centralt tema i artikeln är att AD och inte HD var rätt forum (den frågan tål att diskuteras, bl.a. därför att avgörandet bygger på en tolkning av RF). Om det mot förmodan finns en Gud och denne hade skrivit artikeln, så skulle det helt visst klart ha framgått att forumfrågan aldrig prövades av HD (den hade rättskraftigt avgjorts av hovrätten). Men det klagörs nu inte. Och det förledde förmodligen journalisten till missuppfattningen att det var ”vetenskapligt” bevisat att HD hade dömt fel i en fråga som HD inte prövade. Låg nivå. Nog om detta.

¹⁵ I RF 2:14 föreskrivs: ”En förening av arbetstagare samt arbetsgivare och en förening av arbetsgivare har rätt att vidta stridsåtgärder på arbetsmarknaden, om inte annat följer av lag eller avtal.”

¹⁶ Se p. 17 och hänv. till ”Trygg-Hansas filmning” NJA 2007 s. 747.

var att anse som kvalificerat otillbörligt,¹⁷ men för det krävdes i regel uppsåt. Av betydelse för bedömningen i målet var enligt HD att det rörde sig om en konventionsskyddad rättighet liksom de värderingar som RF 2:14 är ett uttryck för.¹⁸ HD framhöll också vikten av förutsebarhet, proportionalitet, praktisk hanterlighet och samspel med andra rättsregler.

Man kan sammanfatta resonemanget så att HD utgick från en skyddsnorm – i fallet härledd ur Europakonventionen – och angav olika aspekter som var att beakta vid bedömningen av om en normavvikelse var att klassificera som kvalificerat otillbörligt.¹⁹ Men detta är bara ett exempel på ett typfall. Det finns variationer på det typfallet, och det finns andra typfall. Man kan till och med tala om grupper av typfall. Kvalificerad otillbörlighet kan få betydelse i olika sammanhang och med skilda verkningar. Det finns anledning att återvända till ”Max och Frasses” och utgå därifrån.

”En trojansk häst!” utropade alltså Jan.

Den trojanska hästen bygger på maskering. Aktören visar inte sitt verkliga jag. Men masken kan bero på ett *misstag*, och även om så inte är fallet behöver en demaskering inte förklaras i termer av kva-

¹⁷ Södergren (SvJT 2019 s. 942 ff.) uttalar att HD utan ”klart stöd” i Europadomstolens praxis har lagt till ett ”kvalificerande moment” i form av att skadegörandet skall ha varit kvalificerat otillbörligt för att ersättning för ideell och ren förmögenhetsskada skall utgå. Men Europakonventionen gäller nu inte mellan enskilda. Det är då svårt att förstå att det skulle finnas någon relevant praxis från Europadomstolen. Och det ”kvalificerande momentet” har inget med konventionen att göra utan angår de skadeståndsrättsliga principerna för ansvar för utomkontraktuell ren förmögenhetsskada.

¹⁸ Bestämmelsen i RF 2:14 torde i sammanhanget ha betydelse i två skilda hänseenden och riktningar. På den ena sidan är den ett uttryck för att vad som gäller på arbetsmarknaden skall i betydande utsträckning förbehållas bestämmande av dess parter. Det talar för återhållsamhet i det aktuella hänseendet. Men på den andra sidan handlar det om en variant av typen frihet under ansvar. Det grundlagsskydd för stridsåtgärder som bestämmelsen ger får inte missbrukas. Om det skyddet utnyttjas för att driva en stridsåtgärd i strid mot det skydd som Europakonventionen avser att ge enskilda, så talar det för att åtgärden skall klassificeras som kvalificerat otillbörligt. I den meningen kan en förkastlig stridsåtgärd ses som ett missbruk av RF 2:14.

¹⁹ En invändning mot domskälen i denna del kan vara att de är för abstrakta och konkreta på en gång. Det hade kanske varit mer vägledande att ta fasta på den konkreta normen – inte bara att den vilade på Europakonventionen – och dess skyddsändamål. Då hade det övriga resonemanget fått bättre fäste. När nu så inte var fallet hänger detta lite i luften. Men HD får ta sig an vad som serveras på dess bord. Allt kommer inte på silverbricka (det handlade om ett inte helt oproblematiskt mellandomstema). Likväl gäller det att göra prejudikatnyttja (men enligt Håkan Andersson (Ersättningsproblem i skadeståndsrätten 2017 s. 824 ff.) är HD:s uttalanden närmast skadliga obiter dicta utan nyhetsvärde; tänk så olika man kan se det!).

lificerad otillbörlighet. Det kan handla om skenfall. Jag börjar i den änden.

3. SKENFALL, NAMNLÅN OCH ANNAT SOM INTE ÄR KVALIFICERAT OTILLBÖRLIGT

Ett namn på en fysisk eller en juridisk person har en identifikationsfunktion. Namnet indikerar vem som är subjekt (exempelvis vem som ansöker om stämning eller vem som är avtalspart). Men namn och identitet är inte samma sak. Identiteten är en och densamma, i princip given en gång för alla,²⁰ medan namnet kan ändras eller vara fel.²¹

När namnet inte matchar identiteten handlar det om sken. Något som synes vara (visst subjekt) är det inte (subjektet är ett annat än vad det förefaller att vara).²²

En person kan av misstag anges med användande av ett felaktigt namn. I regel hindrar inte det att den person som avsågs anses ha angetts. Det gäller i avtalsförhållanden.²³ Det gäller även processuellt.²⁴

Ett felaktigt namn kan också ha använts *avsiktligen*. Även då gäller i princip att namnet inte styr. Om A för egen räkning ingår

²⁰ Undantaget är vissa associationsrättsliga transformationer, såsom fusion och sammanläggning.

²¹ Jfr not 26 nedan beträffande "Faderns felaktiga identitet"

²² När det talas om att någon uppträder under falsk identitet är uttrycksättet ur det angivna perspektivet så till vida missvisande, som att aktören givetvis är den han är. Det är inte identiteten som är falsk utan det sken av identitet som aktören omger sig med, exempelvis ett felaktigt namn. Men att tala om falsk eller felaktig identitet är ett vedertaget sätt att uttrycka just detta. Inte heller kan det vålla några missförstånd.

²³ Se hänv. i not 25 nedan.

²⁴ Oklarhet avseende vem som är part enligt en lagakraftvunnen dom torde således kunna klargöras genom en fastställesetalan (jfr "Faderns felaktiga identitet" NJA 2016 s. 18 minoriteten p. 23). Det bör gälla även om partsbeteckningen är klar men felaktig (A har processat i B:s namn). När en konkursgäldenär har angetts som svarande men det av förd talan framgår att talan förs mot boet, så har boet ansetts vara svarande. Se NJA 2003 s. 364 (det fallet har dock också uppfattats så att HD genomförde ett partsbyte sua sponte; med den utgångspunkten kan avgörandet naturligtvis sättas i fråga, men HD torde inte ha avsett att åstadkomma något partsbyte

ett avtal i B:s namn, så är A avtalspart.²⁵ Och om A för egen räkning stämmer C i B:s namn, så är A kärande.²⁶

Det är nu lätt att säga att ett handlande under ett felaktigt namn inte har någon betydelse i identitetshänseende. Det kan vara svårare

utan endast att fastställa vem som var svarande enligt den talan som fördes). För felaktiga svarandebeteckningar i skiljesammanhang, se Lindskog Skiljeförfarande En kommentar 3 uppl. 2020 19–4.2.4 och 57–4.1 med hänv. – I ”Tylden” NJA 2012 s. 483 inträffande en märklig felaktig namngivelse. Ett enmansaktiebolag som hade inlett en rättegång upplöstes efter likvidation. Processen förts dock, och i hovrätten meddelades dom i det upplösta bolagets namn. Domen överklagades, också det i det obefintliga bolagets namn. I och med upplösningen hade dock processföremålet övergått på ägaren, och rättegången ansågs därför förd i dennes intresse. Det får antas att om det hade kommit till verkställighet av hovrättens dom så skulle ägaren ha varit att anse som part. Det kan med Heuman (Metoder för rättstillämpning och lagtolkning 2018 s. 203 f. och Vänbok till Mikael Mellqvist 2020 s. 68 not 9) tyckas att HD:s resonemang i ”Tylden” är en logisk kullerbytta. Om bolaget inte fanns, så kunde det ju inte överklaga i någons intresse. Men HD skrev inte att bolaget överklagade; HD skrev att överklagandet skedde i bolagets namn (dvs. med användande av bolagets namn, jfr not 25 nedan). Den verkliga intressenten var dock (den förutvarande) ägaren, och denne ansågs därför vara den part för vars räkning det förutvarande bolagets (tidigare) ombud hade agerat. Kvintessensen är att domstolen inte ansåg sig vara bunden av partsbeteckningen; det avgörande var vem som med utgångspunkt i de föreliggande omständigheterna var att anse som part. Men vill man vara hyperkorrekt kan man ju fråga sig vad ombudet grundade sin representationsrätt på. Att den möjliga avsaknaden av en sådan rätt inte uppmärksammades kan förklaras med att bristen kunde läkas (och hade läkts) genom rätthäring.

²⁵ Namnvalet behöver nu inte vara utan betydelse. Om A ingår ett avtal i B:s namn (dvs. med användande av B:s namn; se vidare det följande) och det uppstår tvist om för vems räkning – egen eller B:s – så torde namngivelsen väga tungt för att det var för B:s räkning. Men det beror på att namngivelsen då förmodas vara riktig i den meningen att den är avsiktlig med visst syfte (att ange för vems räkning avtalet är). Subjektiva förhållanden på medkontrahentens sida kan också betydelse. Jfr Lindskog Betalning 7.1.2.1. Men sådana aspekter lämnas här därhän. – Här en liten parentes (bland alla andra): Adestam & Berg (Vänbok till Anders Lagerstedt 2020 s. 6) utgår från att namntillskrivandet konnoterar partsställningen. Om A sägs ha ingått ett avtal i B:s namn, så skulle det alltså innefatta ett påstående om att B och inte A är part (dvs. materiellt berättigad och förpliktad). Med det synsättet skulle det vara riktigare att i de fall som här diskuteras uttrycka det så att A har ingått avtalet med användandet av B:s namn för att hålla öppet vad som gäller beträffande partsställningen. Men jag anser nog att det blir en bättre ordning att hänföra namnfrågan till rättsfaktumsidan (såsom ett sakförhållande) än till rättsföljdsidan. Det ligger enligt min mening också i linje med kommissionsdefinitionen i 1 § 1 st. KommL. Kommissionärens partsbundenhet följer inte av den bestämmelsen utan bestäms rättsföljden av namnanvändandet såsom rättsfaktum av 23 § 1 st. KommL. Märk i sammanhanget också att vid *actio pro socio* sägs minoriteten föra talan ”i eget namn” fastän associationen är materiellt berättigad (se exempelvis ABL 29:9). Andra liknande exempel finns.

²⁶ Situationen är förmodligen inte särskilt praktisk. Och möjligen gäller att om A vidhåller sitt uppgivna men felaktiga namn skall hans talan avvisas. Men att han har använt B:s namn hindrar inte att domstolen i A:s rätta namn förpliktat A att ersätta C för dennes rättegångskostnader. – I sammanhanget märks att talan kan föras av och mot partredarna i partrederiets namn, se ”Fiskemotorskeppet Vinterö” NJA 1992 s. 110 (för tiden dessförinnan märks det i aktuellt hänseende likartade fallet RH 1984:34 med utlåtanden av Ekelöf och Bolding). Partrederifirman får då ses som ett av rättsordningen godtaget sätt att i kortform ange samtliga partredare (men ordningen är inte problemfri, vilket visar sig vid förändringar i partredarkretsen). – I ”Faderns felaktiga identitet” NJA 2016 s. 18 hade C i D:s namn fastställts vara fader till ett barn. Förhållandet lär ha haft ett legitimt skäl och ha varit känt på

att avgöra huruvida namnet är felaktigt. För att kunna ta ställning till detta måste det nämligen utredas vem som har handlat.²⁷

Här närmar man sig en variant som ligger nära den trojanska hästen. Namnlånet.²⁸ Men detta är en variant där frågan om kvalificerad otillbörlighet inte aktualiseras. Det gäller även namnlån i otillbörligt syfte.²⁹ I stället handlar det om en konkret bedömning av de faktiska omständigheterna.³⁰ Det gäller att sluta sig till vem som verkligen har agerat. Denne är avtalspart (eller vad det nu är) oavsett under vilken flagga han har seglat. Fartyget är alltså detsamma oberoende av vilken flagg hon för.

Frågor rörande identitetsbestämning uppkommer nu inte bara när fartyget för flagg.³¹ Det finns även flagglösa skepp. Men dessa lämnas här därhän.³²

kärandesidan. Barnet ville rörande namnfrågan sedermera ha rättelse av praktiska skäl. Målet gällde bara om och i så fall på vilket sätt det skulle klarläggas att den fastställdes faders rätta namn var C (och inte D). HD beviljade under dissens resning. Det var enligt min mening fel, främst därför att det kunde tänkas öppna för en omprövning av faderskapsfrågan (jag tillhörde också minoriteten, som ansåg att problemet kunde och borde lösas på en annan kant). Likväl måste avgörandet förstås så, att den avsiktligt felaktiga namngivelsen saknade betydelse för domens materiella innebörd. Genom domen (innan den restes) var alltså faderskapet i sig fastställt (fadern var identifierad trots att namnet var fel; jfr vid not 21 ovan). Huruvida resningen verkligen medförde att också faderskapet kunde omprövas tål att diskuteras.

²⁷ Även avsikten med handlandet kan ha betydelse. Se not 25 ovan. Det antas emellertid här att den som rättshandlar gör det för egen räkning.

²⁸ Om namnlån, se Lindskog Betalning 7.1.2.4 med hänv.

²⁹ "Nils Sandströms Skrädderiförening u.p.a." NJA 1935 s. 81 är illustrativt. Föreningen var ett tomt skal i vars namn skräddaren gjorde sina inköp. Denne ansågs vara den verkliga parten och därmed ansvarig. Syftet med arrangemanget var med all säkerhet otillbörligt men det saknade betydelse, eftersom det rörde sig om ett namnlån. Om emellertid föreningen trots avsaknad av betalningsförmåga skulle ha haft sådan substans att det inte hade gått att se det som ett namnlån – dvs. att föreningen verkligen var avtalspart – så hade frågan om kvalificerad otillbörlighet kunnat komma på bordet som grund för skräddarens ansvar för föreningens förpliktelser. Till frågor av det slaget återkommer jag. Se vid och med not 35 nedan.

³⁰ Med det inte sagt att bedömningen saknar normativa inslag. Men de är – eller kan i varje fall vara – av ett annat slag än vad som aktualiseras vid en prövning av om ett förfarande är att anse som kvalificerat otillbörligt.

³¹ Angående skillnaden mellan identitetsbestämning och identifikation, se not 44 nedan.

³² Någon liten kommentar dock. Det typiska fallet när frågan om identitetsbestämning uppkommer utan att man har att (eller ens kan) utgå från någon namngivelse gäller tillräknande av delikt. Det handlar då inte om huruvida A eller B har rent fysiskt orsakat skadan utan om vem som skall anses ha gjort det genom att tillräknas deliktet. Det behöver inte ha någon betydelse vem som bildligt talat höll i yxan vid hugget. Enligt min mening bör "Dammyggnaden vid Båven" NJA 1947 s. 647 tolkas ur det perspektivet (och alltså inte som ett stöd för associationsrättslig regel om s.k. ansvarsgenombrott), se bl.a. Lindskog JT 1990–91 s. 47 f.

Nu kan även egen flagg vara missvisande och i den meningen falsk. Så när fartyget seglar i annans ärende. Då får vi ta vinden från en annan bog. Och här finns det anledning att styra försiktigt. För det slags kvalificerad otillbörlighet som vi närmar oss nu är en svårnavigerad arkipelag. Vi tar det dock i etapper.

4. "PROCESSBOLAGET" OCH PROCESSTORPEDERI

Skepp under falsk flagg styr tanken mot sjöroveri. Det rimmar med processtorpederi. Flaggan är då visserligen inte falsk, men seglatsen går otillbörligt i annans ärende.

I sin enkla och renodlade form innebär processtorpederi att A använder B som kostnadssköld för att driva ett tvistigt anspråk mot C. Den typiska situationen är att A till sitt aktiebolag B för över sitt anspråk mot C och ser till att B saknar medel att betala C:s rättegångskostnadsanspråk i händelse av förlust.

Så var situationen i "Processbolaget" NJA 2014 s. 877. Ägarna till ett processtorpedbolag blev där ansvariga för bolagets rättegångskostnadsskuld.³³ Det motiverades med (p. 13) att bolaget hade

utgjort endast ett medel för [ägarna] att kunna driva [rättsprocess avseende en förvärvad fordring] med en begränsad risk för negativa ekonomiska konsekvenser för egen del, men med bibehållen möjlighet att få del av de ekonomiska fördelarna vid en framgång i processen. Arrangemanget har således uteslutande syftat till att kringgå rättegångsbalkens regler om ansvar för rättegångskostnader och därmed till att rubba det incitament och den balans som dessa regler avser att åstadkomma.

Fastän det inte sägs rakt ut ligger i detta helt klart att arrangemanget ansågs vara kvalificerat otillbörligt.³⁴

³³ I att det rörde sig om en processtorped ligger att bolaget avsiktligt inte hade försetts med kapital i vidare utsträckning än vad som erfordrades för att betala de egna rättegångskostnaderna.

³⁴ Se exempelvis "Byggnads" p. 34. Jfr Lennander Fs Lindskog s. 438 med hänv. – Av särskild betydelse vid otillbörlighetsbedömningen är C:s behov av rättsskydd. – En variant av

Motiveringen är visserligen tämligen knapphändig, men den anvisar enligt min mening likväl en prövningsmodell som kan vara relevant även i vissa andra fall. Det typfall som det rör sig om är att A använder B som instrument i syfte att uppnå vad han skulle ha gjort om han hade handlat själv, men utan att behöva riskera de negativa rättsverkningar som då skulle kunnat drabba honom. Det avgörande i ansvarsfrågan är ändamålet med den norm vars negativa verkningar A vill skydda sig mot genom att sätta B framför sig. Dessa verkningar bör han ha att bära, om normskyddet sammantaget med omständigheterna i övrigt motiverar att arrangemanget är att anse som kvalificerat otillbörligt.³⁵

processorpederi är att den som skulle ha varit skyldig att ställa säkerhet enligt säkerhetslagen överläter sitt anspråk till ett av honom ägt svenskt aktiebolag för att undgå kravet på säkerhet. Det är genom "Den överlätna provisionsfordringen" NJA 2016 s. 587 klart att bolaget då inte är skyldigt att ställa säkerhet. Men man kan väl tänka sig att den som har medverkat till förfarandet får ett ansvar för den vinnande svarandens rättegångskostnadsfordring. Det torde dock förutsätta att syftet inte bara var att runda säkerhetslagen utan också att kunna processa utan risk för att belastas av motpartens rättegångskostnader. Det förra syftet torde då i praktiken sakna betydelse för bedömningen. Situationen är därför rättsligt sett ensartad med den i "Processbolaget". Däremot lär det i regel föreligga en praktisk skillnad på så sätt, att det i allmänhet är svårt att tvinga fram betalning från en tredskande ägare som skulle ha omfattats av säkerhetslagen ifall han själv hade fört processen. Men svaren kan söka andra ansvarssubjekt. Bolagets styrelseledamöter ligger då nära till hands. Ställningen har dock ingen formell betydelse; det avgörande är om den som krävs har medverkat till arrangemanget på ett kvalificerat otillbörligt sätt (vilket illustrerar en av alla svagheter med termen ansvarsgenombrott; den logiska följderna av ett sådant genombrott är ju ansvar för aktieägarna). Vid den bedömningen kan dock ställningen tänkas få relevans.

- ³⁵ Att driva verksamhet i form av riskminimerande ensyftesbolag är dock inte generellt otillbörligt. Ett exempel är att ett rederi placerar sina oljetankers i separata bolag för att på så sätt begränsa risken för stora ersättningsanspråk på grund av oljeskador. Riskminimering i affärslivet är i allmänhet en befogad självklarhet, och aktiebolaget är ett synnerligen samhällsnyttigt instrument för det. Vad som gäller beträffande ansvarsplacering (eller ansvarsgenombrott, om man så vill) är heller inte hänförligt till associationsrätten (se vidare det följande med not 37 nedan). Övergripande kan sägas att det handlar om en normativ bedömning. Frågan är om (i) ändamålet med någon viss norm (som kan och i allmänhet är att hänföra till något annat rättsområde än det associationsrättsliga) har förfelats (ii) genom användandet av ett riskminimerande ensyftesbolag (eller något annat riskminimerande arrangemang) (iii) på ett efter en sammantagen bedömning (innefattande vikten av regeländamålet) så otillbörligt sätt, att det bör påverka ansvarsplaceringen. Förmodligen krävs för det att normen i fråga syftar till en intressebalansering, vars kostnad eller nackdel A genom arrangemanget med B försöker undvika utan att C kan påverka den riskökning som det medför honom. Det bör således ha stor betydelse om C är en ofrivillig borgenär (i allt fall måste han rimligen vara ofrivillig i förhållande till den risk som A utsätter honom för genom arrangemanget). Ett exempel på ett arrangemang som skulle kunna föranleda att ett moderbolag blev ansvarigt för skada som har vållats av dess dotterbolag kan vara att ett underkapitaliserat ensyftesbolag underläter att teckna en obligatorisk ansvarsförsäkring. Genom arrangemanget åsidosätts normskyddet med försäkringsskyldigheten.

Jag har behandlat ”Processbolaget” i andra sammanhang,³⁶ och det saknas anledning att – utöver det redan anförda – här upprepa vad som sägs där.

En sak vill jag dock understryka: Det handlar enligt min bestämda uppfattning inte om en tillämpning av någon oskriven associationsrättslig regel om ansvarsgenombrott.³⁷ Tvärtom ger avgörandet uttryck för en mycket skeptisk hållning till möjligheten av en sådan regel.³⁸

En aspekt av ”Processbolaget” som inte veterligen har väckt något särskilt intresse i rättslitteraturen är vad för slags ansvar som ägarna ådrog sig. I p. 14 uttalade HD att ägarna inte kunde ”undgå att svara för [svarandens] rättegångskostnader med anledning av rättegång-

³⁶ Se bl.a. Lindskog Kapitalbrist i aktiebolag 2 uppl. 2015 kap. 14. – Bellander (Rättegångskostnader 2016 (cit. Bellander) s. 375 ff.) tolkar avgörandet på ett annat sätt än vad jag gör. Således menar han att HD inte tillmätte A:s överväganden när processen inleddes någon betydelse. Men eftersom det är syftet med torpedarrangemanget som gör det otillbörligt förhåller sig det enligt min mening tvärtom; att torpeden B visar sig sakna betalningsförmåga är visserligen en förutsättning för att C skall ha anledning att gå på A, men det relevanta är att avsaknaden av B:s betalningsförmåga ingick som den centrala delen i upplägget. Bellander menar vidare att i stället för ”även den fattige får processprincipen” så skulle HD ha utvecklat en norm av motsatt innehåll. Men i målet aktualiserades inte talerätsfrågan, varken rörande betydelsen av att B var fattig eller av att det var fråga om ett processtorpederi. Och att även den fattige får processa är alldeles klart. Se not 38 samt vid och med not 40 nedan. Huruvida ett processtorpederiarangemang kan leda till att B saknar talerätt är en mer komplicerad fråga. Det rör sig om ett slags dold processkommission (det är en kommissionstalan eftersom B agerar för A:s räkning, men denna är ”dold” eftersom yrkandet går ut på att C skall prestera till B och inte till A; jfr inkassokommission). En sådan talan står inte i strid mot principen att talan inte får föras om annans rättsställning (om processkommission och den principen, se Lindskog Festskrift till Rolf Dotevall 2021 (Fs Dotevall) s. 485 ff.). Frågan blir därför om B bör vägras talerätt på någon annan grund. Det skulle väl närmast hänga samman med C:s rättegångskostnadsintresse. Men med det rättsläge som gäller efter ”Processbolaget” är det intresset knappast något bärande argument mot talerätt för B. Ett tungt argument emot att torpedarrangemanget skall inverka på B:s talerätt är också, att det otillbörliga i arrangemanget bör hanteras genom civilrätten och inte processrätten.

³⁷ Det kan rimligtvis inte ha någon betydelse om ett aktiebolag eller en målvakt används som kostnadssköld. Jfr Lindskog Fs Dotevall 2021 s. 507 not 86.

³⁸ Detta framhålls av Nerep (Vänbok till Anders Lagerstedt s. 109 ff.), som också uttrycker ett önskemål om ytterligare praxis på området. I detta är bara att instämma. Däremot delar jag inte Nereps associationsrättsliga tillnärmningssyn (vilken naturligtvis påverkar hans uppfattning om ”Processbolaget”). Det handlar i grunden om annat än associationsrätt. Att så är fallet tycker jag också framgår av ”Processbolaget”. När det gäller frågan om en oskriven associationsrättslig genombrottsregel skulle jag vilja gå så långt som att påstå att någon sådan varken finns eller bör finnas. Men HD kunde – och kan – knappast stänga dörren helt för möjligheten av en sådan regel utan att bättre ha utvecklat de möjliga andra förklaringsmodeller för ansvarspaceringar respektive ansvarsförskjutningar som det kan finnas behov av (såsom vid processtorpederi). Och det låter sig knappast göras med ett enstaka prejudikat; det krävs flera. – Bellander (s. 373 ff.) närmar sig ”Processbolaget” ur processrättslig synvinkel (fastän han talar om

en mot [denne]”. Det talar för att det inte rör sig om skadestånd. I stället påförs ägarna det ansvar som skulle ha ålegat dem, om de själva hade drivit processen. Eftersom den drevs av bolaget blir det fråga om ett medansvar. Detta synes böra vara solidariskt.³⁹

I ”Processbolaget” handlade det om ett arrangemang i syfte att kringgå rättegångskostnadsordningen. Men en kärande kan vara

”ansvarsgenombrott” och utgår från att frågan också har en aktiebolagsrättslig dimension) och har ur det perspektivet bl.a. vissa synpunkter på HD:s ställningstagande till den ifrågavarande kostnadsfördelningsregelns ändamål. Han framhåller att regeln inte är självklar och att bakom denna gör sig motstridiga ändamål gällande, inte minst ”den fattiges rätt till rättegång” (mitt uttryckssätt; Bellander talar om access to justice). Men till en början rör enligt min mening den grundläggande princip som ”Processbolaget” är ett uttryck för lika lite processrätt som aktiebolagsrätt. Torpeden B får föra talan mot C trots att han är fattig och oaktat att talan förs i A:s intresse (jfr not 36 ovan). Vidare träffar inte en dom som ålägger B ett ansvar för C:s rättegångskostnader den verkliga intressenten A. Att A på särskild civilrättslig grund ådrar sig ett ansvar mot C har inte någon annan koppling till processrätten än att den regel vars negativa verkningar A söker undgå genom torpedarrangemanget är processrättslig. Men det kunde lika gärna ha rört sig om en riskfördelningsregel på något annat rättsområde. Bellander har dock en poäng i att bestämmandet av vikten av det skyddsändamål som riskfördelningsregeln får anses vara ett uttryck för innefattar processrättsliga övervägan den när regeln är processrättslig. Att det som Bellander påpekar kan anföras skäl för en annan regel betyder dock inte att skyddsändamålet skall anses vara lättviktigt. Med den aktuella regeln har ju lagstiftaren tagit ställning till riskfördelningsfrågan när det gäller vinnande parts rättegångskostnader; den som inleder en process skall vid förlust svara för motpartens rättegångskostnader, medan den som vinner inte har någon garanti för att få betalt (vilket innebär att även den fattige får processa). Det andra ledet i denna riskfördelning förtar inte vikten av det förra, dvs. vikten av den aktuella regeln (”loser pays all”). HD ansåg uppenbarligen att ändamålet med regeln – som härleddes ur dess funktion – sammanvägt med omständigheterna i övrigt vägde tillräckligt tungt. Och väl är det. För annars skulle den som inleder en process samt är tillräckligt bemedlad för att anordna ett processtorpederiarrangemang och förslagen nog att göra det alltid kunna undgå verkningarna av den aktuella regeln, till skillnad från inte bara den mindre förslagne eller otillräckligt bemedlade utan också den som stäms. En sådan obalans hade inte varit någon god ordning!

³⁹ I förhållande till borgenären C (den i processen vinnande svaranden) får ansvarskonstruktionen betydelse i bl.a. ränte- och preskriptionshänseende. Får ett räntekrav mot bolaget B verkan mot ägaren A? Och vad gäller om B:s ansvar preskriberas? Fallr A:s ansvar accessoriskt, omfattas det av 9 § PreskL eller påverkas det inte alls? Från systematisk synpunkt har man också anledning att fråga sig vad som gäller mellan ägaren A och ”torpeden” B. Har B rätt att bli kompenserad av A för den rättegångskostnad som A har dragit på B? Det kan tänkas att B har någon annan borgenär än C (nämligen D), och då kan frågan få betydelse. Den enklaste och lämpligaste ordningen är nog att i förhållande till C betrakta A:s ansvar som självständigt (dvs. icke-accessoriskt) samtidigt som det åligger A att skuldbefria B. Det betyder att A inte har något direkt ansvar mot D. Det betyder också att C:s påbudshandlingar gentemot B inte har någon verkan mot A och vice versa. Att en påbudshandling mot B inte slår igenom mot A kan visserligen synas klinga mindre harmoniskt med att A ansvarar på grund av kvalificerad otillbörlighet. Men det otillbörliga ligger på en annan kant, och förklaringsmodellen bygger inte på att A identifieras med B. F.ö. kan en påbudshandling mot B få betydelse i förhållandet mellan A och B och därmed indirekt för C. Om C utlöser drojmsmålsrätteskyldighet för B men inte A, så drar ju C fördel av det genom att A (med min syn) tvingas kompensera B

fattig från början. Det är en annan situation, som svaranden får leva med.⁴⁰

Det kan också vara så att det inte rör sig om ett arrangemang i mening av ett tillskapat instrument men väl om en tillfällighet som fungerar på samma sätt som ett sådant instrument skulle ha gjort. Här börjar det bli riktigt svårnavigerat. För frågan blir: Kan det vara kvalificerat otillbörligt att fullt ut exploatera en rättslig position som har uppstått utan ”onda avsikter”? Jo, det kan tänkas.⁴¹ Så kan exempelvis ett avtalsvillkor jämkas enligt 36 § AvtL. Ett möjligt exempel är en excessiv ansvarsbegränsning. Men här rör det sig inte bara om svåra navigeringsförhållanden; mörka moln tornar upp sig föröver och jag anar nu stormbyar som bör undvikas.⁴² Jag faller därför av mot vissa andra företeelser, som inte sällan sorteras under rubrikerna genomsyn respektive identifikation.

5. GENOMSYN OCH IDENTIFIKATION

Den falska flaggen syftar till att missleda om identiteten. Tricket med den trojanska hästen är att negativt överraska med ett okänt innehåll. Processbolag är bara ett bland många exempel på juridiska skapelser som på motsvarande eller på liknande teman tillverkas med instrument ur den juridiska verktygslådan. Men sådana främjar

för dröjsmålsrättan, vilket ger C bättre förutsättningar att få betalt av B (till det kommer att C till följd av att hans räntekrav utlöser en B:s täckningsfordring hos A kan tänkas få en direktkravs rätt mot A; om frågan som sådan, se Lindskog Betalning 4.4.2). – Men hur ansvaret för A bör konstrueras är inte givet. En minimumvariant är att A mot C har ett begränsat medansvar i form av ett accessoriskt bristtäckningsansvar (jfr enkel borgen) och inget ansvar alls mot B i den mån annat inte har avtalats dem emellan. Det senare är inte alls uteslutet, men att A:s ansvar skulle vara begränsat till ett accessoriskt bristtäckningsansvar stämmer illa med såväl HD:s uttalande att A svarar för C:s rättegångskostnader som att A bör ställas som om han hade processat själv. I praktiken lär dock frågan om primärt eller sekundärt ansvar på så sätt få mindre betydelse, att C i regel vänder sig mot A först sedan utmätning hos B med stöd av domen har misslyckats.

⁴⁰ Se vidare Bellander s. 370 ff. och Keller Konkurs och process 2020 s. 528 ff. med hänv. till bl.a. Lindskog Festskrift till Lars Heuman 2008 s. 327 ff. Se även noterna 36 och 38 ovan.

⁴¹ Beträffande förvärv av en fordring i kvittningssyfte, se Lennander Fs Lindskog s. 433 f. med hänv. i anslutning till ”Svenssons Plåtslageri” NJA 1995 s. 356. I det fallet fäste HD inte något avseende vid frågan om kvittningssyfte, vilket enligt min mening borde ha gjorts.

⁴² Jan och jag har haft våra intellektuella kontroverser om 36 § AvtL, se Jans artikel i Festskrift til Mads Bryde Andersen 2018 s. 525 ff., där han opponerar sig mot såväl vad jag anför i min artikel i Aftaleloven 100 år 2015 s. 305 ff. som ”Den övertagna överlåtelsebesiktningen” NJA 2017 s. 113 (där jag deltog).

inte en god marknadsekonomi, där intäkter och kostnader skall allokteras till rätt aktör och där transparens och information är ledord. Det ligger nära till hands att söka korrigerande mekanismer när juridiken brukas i strid mot dess syften. Inte sällan pekas då på möjligheterna till genomsyn respektive identifikation.

Men genomsyn och identifikation är bara etiketter. Att exempelvis ägaren A och hans bolag B ses som ett kan inte *förklaras* med genomsyn eller att A identifieras med B.⁴³ Utöver att orden indikerar en från normalordningen extraordinär avvikelse i rättsföljdshänseende kan de på sin höjd antyda den rättsliga förklaringen till avvikelserna. Risken med begrepp som de ifrågavarande är att rättstillämparen med utgångspunkt i vissa yttre kriterier frågar sig om det finns grund för ”genomsyn” eller ”identifikation”, och svaret på den frågan får styra rättsföljderna. Men enligt min mening rör det sig om en utpräglat normativ bedömning, låt vara att den kan vara svår att beskriva. I grunden handlar det dock om att ett kvalificerat otillbörligt utnyttjande av den juridiska verktygslådan kan påverka ansvarsplaceringen (eller någon annan rättsföljd) genom – såvitt här är av intresse – sammanläggning (A och B ses som ett) respektive tillräknande (vad B gör anses A – också eller enbart – ha gjort). Sammanläggningsfallet lär svara mot det som brukar kallas för genomsyn, medan det vid s.k. identifikation i regel handlar om tillräknande.⁴⁴ Men begreppen är tämligen obestämda och överlappar

⁴³ Ett exempel på en frågeställning av det slaget är huruvida ägaren A:s insikt skall tillräknas enmansaktiebolaget B oaktat att A inte företräder detta. Om den situationen, se Lindskog HBL 2:17-6.3.5 (not 1511) och Betalning 8.4.2.1 (not 1684) med hänv.

⁴⁴ Märk skillnaden mellan identifikation och identitetsbestämning. I det förra fallet rör det sig om en normativ bedömning. Frågan är om A skall svara för B:s handlande. Vid identitetsbestämning rör det sig om en materiell fråga som avgörs efter en bevisprövning. Men identiteten behöver inte vara slutligt avgörande för den rättsliga prövning som skall göras. Att det bevisas att det var A som höll i yxan utesluter inte B skall anses ha (eller rättare: svara som om han hade) gjort det (jfr not 32 ovan). – Vad som avses här kan sägas vara ett handlingstillräknande (vad B gör tillskrivs A). Vanligare lär vara ett insiktstillräknande (B:s mentala tillstånd tillskrivs A). Rättsordningen rymmer många regler om insiktstillräknande som alls inte behöver bero på någon otillbörlighet (beträffande möjligheten av en sådan regel när det gäller enmansaktiebolag, se not 43 ovan). Men så kan naturligtvis vara fallet. Och ibland befinner man sig i ett slags mellanläge. Ett exempel är s.k. shadow directors. Insikten hos en sådan kan vara att likställa med insikten hos en styrelseledamot på grund av en de facto-ställning som sådan ledamot. Men även med en svagare ställning kan ett tillräknande tänkas, om otillbörlighet kommer in i bilden. Om exempelvis ägarna till ett aktiebolag har satt in en målvakt som styrelse, så bör ägarnas insikt inte sällan vara att tillräkna bolaget. Men från frågor av det slaget bortses i det följande.

i inte obetydlig utsträckning varandra. Jag menar nu inte att det är fel att tala om genomsyn respektive identifikation. Jag har själv gjort det, och jag kommer i det följande att göra det. Men det rör sig bara om rättsliga etiketter med visst förklaringsvärde utan normativ verkan.⁴⁵ Resan fortsätts nu med exemplifieringar, där tre rättsfall får bilda utgångspunkter.

6. ”STILO-FÅTÖLJEN” OCH ANSVAR FÖR ANNANS HANDLANDE

Det korta med det långa när det gäller ”Stilo-fåtöljen” NJA 2015 s. 512 är att en vitesadressat ansågs kunna svara för en närstående parts handlande, när de hade samordnat sig i syfte att kringgå ett vitesförbud (som i avgörandet gällde en upphovsrätt). I den situation som förelåg i målet befanns en sådan samordning kunna presumeras.

Det handlar alltså om tillräknande. Vad den närstående B hade företagit sig tillräknades vitesadressaten A. Utgångspunkten för HD:s resonemang finns i punkt 18, som lyder:

Om [A] inte ansvarar redan på grund av sitt eget handlande,⁴⁶ bör ett tillräknande kunna ske om [han] ingår i samma ekonomiska sfär som [B], såsom vid koncerngemenskap eller när [A och B] ytterst ägs av samma personer. För tillräknande bör då även krävas att [A] praktiskt och rättsligt kontrollerar [B:s] verksamhet i det hänseende som vitesförbudet avser. I vissa fall bör det dock kunna räcka med att [A och B] står under gemensam kontroll, såsom när de är systerbolag. Huruvida det faktiskt har skett någon samordning i syfte att kringgå vitesförbudet bör i situationer med ekonomiska band av nu diskuterat slag sakna

⁴⁵ Beträffande HD:s uttalande sist i punkt 18 i ”Stilo-fåtöljen”, se not 47 nedan. – Som nämnts är begreppen tämligen oprecisa. Begreppet identifikation är dessutom mångtydigt. Inom skadeståndsrätten talar man således om aktiv respektive passiv identifikation i sammanhang som knappast har någon beröring med sådan identifikation som här är av intresse.

⁴⁶ När det gäller juridiska personer aktualiseras ett särskilt slags tillräknande, nämligen sådant tillräknande som medför att den juridiska personen skall anses ha handlat (eller tänkt) själv (på i rättslig mening samma sätt som en fysisk personen tillräknas sina insikter och göranden). Men utöver sådant *eget* handlande kan såväl fysiska som juridiska personer tillräknas vad någon *annan* (i regel fysisk men kanske också juridisk) person gör. Det är uppenbarligen den distinktion som HD här avser.

betydelse, eftersom tillräknandet är grundat på identifikation mellan [B och A].⁴⁷

Den första och enklare situationen är att A och B ”ytterst ägs av samma personer” (såsom vid koncerngemenskap), och att A praktiskt och rättsligt kontrollerar B:s verksamhet i det hänseende som förbudet avser. Ett närliggande exempel är att B är ett helägt dotterbolag till A. HD tillade dock att det ”i vissa fall” kan vara tillräckligt att A och B står under gemensam kontroll.

Vad HD avsåg med den citerade punkten synes kunna sammanfattas så, att när A och B dels ingår i samma ekonomiska sfär, dels beträffande den aktuella frågan omfattas av ett och samma besluts- och därmed styrningscentrum, så identifieras A med B sålunda att den senares handlande tillräknas den förre. Det rör sig närmast om ett slags objektiverat rättsmissbruk vid kvalificerade närstående-förhållanden. När ett sådant förhållande föreligger presumeras ett kringgåendesyfte.

Det handlar dock knappast om någon generellt tillämplig regel. Ett vitesförbud är på grund av sin karaktär en särskilt pregnant förpliktelse.

Beträffande förpliktelser av andra slag synes prövningen bära bygga på en bredare helhetsbedömning. Av betydelse är då vad för slags förpliktelse det rör sig om, och hur entydigt B:s handlande skulle ha varit rättsligt otillåtet för A. Vidare torde arten och graden av A:s styrningsmöjlighet avseende B, eller styrningsmöjligheten för det maktcentrum under vilket A med B lyder, inverka på bedöm-

⁴⁷ Angående räckvidden av uttalandet i den sista meningen, se not 48 nedan. Förklaringen – identifikation mellan B och A – är inte helt upplysande. Vad som avses lär vara att tillräckliga kriterier för identifikation när det gäller vitesförbud redan hade angetts, och att faktisk samordning (i just det tyfallet) därför inte utgör ett nödvändigt tilläggs-kriterium.

ningen. Dessutom måste det rimligen kunna antas att B inte skulle ha handlat som han gjorde A:s förpliktelse förutan.⁴⁸

Att den generella principen är av det angivna slaget vinner visst stöd av HD:s fortsatta resonemang. Situationen i målet var nämligen en annan än den som punkten 18 avser, genom att relationen mellan A och B var mer uttunnad. Det föranledde HD att i punkt 21 uttala:

Såväl [”Gillette” som ”Max och Frasses” ger] på ett mer allmänt plan ett visst stöd för att undantag från vissa subjektiva begränsningar – såsom att en vitesadressat respektive en avtalspart inte ansvarar för annans handlande – kan tänkas i fall av kvalificerad otillbörlighet.⁴⁹ Vad som närmare menas med att det ska röra sig om en kvalificerad otillbörlighet blir beroende av det typfall där frågan om ett subjektivt genombrott aktualiseras. Det kan således finnas anledning att göra skillnad mellan t.ex. avtalsförpliktelser och legala förpliktelser, liksom mellan olika slags legala förpliktelser, men grundläggande är att tröskeln för sådana genombrott generellt sett är hög.

Beträffande vitesförbud slog HD därefter i punkt 22 fast:

Om [A och B] i kringgåendesyfte handlar samordnat bör det i regel anses vara så kvalificerat otillbörligt att det motiverar ett tillräknande, om inte vitesförbudets formulering skulle täcka [A:s] eget handlande och denne därför ansvarar redan på den grunden. Klart är således att ansvar för åtgärder av [B] i allmän-

⁴⁸ Detta kan synas stämma mindre väl med sista meningen i den citerade punkten. Men att när det gäller vitesförbud någon ”samordning i syfte att kringgå vitesförbudet” inte behöver föreligga rent faktiskt, och alltså inte måste visas, är en sak. Då ligger det vid kvalificerade närstående förhållanden nära till hands att presumera en kringgående avsikt. Det betyder inte att det saknas normativa skäl för att en sådan avsikt i allmänhet bör vara en påvisbar förutsättning för tillräknande (eller identifiering, om man så vill). Och rent generellt kan en sådan avsikt knappast presumeras ens i påtagliga närstående förhållanden (såsom mellan systerbolag). När det inte rör sig om vitesförbud (eller liknande pregnant förpliktelser) i kombination med ett kvalificerat närstående förhållande bör lackmustestet vara huruvida det låter sig sägas (måste antas) att A:s förpliktelse har föranlett en ”förskjutning” av handlandet från A till B. Om det inte är fallet, så kan knappast någon kvalificerad otillbörlighet sägas föreligga.

⁴⁹ Jag återkommer till ”Gillette” i det följande.

het föreligger när [B] har agerat på [A:s] uppdrag eller på något annat sätt har genom avtal samordnat sig med denne i syfte att gå runt förbudet.

Avtalad samordning i syfte att kringgå ett vitesförbud är således ”i allmänhet” så kvalificerat otillbörligt att A ansvarar som om han själv hade handlat. Det kan kanske formuleras om så, att ett rättsligt arrangemang (exempelvis ett avtal) varigenom parterna gemensamt och avsiktligt torpederar ändamålet med förbudet inte skall krönas med framgång utan leda till att A får svara för B:s handlande. Formulerat så framträder likheten med ”Processbolaget” och processtorpederi. Det står då också klart att principen kan vara tillämplig i andra situationer, såsom avtalade förbud.

Men vad gäller då för B? I fråga om vitesförbud klagjorde HD att B av legalitetsskäl inte träffas av vitesförbudet. Men anta att det hade rört sig om ett avtalat förbud? Det leder till ”Gillette”.

7. ”GILLETTE” OCH ANSVAR FÖR ANNANS FÖRPLIKTELSE

Det är skillnad på nu och förr. Så är det i varje tid. ”Gillette” NJA 1993 s. 188 är egentligen inget gammalt rättsfall, men det skulle helt visst ha skrivits med ett betydligt större förklaringsvärde idag.⁵⁰ Men nu är avgörandet som det är. Vidöppet för tolkningar.⁵¹

A var ett aktiebolag underkastat ett konkurrensförbud till förmån för C. På talan av C förbjöds A enligt RB 15:3 vid vite att företa vissa marknadsaktiviteter.⁵² Systerbolaget B tog då över den del av A:s rörelse som träffades av förbudet. Det föranledde C att föra en talan om vitesförbud enligt RB 15:3 mot också B. C ansågs därvid ha rätt att ställa samma krav på B som på A, och han vann därför framgång med sin talan. Men varför? Vilken rättsregel tillämpades?

⁵⁰ Det finns dock olika uppfattningar om det önskvärda i att HD lägger ut texten. Ur det perspektivet har ”Gillette” setts som både föredöme och skräckexempel. Jfr Lindskog Bertil Bengtsson 90 år 2016 (cit. BB 90) s. 331 f. not 45 med hänv.

⁵¹ Jfr Lennander Fs Lindskog s. 433 med hänv.

⁵² För egen del är jag kritisk till sådant framtvingande av naturaprestationer. Se not 3 ovan.

De sakförhållanden som nämns är ägaridentitet, ledningsidentitet och uppsåt (samverkan mellan bolagen i syfte att kringgå förbudet). Mer ledning än det ger inte HD.

Målet gällde nu som sagt en talan enligt RB 15:3. Det är en komplikation.⁵³ Låt oss därför anta att det handlade om skadestånd. I ljuset av ”Stilo-fåtöljen” framstår det som tämligen givet att A då mot C skulle ha fått ansvara för B:s handlande. A och B ingick i samma ekonomiska sfär. Den konkurrerande verksamheten var rättsligt otillåten för A, och frågan om dess bedrivande omfattades av ett och samma besluts- och styrningscentrum. Det fanns helt visst också skäl att anta att A och B inte skulle ha handlat som de gjorde förbudet förutan. Genom identifikation skulle således A ha tillräknats B:s handlande.

Men nu är frågan vad som gäller beträffande B:s ansvar. Alltjämt antas att C yrkar skadestånd och inte något vitesförbud.

Jag förstår avgörandet så, att det inte handlar om någon utsträckt avtalsbundenhet.⁵⁴ A och endast A var avtalsbunden mot C. Den slutsats som fallet föranleder är i stället att samverkan mellan två aktörer i avsikt att kringgå en förpliktelse som en av dem har kan leda till att inte bara den förpliktade (A) får ett påföljdsansvar, utan

⁵³ Se not 54 nedan. En annan komplikation är att B tog över A:s ifrågavarande rörelse. Målet skulle ha varit mer renodlat ifall det hade handlat om en isolerad (befarad) disposition. En ytterligare komplikation är det föregående vitesförbudet mot A. Den efterföljande rörelseöverlåtelsen får mot den bakgrunden karaktär av domstolstrots.

⁵⁴ Man skulle i och för sig kunna tänka sig att också B till följd av de särskilda omständigheterna (rörelseövertagandet) blev bundet av A:s åtagande. Med då hade det inte rört sig om ett sådant kringgående som HD tog fasta på (dessutom är principen att en rörelseförvärvare in dubio inte ansvarar för rörelseförpliktelse, se Lindskog Betalning 7.2.4.2 med hänv.). Däremot skulle man kunna se det så att påföljden av kringgåendet blev att B ställdes som bunden. Så har möjligen HD sett det. Jfr Lindskog HBL 2:17-6.2.6 (not 1492). Förmodligen har då det förhållandet att det handlade om en säkerhetsåtgärd spelat in (liksom möjligen att rörelseöverlåtelsen hade karaktär av domstolstrots, se not 53 ovan). Ett skadeståndsansvar skulle ju ha kunnat åläggas B på annan grund än att han var bunden av A:s åtagande. Hur man principiellt skall se på påföljdsfrågan kommer jag strax till.

också till ansvar för den medverkande (B) (i fallet i form av bundenhet av A:s förpliktelse).⁵⁵

Det rör sig alltså om två skilda ansvarsfrågor. Den första gäller A:s ansvar för B:s handlande. Först om ett sådant ansvar föreligger aktualiseras den andra frågan,⁵⁶ nämligen om B ansvarar vid sidan av A för dennes – av B:s handlande utlösta – ansvar mot C. Att A identifieras med B sålunda att B:s handlande tillräknas A behöver inte vara tillräckligt för att B skall ansvara. För att A skall identifieras med B krävs det rimligen att A har handlat kvalificerat otillbörligt i förhållande till C (då fastän det är B som har gjort det som A inte får göra). För att också B (då närmast genom ett slags genomsyn) skall ansvara mot C måste rimligen otillbörlighetsbedömningen knytas till B. Och vad som är kvalificerat otillbörligt i den ena relationen behöver inte vara det i den andra.⁵⁷ Bedömningarna bör därför hållas isär.⁵⁸

Det leder då till frågan vad som kan utläsas av HD:s motivering i "Gillette" när det gäller B:s ansvar mot C. Dessvärre inte mycket. Vad som utöver uppsåt föranledde B:s ansvar i målet var som redan har nämnts ägar- och ledningsidentitet.

⁵⁵ Påföljden "förpliktelsebundenhet" var då en förutsättning för en säkerhetsåtgärd enligt RB 15:3. A fortiori borde B ha varit ekonomiskt ansvarig mot C. – En alternativ förklaring är att B:s rättighetsförvärv såsom oredligt inte kunde göras gällande mot C. Så Lennander Fs Lindskog s. 433. Men den förklaringen träffar inte ett samordnat kringgående som inte bygger på något rättighetsförvärv, vilket enligt min mening inte hindrar att förfarandet kan vara lika klandervärt som det i rättsfallet. En annan sak är att förvärvet kan vara ett moment av betydelse för graden av otillbörlighet.

⁵⁶ Ett ansvar för B utan att A ansvarar är normalt knappast tänkbart. B är inte avtalsrättsligt förpliktad mot C. Det är endast A. Och så länge C inte med framgång kan göra gällande att A svarar för bristande avtalsuppfyllelse – på grund av A:s eget eller annans handlande – kan C:s rätt inte ha kränkts av B. – Mot det sagda kan med fog invändas att den av Lennander anförda alternativa förklaringen – B:s rättighetsförvärv kunde såsom oredligt inte göras gällande mot C (se not 55 ovan) – möjliggör ett ansvar för B utan att A ansvarar. Det visar att förklaringarna inte är varandra uteslutande (alltså en möjlig variant av rättslig tvåspårighet). Men överlätelsefallet är lite speciellt, och jag lämnar därför detta därhän. Den situation som här intresserar är ett kringgående utan någon överlåtelse.

⁵⁷ Man kan exempelvis tänka sig att B är ett osjälvständigt verktyg för A (såsom ett dotterbolag). Om då även B skulle svara så kan det tänkas innebära en opåräknad fördel för C till nackdel för B:s borgenärer.

⁵⁸ Det visar sig särskilt om man tänker sig den här inte diskuterade situationen att A och B inte har agerat tillsammans. Exempelvis kan tänkas att B otillbörligt hindrar A från att infria till C utan att A kan hållas ansvarig (det handlar då varken om tillräknande eller identifikation utan om ett självständigt agerade av B). Jfr not 64 nedan.

Ledningsidentitetens relevans hade enligt min mening att göra med samverkandet. Ledningsidentitet är endast ett indicium (låt vara att detta kanske har presumtionsverkan). Samverkan kan väl tänkas utan att sådan identitet föreligger.⁵⁹

Vinstintresse berörs inte i rättsfallet, men jag tror att det har varit en självklar utgångspunkt.⁶⁰ Och här kommer ägaridentiteten in. Denna har att göra med var samverkansvinsten hamnar. Som jag ser det handlar det här om något mer än ett indicium med presumtionsverkan. Vid ägaridentitet rör det sig ytterst om samma plånbok. Ur det perspektivet utgör "Gillette" ett starkt stöd för ett slags begränsad genomsyn. Samverkansvinsten behöver inte uppstå hos vare sig A eller B; den kan väl hamna hos någon annan, vilket den med nödvändighet gör när såväl A som B är bolag med samma ägare. Men utan att ägaridentitet föreligger kan vinsten genom ett samordningsavtal delas mellan A och B.

Således synes inte vare sig ägaridentitet eller ledningsidentitet vara vare sig tillräckligt eller nödvändigt för en sådan ansvarsutvidgning som aktualiserades i "Gillette". Avgörande är i stället om kringgåendeavsikten i ljuset av vad för slags förpliktelse det rör sig om och omständigheterna i övrigt framstår som kvalificerat otillbörlig.⁶¹ Bland sådana omständigheter finns relationen mellan aktörerna. Men det i grunden avgörande bör vara huruvida B kan sägas ha med avsiktsuppsåt samverkat med A i ett förfarande som står i direkt strid mot ändamålet med den regel som rättsligt begränsar A. Arrangemanget skall vara dikterat av A:s rättsliga begränsning och uteslutande

⁵⁹ Beträffande "Gillette" tror jag inte att det hade gjort någon skillnad om A och B hade haft olika bolagsledning, eftersom de hade samma ägare. Men även om inte ens ägaridentitet föreligger kan väl relevant samverkan tänkas.

⁶⁰ För att det skall finnas anledning för rättsordningen att reagera mot kringgåendet måste det ha dikterats av ett oacceptabelt syfte. Vinstsyfte är inte i sig oacceptabelt under förutsättning att det eftersträvas under iakttagande av spelreglerna. Inte heller finns det anledning för rättsordningen att stämpla ett vinstsyftande avtalsbrott som i sig otillbörligt. Avtalsbrott är en naturlig del av marknads ekonomin (jfr not 3 ovan). Men till spelreglerna hör att ett avtalsbrott har ett pris. Det ligger nära till hands att se rättsliga konstruktioner som syftar till att undgå den kostnaden som ett kvalificerat otillbörligt rättsmissbruk.

⁶¹ I målet rörde det sig om en avtalsförpliktelse som i sig inte kunde betraktas som särskilt skyddsvärd ens då. Det väcker frågan efter vilka principer en gradering av förpliktelsens väsentlighet skall göras. Till en början anser jag det närmast självklart att en sådan gradering måste göras. Jag menar vidare att avgörande bör vara skyddsändamålet med den norm som grundar förpliktelsen. Det gäller också avtalsförpliktelser.

(eller i allt fall huvudsakligen) syfta till att undvika verkningarna av detta.⁶² Betydelsen av relationen mellan A och B ligger närmast i dess bevis- eller (möjligen) presumtionsverkan i dessa hänseenden.

En fråga återstår dock, nämligen vilket slags ansvar B har.

Man kan mena att B inte bör ha något ansvar alls. Argumentet är då att A är rättsligt förpliktad och det räcker med att han ansvarar. Om också B skulle ansvara, så skulle den berättigade C ställas bättre än ändamålet med hans rättighet motiverar. Det skulle också kunna sägas att ett ansvar för B som inte bygger på avtalsbundenhet och som sträcker sig längre än den skada han orsakat har karaktären av straff och därför bör förutsätta lagstöd.

Men nu finns "Gillette". Klart är alltså att B kan ansvara mot C genom att medverka till att verkningarna av A:s rättsliga förpliktelse mot C undgås (vilket är motsidan av att C:s rätt mot A kränks).⁶³ Ansvaret skulle kunna bestämmas till den skada som B:s handlande har orsakat.⁶⁴ Men en sådan ordning kan vara svårtillämpbar.⁶⁵ Den vinner heller inte stöd av "Gillette".⁶⁶

⁶² På ett mer allmänt plan bör det enligt min mening krävas en större grad av otillbörlighet för att B på grund av sitt med A:s förpliktelse oförenliga handlande skall svara mot C än för att A skall tillräknas B:s handlande som sitt eget. Det har främst att göra med att C som utgångspunkt inte skall ställas bättre av att det är B och inte A som agerar. Se vidare det följande.

⁶³ Under förutsättning att ansvaret inte har sådan straffrättslig karaktär att det kräver lagstöd. I det hänseendet saknar enligt min mening "Gillette" betydelse. Vid tiden för rättsfallets tillkomst var nämligen den allmänna synen på den aspekten av legalitetsprincipen betydligt mer inskränkt än idag. Jfr Lindskog BB 90 s. 325 ff. angående "Det bristande hörandet" NJA 2003 s. 99. Men det ansvar som B enligt min mening bör ha mot C – medansvar med regressrätt mot A; se vidare det följande – är inte av sådant slag att legalitetsprincipen vållar några betänkligheter. Jfr not 67 nedan.

⁶⁴ Ett sådant skadeståndsansvar kan i och för sig föreligga på rent skadeståndsrättslig grund. Genom praxis är det ju klarlagt att ansvar för ren förmögenhetsskada utom kontraktsförhållande kan grundas på kvalificerad otillbörlighet (se vid och med not 10 ovan). Men det är inte givet att vad som är kvalificerat otillbörligt i det ena hänseendet (ansvar för ren förmögenhetsskada utom kontraktsförhållande) är det i ett annat (ansvar för A:s förpliktelse). Vidare kan den av B orsakade skada som den berättigade tredje mannen C förmår att visa uppgå till lägre belopp än vad A på grund av B:s handlande blir skyldig C.

⁶⁵ Hur skall man exempelvis se på det relevanta hypotetiska händelseförloppet? B hävdar naturligtvis att i detta bröt A själv mot sin förpliktelse. Då har B inte orsakat någon skada. Till detta kommer bevisvärigheter, bl.a. rörande skadans storlek (jfr föregående not).

⁶⁶ "Gillette" gällde ju en talan om säkerhetsåtgärd enligt RB 15:3. För egen del är jag mot den bakgrunden kritisk till utgången (till skillnad från genomsynen som sådan), och då inte bara därför att jag anser att naturafullgörelse inte bör vara domstolsvis tillgänglig

Det ansvar som B ådrar sig bör i stället ha karaktär av medansvar.⁶⁷ Det innebär att B intercederar i det A:s ansvar mot C – typiskt sett ett skadeståndsansvar – som utlöses av att A tillräknas B:s handlande.⁶⁸ A och B kommer således att svara solidariskt mot C.⁶⁹

Men vad som gäller är ingalunda klart. ”Gillette” är inte bara svårtolkat; det avser en alldeles särskild fråga (säkerhetsåtgärd enligt

för en avtalsborgenär (se not 3 ovan). Fastän fallet är speciellt på grund av den utmanande rörelseöverlåtelsen borde enligt min mening B inte ha träffats av konkurrensförbudet. I stället borde den kvalificerat otillbörliga samverkan med A som kringgåendet utgjorde ha föranlett att A tillräknades B:s handlande, och (i princip) att B vid sidan av A svarade för påföljderna av det A:s avtalsbrott som därmed förelåg (se vidare det följande). Som en konsekvens av detta saknades det – med min syn – grund för den yrkade säkerhetsåtgärden. Däremot skulle A till följd av det mot honom riktade vitesförbudet ha drabbats av vitesansvar på grund av B:s handlande (i linje med ”Stilo-fätöljen”). Huruvida också B då bör vara vitesansvarig är en annan fråga. Här rör det sig ju inte om en avtalspåföljd. I stället handlar det om en straffliknande sanktion knuten till ett domstolsföreläggande. Det leder till att B inte borde svara (också det i linje med ”Stilo-fätöljen”). Mot den bakgrunden kan man i förlängningen fråga sig om det var förenligt med grundläggande rättsstatliga principer att utan specifikt lagstöd rikta ett vitesföreläggande mot B. Det kan – som jag ser det – försvaras endast om man anser att B var civilrättsligt bunden av konkurrensförbudet trots att han inte hade ingått något avtal med C och alltså inte var avtalsbunden mot denne. Det rörde sig alltså uppenbarligen om ett slags ”förpliktelsebundenhet” på någon annan grund. Det kan då inte handla om något annat än en påföljd grundad på kringgåendet. Att detta – såsom kvalificerat otillbörligt – bör leda till en adekvat påföljd är inget att orda om. I det hänseendet är avgörandet riktigt, viktigt och vägledande, om än svårtolkat. Men påföljdskonstruktionen ”förpliktelsebundenhet” som ett slags ”avtalsbundenhet utan avtalsbundenhet” är inte bara en särpräglad och systemtveksam nydaning; det är något som har skapats bara för att ge grund för ett vitessanktionerat domstolsföreläggande. Ligger det verkligen inom ramen för HD:s normbildningskompetens?

⁶⁷ Visserligen aktualiserades inte A:s ansvar, men som har påpekats i det föregående framstår det som uppenbart att A genom att tillräknas B:s handlande svarade mot C. Det måste också antas att internt svarade A mot B (efter avdrag för den fördel som B kunde ha haft av arrangemanget). För att ett förfarande av det ifrågavarande slaget skall kunna klassificeras som kvalificerat otillbörligt måste det ju syfta till att A undgår verkningarna av sin rättsliga bindning mot C, och han bör då i förhållande till B svara för att detta på så sätt misslyckades att B tvingades betala vad A skulle ha gjort. Utan en sådan regressordning kan f.ö. diskuteras om inte B:s ansvar i viss mån kan ha karaktär av straff, vilket inte bör komma i fråga (jfr not 63 ovan).

⁶⁸ Till skillnad från vad som har antagits i fråga om processtorpederi (se vid och med not 39 om det), så bör det förmodligen röra sig om ett accessoriskt ansvar. Om A:s ansvar preskriberas skulle alltså också B:s ansvar falla. Ränteutlösande krav mot A bör sakna verkan mot B (om den berättigade tredje mannen C inte utlöser att ränta börjar löpa begränsar dock det hans rätt mot B i den mån detta inverkar på B:s regressrätt mot A). I regresshänseende bör B vara berättigad att av A få ersättning för den ränta som han har nödgats utge till C inom ramen för A:s ränteskyldighet mot denne.

⁶⁹ Om ”Gillette” hade gällt ett skadeståndsanspråk så skulle det inte ha varit otänkbart att C hade vänt sig mot moderbolaget som styrande över samordningen. Enligt min mening är dock utgångspunkten att moderbolaget inte svarar för vare sig A eller B. Det framträder vid en jämförelse med det hypotetiska alternativet, nämligen att A bryter mot avtalet. Då svarar inte moderbolaget. Samma bör i princip gälla i den här aktuella situationen. Det utesluter inte att moderbolaget skulle på grund av eget otillbörligt handlande komma att svara vid sidan av A (och möjligen B). Det är emellertid ett annat spörsmål, som har viss beröring med det som strax följer.

RB 15:3) och omständigheterna är speciella genom den närmast provokativa rörelseöverlåtelsen.⁷⁰ Så förr eller senare lär vi få se fler rättsfall i frågan om B:s ansvar för medverkan till kringgående av A:s förpliktelse.

Med detta seglar vi in i en del av den svårnavigerade skärgården där bådar och skär ligger så tätt att en grundstötning framstår som närmast oundviklig. Det handlar om medansvar avseende annans skadeståndsansvar.

8. ”DET UTLÅNADE KONTOT” OCH ANSVAR FÖR REDAN INTRÄFFAD UTOMOBLIGATORISKA SKADA

Av ”Gillette” följer – som jag tolkar fallet – att den som orsakar eller medverkar till annans avtalsbrott i fall av kvalificerad otillbörlighet kan bli medansvarig avseende avtalspartens skadeståndsansvar. Den fråga som skall behandlas i det följande är om en kvalificerat otillbörlig befattning med annans *utomobligatoriska* skadegörande handlande kan medföra ett ansvar för skada utan att handlandet kan sägas ha orsakat denna.

Utgångspunkten är att B har agerat och enligt normalordningen har att ensam bära den rättsliga konsekvensen av sitt handlande: skadeståndsansvar mot C. A har inte i skadeståndsrettslig orsaksmening medverkat till skadan. Men han har på något sätt befattat sig med B:s handlande eller dess verkningar. Frågan är om detta kan leda till att också han får ett ansvar för den skada som B redan har vållat. Så naturligtvis inte enligt normalordningen, men kanske om befattningen låter sig klassificeras som kvalificerat otillbörlig.

Det blev abstrakt. Frågan behöver konkretiseras. Konkretion främjas av exempel. Jag tar nu risken att segla i bildligt talat minerat vatten. För jag tänker försvara eller i alla fall försöka ge min syn

⁷⁰ HD talade visserligen om kringgående av konkurrensbegränsningsklausulen, men i sak var det i lika hög grad ett kringgående av domstolens föreläggande mot A.

på ett av Jan kritiserat rättsfall. ”Det utlånade kontot” NJA 2017 s. 1053.⁷¹

Målet gällde penningtvätt. Förbrottet utgjordes av bedrägeri. B var den skyldige. Medel från brottet hanterades via A:s konto och försvann. Hanteringen uppfyllde rekvisiten för penningtvätt. Men var A ersättningsskyldig?

Så om medlens sakrättsliga identitet var bevarad vid insättningen på A:s konto. Det hade då handlat om vindikation av surrogatet till de fränhända medlen.⁷²

Oaktat att sambandet mellan utbytet av förbrottet och de medel som A mottog var tillräckligt för att ett penningtvättbrott skulle föreligga, så var det oklart hur det förhöll sig med medlens sakrättsliga identitet vid insättningen på A:s konto.⁷³ HD fick därför föra resonemanget med utgångspunkten att medlens sakrättsliga identitet hade upphört före insättningstidpunkten. Med den utgångspunkten ansågs skadan ha uppkommit före överföringen till A:s konto.⁷⁴ Likväl blev A ersättningsskyldig. Och här ligger det verkliga prejudikatet.

HD uttalade således att (p. 26) ”att den som [genom ett penningtvättbrott] påtagligt minskar möjligheterna för den brottsutsatte att få uppkommen skada reparerad har att svara skadeståndsrättsligt för de *ekonomiska verkningarna av förbrottet*” (min kurs.). När det gäller den konkreta bedömningen fann HD (p. 28) att den ”penningtvätts-

⁷¹ Jan har med sedvanlig frenesi tagit sig an det avgörandet i Ord och rätt Festskrift till Hans-Gunnar Axberger 2020 s. 258 ff.

⁷² Se punkt 27 i HD:s domskäl. Under det närmast givna antagandet att medlens sakrättsliga identitet skulle ha upphört genom sammanblandning (hos A), så hade C:s sakrättsliga vindikationsanspråk mot A övergått i en fordring hos denne. Det rör sig då i princip om ett anspråk på värdeersättning. Men skadeståndsrätten är också en tänkbar rutt, nämligen om man ser de av A emottagna medlen som en sak som A har skadat genom att avindividualisera dem. Se not 76 nedan.

⁷³ Det hänger samman med att kravet på samband är lägre ställt vid den straffrättsliga bedömningen av om det rör sig om penningtvätt än vad som gäller för sakrättslig surrogation och därmed förenad vindikations- respektive separationsrätt.

⁷⁴ En betydande del av Jans kritik går (här något förenklat) ut på att skadan skulle ha uppstått först i och med A:s medverkan. Utifrån att det i själva verket rörde sig om två kontoinsättningar – först skedde en överföring till ett konto i den utomstående X:s namn (X-kontot), sedan några dagar senare till A:s konto – är hans resonemang (som jag uppfattar det) följande. På X-kontot var medlen rättsligt åtkomliga för C. Han hade nämligen rätt att få ut medlen av kontohållaren, eftersom de inte tillhörde vare sig X eller B. Och visserligen hade bedrägeriet lett

gärning som [A] har gjort sig skyldig till minskade påtagligt möjligheterna för [C] att få uppkommen skada reparerad. [A] ska under dessa förhållanden ansvara för den skada som förbrottet (bedrägeriet mot [C]) orsakade.”⁷⁵

Jan menar att med avgörandet har HD infört en positiv ”räddningsplikt”. Så ser nu inte jag det. För det första är prejudikatverkningsarna begränsade till vissa penningtvättbrott (jfr p. 24 i HD:s avgörande). Och för det andra och mer väsentligt så uppkommer inte ansvar genom ”underlåten räddning” utan när ett penningtvättbrott förvärrar möjligheterna för den skadelidande att få en redan uppkommen skada reparerad.

Men framför allt menar Jan att HD blandade samman skadeståndsrätt och straffrätt genom att låta kriminalpolitiska värderingar få genomslag på skadeståndsrättens område.⁷⁶ Det är en beaktansvärd invändning. HD:s skrivningar antyder dock en större påverkan

till en omfördelning av C:s förmögenhet men inte till någon skada; mot de förlorade medlen stod en lika mycket värd fordring hos kontohållaren (hur man skall se på den situationen tål att diskuteras, men det lämnar jag här därhän). HD utgick däremot från att skadan hade uppkommit genom sammanblandningen på X-kontot. Relevansen av att kontot var i X:s namn berörs dock inte av HD. Jag ser det så att det i själva verket var B:s konto. Att B hade låtit lägga upp det i X:s namn utan dennes tillstånd eller ens vetskap saknade i aktuellt hänseende rättslig betydelse (jfr vid not 25 ovan beträffande namnlån). Situationen var alltså att likställa med att kontot hade varit upplagt i B:s namn. Nu hindrar det inte att det skulle kunna tänkas att C hade vindikationsrätt i B:s mot de insatta medlen svarande fordring hos kontohållaren (jfr beträffande separationsrätt mitt tillägg i ”Saras pengar” NJA 2009 s. 500). Men även så hade A:s kontomedverkan ingen betydelse för vare sig uppkomsten eller storleken av C:s skadeståndsfordring hos B. Man måste skilja mellan en skadeståndsfordrings uppkomst på den ena sidan och reparation genom dess infriande på den andra. A hade genom sitt handlande inte orsakat C:s skada men väl genom sin brottslighet försvarat för C att få betalt för sin skadeståndsfordring. Och det är den aspekten som här intresserar.

⁷⁵ Det rör sig alltså inte om ett ansvar för skada som penningtvättaren A har orsakat genom sin brottslighet utan om ett ansvar för skada till följd av B:s förbrott, dvs. en utökning av ansvarskretsen. Som jag ser det handlar det om medansvar med regressrätt mot den som har förövat förbrottet (dvs. ett ansvar av i princip samma slag som B antogs ha i den situation som diskuteras i anslutning till ”Gillette”). Men kan uttrycka det så att den skadelidande C har fått en förstärkning av sina reparationsmöjligheter.

⁷⁶ I det sammanhanget anmärker Jan på en del av HD:s skrivningar. Jag har i nu ganska många andra sammanhang framhållit, och jag upprepar det här, att god prejudikatbildning förutsätter ett konstruktivt samtal mellan HD och rättsvetenskapen. Vad HD skriver är inte alltid perfekt. Det goda samtalet främjas då av en intentionslojal läsning och förståelse. Jan anmärker bl.a. på vad HD skriver i punkt 14 och vill få det till en ”olycklig utveckling” av SkL 2:2. Det har naturligtvis HD inte menat, vilket klart framgår i ljuset av andra samtida rättsfall. Och HD:s formulering ger heller inte grund för anklagelsen. HD skrev att beträffande frågan huruvida ”ett förmögenhetsbrott varigenom en enskild har avhånts viss egendom har inneburit skada i skadeståndsrättslig mening”, så har den ”straffrättsliga kvalificeringen [...] ingen betydelse”. Om

än vad åtminstone jag menar bör läsas in i avgörandet.⁷⁷ För egen del menar jag att det ytterst rörde sig om ett normativt ställningstagande som ligger i linje med sådan betydelse som HD i andra fall har tillmätt kvalificerat otillbörligt handlande. Och ett ställningstagande till vad som är kvalificerat otillbörligt kan mycket väl bygga på värderingar som också ligger till grund för kriminalpolitiken.

Resultatet blev under alla förhållanden att det skadeståndsrättsliga ansvaret för förbrottet (som A inte hade begått) placerades hos A (vid sidan av bedragaren B). Möjligen pekar rättsfallet i riktning mot en mer generell princip av innebörd att en ansvarsplacering i form av medansvar för en färdig skada orsakad av annan kan uppkomma på normativa grunder, nämligen vid en kvalificerat otillbörlig befattning med det skadegörande handlandet eller dess verkningar.

det måste väl enighet råda. Och det är själva huvudpoängen med punkt 14. Därefter tillades dock – ganska onödigt egentligen – att den ”straffrättsliga kvalificeringen[s]” enda betydelse låg i att det ifrågasatt brottet (inte kvalificeringen) utgjorde ”en skadeståndsrättslig ansvarsgrund”. Jan påpekar med fog att den ”straffrättsliga kvalificeringen” inte styr den skadeståndsrättsliga bedömningen. Men vad som sägs är – åtminstone vid en intentionslojal läsning – endast att den gärning som kvalificerar för ett tillgreppsbrott (dvs. ”brottet”) också utgör en skadeståndsrättslig ansvarsgrund; jfr formuleringen i p. 28, där det talas om ”penningtvättsgärning” (märk i sammanhanget också ”Mottagarkontona” NJA 2020 s. 344 p. 15, 16 och 42). Och visst: ifall HD hade anat Jans kritik skulle man förmodligen ha uttryckt sig på ett annat sätt. Men om man nu skall tala om någon ”olycklig utveckling” så menar jag att den i aktuellt hänseende ligger i att HD:s skrivningar alltför ofta först övertolkas och sedan kritiseras. Det främjar inte god rättsutveckling. – Här en liten parentes rörande ”Mottagarkontona”, där något skadestånd inte utgick eftersom A inte dömdes ”för att efter sitt mottagande av pengarna ha överfört dem till andras konton” och alltså inte hade försämrat B:s möjligheter att ”återfå pengarna”. Skrivningen antyder att deliktet skall kunna kvalificeras som brott för att berättiga till skadestånd. Men frågan är om det måste vara så. Om C var vindikationsberättigad vid A:s mottagande (medlen hade då kvar sin sakrättsliga identitet; notera att det sakrättsliga specialiseringskravet är strängare än det penningtvättsrättsliga härrörandekravet), så kan man nog se det som en sakskada (och alltså inte som någon sådan ren förmögenhetsskada som avses i SkL 2:2). Jfr Lindskog Betalning 11.4.1.1. En annan sak är att det i ett sådant fall ligger närmare till hands att kräva värdeersättning (det antas att identifierbarheten har upphört i A:s hand; om inte, så har C separationsrätt). Jfr not 72 ovan. De i målet redovisade omständigheterna ger dock inte klart vid handen huruvida C vid A:s mottagande var vindikationsberättigad, men möjligen var det så (märk p. 16 liksom att HD talade om ”pengarna” i bestämd form). Man kan nog tycka att C av tingsrätten borde ha uppmärksammat på den möjliga rättsliga betydelsen av bestående identifierbarhet (jfr JK:s beslut den 26 november 2019 Dnr 2420-19-4.3.2), men i HD var det knappast motiverat med någon sådan processledning.

⁷⁷ När det exempelvis i punkt 26 hänvisas till ”kriminaliseringens skyddsändamål” (jfr även ”Mottagarkontona” p. 26) kan det ge intryck av straffrättspolitiska överväganden har beaktats. Men snarare skall man nog förstå det så att vissa normativa överväganden som tillmäts betydelse i kriminaliseringshänseende också kan vara att beakta inom civilrätten. Se vidare det följande.

Man kan ha invändningar mot såväl det synsättet som min tolkning av rättsfallet. Om nu A på grund av kvalificerad otillbörlighet skulle ansvara för skada som B har orsakat utan att ansvaret kan fotas på den skadeståndsrättsliga normalordningen, handlar det då inte om en kriminalisering i civilrättslig dräkt?

”En trojansk häst!”, skulle kanske Jan utropa. Med sin sonora stämma och med pulserande öronsnibbar. Sedan han först gjort en dramatisk handrörelse för att förvarna om det viktig han stod i beredskap att säga. ”Skadeståndsrätten är och måste vara ...”.

Jo, man har nog anledning att vara försiktig med att utsträcka kretsen av ansvariga genom att ersätta kravet på eget orsakande med kvalificerat otillbörlig befattning avseende sådant som är hänförligt till skadegöraren. Men någon kriminalisering rör det sig inte om och, som sagt, det finns gränser för vad rättsordningen bör tåla, också när lagstöd saknas.

9. AVRUNDNING

Trojanska hästar, falska flaggor och annat. En kollega framhöll en gång att det fina med festskriftsartiklar är att man får diskutera lite runt som man vill, bara man inte trampar festskriftsföremålet på tårna.⁷⁸ Och visst blev det en seglats utan något egentligt mål. Men någon gång måste man gå i hamn, och det får bli här. Kanske resan inte heller hade någon större mening. Utom att hylla Jan förstås. Men man vet ju inte. Måhända kan något inspirera till någon gensaga, som kan leda vidare.

I mitt inre sätter jag mig nu på en pollare vid kajkanten. Det gungade till när jag först kom i land; färden blev längre än jag hade tänkt mig. Det blev visst ända till Rindö. Och där kommer ju Jan! Bomullskavaj, uppknäppt skjorta, vida blå sommarslacks och en elegant stukad bredbrättad panamahatt på hjässan. Med ett lite spetsfundigt leende, säger han: ”Inte visste jag att du var en sådan snedseglare!”

⁷⁸ Här har jag kanske syndat något när det gäller ”Det utlånade kontot”, men på den andra sidan så hör ju lite smågräl till Jans och mina umgängesvanor.

Han har läst vad jag skrev om det ”Det utlånade kontot” tänker jag och svarar: ”Snedsegel är en segelsättning. Skall vi ta en tur?”

Men inte så.

”Nej, nej, jag håller mig på landbacken. Du har säkert ingen försäkring som täcker allt otäckt som kan hända. Följ i stället med hem och ät med Maria och mig. Det finns så det räcker till några till.”

Att det räcker till vet jag av erfarenhet.

Så börjar vi gå. Men plötsligt stannar Jan till, ser mig uppfordrande i ögonen och stramar upp sig. ”Du”, säger han och pekar med sitt finger på mig ... och så är det igång. ”Nu är ju straffrätt något annat än skadeståndsrätt. Och framför allt är skadeståndsrätt något annat än straffrätt! Hur kan då HD, och du var ju med, påstå ...”.

Ungefär sådär har det varit i många år. Men det är inte fel. Motståndets bryn skärper tanken. Tack Jan! För de många mothuggen i våra meningsutbyten. Och även för mycket annat. Men jag hoppas att det inte är slut än. Pandemitider till trots.