

GERTRUD LENNANDER

Rättsmissbruk genom att dra fördel av eget illojalt agerande¹

I svensk rätt finns inte någon etablerad rättsmissbrukslära, i motsats till vad som är fallet i flera andra länder. Motsvarande tankar kan ändå ha betydelse i rättstillämpningen. I artikeln behandlas en form av rättsmissbruk som går ut på att någon drar fördel av sitt eget illojala beteende genom att utnyttja ett rättsläge som han själv har skapat på ett klandervärt sätt. Bl.a. analyseras ett antal rättsfall där HD kan sägas ha tillämpat en princip om ett förbud mot sådana förfaranden, även om detta inte närmare har utvecklats i domskälen.

GERTRUD LENNANDER, F.d. justitieråd, tidigare professor i civilrätt vid Stockholms universitet, Senior Research Fellow vid Stockholm Centre for Commercial Law, gertrud.lennander@telia.com

1. INLEDNING

En allmän rättsprincip som jag stött på vid olika tillfällen under årens lopp går ut på att det inte är tillåtet att först på ett klandervärt sätt åstadkomma ett rättsläge och därefter återopa detta till sin egen förmån. Kort skulle man kunna uttrycka det så att man inte får dra nytta av sitt eget oredliga eller illojala agerande.² Ett enkelt grundläggande exempel föreligger då en arvinge tar sin arvtant av daga och därefter gör anspråk på arvet.³ Ett annat exempel skulle kunna vara att en gäldenär på ett ohederligt eller otillbörligt sätt

¹ Artikeln har tidigare varit publicerad i Festskrift till Stefan Lindskog, Jure, 2018, s. 421–440. De opublicerade domar vartill hänvisas i not 18 och 56 och i rubriken till avsnitt 9.6 finns numera återgivna i NJA 2017 s. 1195 och RH 2017:36.

² I det följande används företrädesvis termen illojal men också oredlig. Alternativa uttryck kan vara rättsstridig, otillbörlig, ohederlig eller, sammanfattningsvis, klandervärd.

³ Detta fall är också lagreglerat, se 15 kap. 1 § ärvdabalken.

lyckas komma över en fordran mot borgenären och därefter begär att få kvitta denna fordran mot sin skuld. Principen kan i dessa och liknande fall leda till att den agerande inte får någon framgång med sitt anspråk.

Vad är detta för princip, frågar sig någon säkert. Varifrån kommer den? Har den överhuvudtaget någon självständig betydelse? Vad har principen i så fall för närmare konturer? Kan den beläggas i svensk rätt? Vid försöket att besvara dessa frågor får jag i det följande bl.a. anledning att uppmärksamma ett antal rättsfall där Stefan Lindskog, som är föremålet för denna hyllning, antingen har deltagit som domare eller också har behandlat, i vissa fall rent av brottats med, någonstans i sin rika produktion.

Ofta rör det sig i sådana här sammanhang om en äldre rättsprincip, med rötter i främmande rätt, ytterst romersk rätt eller åtminstone den tyska pandekträtten och de stora kontinentala lagverken, dvs. främst BGB men även Code civil, vilken lever kvar som ett mer eller mindre omedvetet arv och än i dag kan ha inflytande på vår rättstillämpning. För att hitta principens ursprung kan det således vara värt att rikta blickarna åt detta håll.

2. RÄTTSMISSBRUK. SVENSK RÄTT, ALLMÄNT

Att det här är fråga om någon form av rättsmissbruk är inte någon långsökt slutsats.

Rent generellt kan rättsmissbruk sägas föreligga då en part utövar en rättighet för att tillgodose ett intresse som är ett annat än det vilket rättsordningen avsett att skydda och som inte kan godtas.⁴ Det kan dock tilläggas att någon sträng begränsning till missbruk av "rättigheter" knappast behöver föreligga.⁵

Rättsmissbruk kan ta sig olika uttryck. Extremfallet är vad som brukar kallas chikan, dvs. utövande av en rättighet uteslutande i

⁴ Denna definition är hämtad från Generalklausulutredningens betänkande, SOU 1974:83 s. 155. Även andra definitioner finns. Jens Evald, Retsmisbrug i formueretten, Khvn 2001, (cit. Evald) s. 3, uppställer som en förenklad definition att någon använder en rättsposition för att uppnå en fördel för sig själv eller annan, som inte är förutsatt eller avsedd med rättigheten.

⁵ Jfr Jori Munukka, "Rättsmissbruk. En rättsfigur under framväxt", Stockholm Centre for Commercial Law, Årsbok I, Sthlm 2008, (cit. Munukka, Årsbok I) s. 135 ff. på s. 164.

syfte att åsamka motparten förlust och förtret.⁶ En annan variant föreligger när någon utnyttjar en rättighet eller rättsställning, som han formellt har, på ett kvalificerat otillbörligt sätt.⁷ I Sverige har begreppet hittills främst brukats i den begränsade betydelsen att beskriva kringgående av lag, men innebörden sträcker sig längre än så.⁸ Att kunna stävja rättsmissbruk är naturligtvis viktigt ur flera aspekter, där bl.a. rättsekonomiska synpunkter gör sig gällande, och det kan ske på olika sätt. Något rättsinstitut benämnt rättsmissbruk eller någon etablerad rättsmissbrukslära finns emellertid inte i svensk rätt, i motsats till vad som är fallet i flera andra länder, och företeelsen som sådan har inte heller blivit så uppmärksammas i Sverige som den blivit på andra håll. Först i samband med lojalitetsprincipens framväxt tycks intresset ha väckts till liv.⁹ Man skulle kunna säga att rättsmissbruksidén har varit tämligen osynlig, men tveklöst ändå närvarande vid rättstillämpningen, t.ex. vid tolkning av lag och avtal.¹⁰

3. UTLÄNDSK RÄTT, INLEDNING

Institutet rättsmissbruk har sina ursprungliga rötter i romarrättens *exceptio doli*, men har framför allt utvecklats genom pandekträtten. Det är fast förankrat i tysk rätt, men även i fransk rätt, liksom i bl.a. schweizisk och österrikisk rätt. I engelsk rätt har någon generell lära om rättsmissbruk inte utvecklats. En stor del av de områden som täcks av den kontinentala rättsmissbruksläran täcks i England i stället av andra rättsinstitut, t.ex. estoppeldoktrinen och equityläran. I Norden har frågor om rättsmissbruk väckt störst intresse framför

⁶ SOU 1974:83 s. 155.

⁷ Jfr t.ex. Stefan Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag, Zeteo 2016-09-07, avsnitt 3.8-7.1.

⁸ Munukka, Årsbok I, s. 135 och 162.

⁹ Se särskilt Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, Sthlm 2007, (cit. Munukka, Lojalitetsplikt) s. 101 ff. och Årsbok I, s. 135 ff. Från äldre rätt kan hänvisas till Östen Undéns uppsats "Om rättsmissbruk eller s.k. chikan", JFT 1938 s. 10 ff. Undén sätter här likhets-tecken mellan rättsmissbruk och chikan.

¹⁰ Det kan här vara tillräckligt att hänvisa till Stefan Lindskogs tillägg för egen del i NJA 2017 s. 601.

allt i Norge men också i Danmark, där Jens Evald publicerade en monografi i ämnet år 2001.¹¹

4. TYSK RÄTT ANGÅENDE RÄTTSMISSBRUK, GENERELLT

Den tyska rättens genomarbetade syn på rättsmissbruk som rättsfigur gör denna särskilt intressant.¹² Någon preciserad definition av begreppet ställs inte upp, utan rättsmissbruk anses föreligga när age- randet strider mot det krav på ett handlande i enlighet med tro och heder som anges i den grundläggande generalklausulen i BGB § 242.¹³ Bedömningen av om det förhåller sig på detta sätt i ett visst fall beror på de konkreta omständigheterna och en noggrann intres- seavvägning måste alltid göras.¹⁴

Så långt förefaller gränserna för vad som utgör rättsmissbruk något flytande, men institutet har fått betydligt skarpare konturer genom att det i teori och praxis utkristalliserats en rad ”fallgrup- per” som konkretiserar användningsområdet. På grundval av dessa grupper har det också utvecklats olika dogmatiska satser för de olika fallen av rättsmissbruk. Dessa rättssatser utgör emellertid inga egentliga regler, utan är mer att se som riktlinjer för hur liknande fall kan bedömas, och de kan alltså utvecklas och kompletteras.¹⁵

Allmänt sett görs en skillnad mellan institutionellt och individu- ellt rättsmissbruk. Med institutionellt missbruk menas att använd- ningen av ett rättsinstitut leder till ett resultat som inte kan godkän- nas, medan det individuella rättsmissbruket hänför sig till partens

¹¹ Se ovan not 3. Se angående utländsk rätt vidare nedan.

¹² Se till det följande särskilt Josef Esser, *Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. fortgeführt von Eike Schmidt, Heidelberg, 1984, (*cit. Esser*) s. 145 ff.; Dirk Looschelders och Dirk Olzen i J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Berlin 2015, (*cit. Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar*), § 242 Randnummer (Rn) 210 ff.; Günter H. Roth i Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 5. Aufl., München 2007, (*cit. Roth i Münchener Kommentar*), § 242 Rn 176 ff.; Evald s. 107 ff.

¹³ Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 216; Evald s. 111.

¹⁴ Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 219; Roth i Münchener Kommentar, § 242 Rn 182; Evald s. 111.

¹⁵ Esser s. 150 och 154; Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 219; Roth i Münchener Kommentar, § 242 Rn 182; Evald s. 111 och 116.

agerande i det enskilda fallet.¹⁶ Det institutionella missbruket behandlas huvudsakligen i samband med respektive rättsinstitut, t.ex. frågan om ansvarsgenombrott i bolagsrätten, men beaktas också inom ramen för generalklausulen i BGB § 242,¹⁷ dit även det individuella rättsmissbruket brukar föras. Det finns emellertid också ett antal lagbestämmelser som ger särskilt uttryck för ett sådant förbud. Det kan här vara tillräckligt att hänvisa till BGB § 226 angående chikan och § 2339 (1) angående mord och annan påverkan på arvlätare. De speciella reglerna ska då naturligtvis tillämpas i första hand.¹⁸

När det gäller beskrivningen av de olika fallgrupperna föreligger ingen egentlig enhetlighet mellan olika författare, vare sig beträffande terminologi eller beträffande indelning. Detta hindrar dock inte att man kan få en ganska god bild av rättsläget. Som särskilt intressanta ur svensk synvinkel kan följande fallgrupper nämnas.

En fallgrupp kan föras in under satsen att *man inte får handla i strid mot sitt tidigare agerande*, ofta benämnt med den latinska terminologin "venire contra factum proprium". Man får inte överrumpla motparten. Hit hör bl.a. den situationen där en part hävdar ett anspråk efter att först ha underlåtit att göra sin rätt gällande, eller att komma med någon invändning, och detta under så lång tid att motparten trott att den andre inte hade några anspråk och inrättat sig efter det.¹⁹ I dessa fall är alltså partens tidigare agerande i och för sig klanderfritt, men inte det efterföljande, och förhållningssättet blir alltså illojalt.

Partens aktuella agerande kan också vara klandervärt i sig, utan hänsyn till tidigare händelser. Här har vi en grupp med fall som sammanfattats i satsen att *man inte får utöva sin rätt när man inte har något som helst egenintresse av det, eller om egenintresset är obetydligt i förhållande till motpartens*, och motparten därför är betydligt mer

¹⁶ Esser s. 146 ff., särskilt s. 149; Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 217; Roth i Münchener Kommentar, § 242 Rn 185.

¹⁷ Roth i Münchener Kommentar a.st.

¹⁸ Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 220 och t.ex. 244

¹⁹ Esser s. 150 ff.; Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 284 ff.; Roth i Münchener Kommentar, § 242 Rn 188 och 255 ff.; Evald s. 303 ff. – Jfr här beträffande svensk rätt t.ex. Högsta domstolens dom den 29 december 2017 i mål T 1451-17 p. 14 och NJA 2002 s. 630 med hänvisningar samt minoriteten i NJA 2015 s. 186.

skyddsvärd. Under denna rubrik kan i och för sig även chikan föras, men denna form av rättsutövning behandlas separat i BGB § 226 som därför tillämpas i stället för § 242.¹⁹ En annan grupp, som också hänför sig till partens aktuella agerande, innefattar fall där det framgår att *part ska utöva sin rätt på ett rimligt och lojalt sätt*.²¹

Rättsmissbruk kan vidare föreligga, inte i första hand på grund av hur parten beter sig i nuläget, utan huvudsakligen till följd av hans tidigare handlande, vilket står i faktiskt eller rättsligt samband med hans aktuella uppträdande ("exceptio doli praeteriti"). Denna princip går ut på att man *inte får dra fördel av sitt eget oredliga handlingssätt*. Här åsyftas fallgruppen "Unredliches Rechtserwerb", vilken innefattar fall där en part har förvärvat sin rättssposition på ett oredligt sätt, eller också oredligt saboterat motpartens rätt, och därefter åberopar det uppkomna rättsläget till stöd för sitt nuvarande anspråk eller agerande överhuvudtaget.²²

Här återfinns alltså förebilden för den efterfrågade principen! Förbud mot rättsmissbruk genom "oredligt rättsförvärv" är vad det handlar om.

5. TYSK RÄTT ANGÅENDE OREDLIGT RÄTTSFÖRVÄRV

Principen att ingen ska få dra fördel av sitt eget illojala beteende innebär att en part inte får åberopa sig på ett rättsläge som han själv har åstadkommit eller förhindrat, i båda fallen på ett sätt som strider mot tro och heder. Hans position är inte skyddsvärd. Närheten till ogiltighetsgrunden svek är tydlig.²³ Numera motiveras principen med likhetsgrundsatsen. Endast den som själv är redlig kan fordra redlighet av andra. Man hänvisar också till den (omvända) gyllene

²⁰ Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 258 ff.

²¹ Esser s. 155 ff.; Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 277 f. – Förhållandet mellan rättsmissbruk och lojalitetsplikt behandlas med avseende på svensk rätt framför allt av Munukka, Lojalitetsplikt, s. 101 ff. och Årsbok I, s. 135 ff., särskilt s. 142 ff.

²² Esser s. 154; Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 237 ff.; Roth i Münchener Kommentar, § 242 Rn 217 ff.; Evald s. 115.

²³ Jfr BGB § 853 angående "Einwand der Arglist".

regeln: det du inte vill att man gör mot dig det ska du inte heller göra mot någon annan.²⁴

I BGB § 162 finns en bestämmelse som ger uttryck för den nu beskrivna grundtanken. Bestämmelsen handlar om avtal som innehåller villkor som förutsättning för att ett visst rättsläge ska inträda, uttryckt i två satser: Om den part till vars *nackdel* villkoret gäller förhindrar att villkoret inträder, på ett sätt som strider mot tro och heder, så blir följden att villkoret gäller som om det hade uppfyllts. Om den part till vars *förmån* villkoret gäller ser till att det blir uppfyllt, på ett sätt som strider mot tro och heder, så blir följden att villkoret inte anses uppfyllt.²⁵

När det gäller rättsmissbruk genom oredligt rättsförvärv stöder sig många på en analog användning av just § 162. Bestämmelsen tillämpas också vidsträckt; den har släktskap med generalklausulen i § 242.²⁶ Andra menar emellertid att § 242 är att föredra, bl.a. blir då rättsföljderna flexiblere.²⁷ Vid en tillämpning av § 162 blir rättsföljden rent praktiskt att man fingerar att parterna uppträtt lojalt, alltså inte skadeståndsskyldighet. Till skillnad mot vad som gäller då § 242 används är rättsföljden tvingande och inträder oberoende av den förfördelades vilja.²⁸

De huvudsituationer som är aktuella i förevarande fall är två, dels oredligt förvärv av en rättighet (rättsposition), dels oredligt hindrande (omintetgörande) av motpartens rätt.²⁹ När det gäller den första huvudsituationen kan parten antingen ha förvärvat sin rätt eller rättsposition på ett oredligt sätt eller också kan han ha åstadkommit de erforderliga förutsättningarna för rätten på ett sådant sätt.

Ett *förvärv* av en rättighet är alltid oredligt när det skett på ett sätt som strider mot lag eller goda seder. I många fall är rättshandlingen då ogiltig. Så är det t.ex. om parten gjort sig skyldig till svek

²⁴ Esser s. 154; Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 238.

²⁵ Kursiverat här. Se angående denna bestämmelse Peter Westermann i Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Aufl., München 2015, (*cit. Westermann i Münchener Kommentar*), § 162 Rn 1 ff.

²⁶ Westermann i Münchener Kommentar, § 162 Rn 8

²⁷ Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 235; Westermann i Münchener Kommentar, § 162 Rn 3 och 18 ff.

²⁸ Westermann i Münchener Kommentar, § 162 Rn 2, 3 och 16 f.

²⁹ Esser s. 154; Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 234 och 237.

eller hot, men att det förelegat en sådan ogiltighetsgrund är ingen nödvändig förutsättning för att parten ska anses ha uppträtt oredligt utan det kan räcka att han brutit mot sin ömsesidiga plikt att visa hänsyn mot den andra parten, kort sagt brutit mot sin lojalitetsplikt.³⁰ En part kan vidare åstadkomma *erforderliga förutsättningar* för en rättighet på ett oredligt sätt, t.ex. genom att ta livet av en arvtant. En annan innebörd av principen är att en part inte har rätt att få ett avtal ogiltigförklarat eller upphävt på grund av kontraktsbrott, om han själv är orsak till detta, framför allt om han när orsaken uppstod hade för avsikt att utnyttja rätten till hävning etc. vid ett senare tillfälle.³¹ Parten kan inte åberopa kontraktsbrottet till sin egen fördel.

Den andra huvudsituationen föreligger då en part har *förhindrat eller omintetgjort* en gynnsam rättsposition för motparten. En part kan inte komma undan sina plikter på detta sätt. I stället behandlas motparten som om rättspositionen hade uppstått. Som exempel på fall kan nämnas att ena parten förleder den andra parten att försumma en klagofrist eller att en underhållsskyldig person avsiktligt avstår från inkomst för att sänka storleken på det underhåll han måste betala.³²

Det kan tilläggas att vad som gäller i subjektivt hänseende inte förefaller helt klart; det är ju också fråga om flera olika situationer.³³

6. INSTÄLLNINGEN TILL RÄTTSMISSBRUK OCH OREDLIGT RÄTTSFÖRVÄRV I VISSA ANDRA RÄTTSSYSTEM

Schweizisk rätt har särskilt intresse i detta sammanhang bl.a. av det skälet att det i den schweiziska civillagboken, Schweizer Zivilgesetzbuch, ZGB, finns intaget ett uttryckligt förbud mot rättsmissbruk. I

³⁰ BGB §§ 123, 134 och 138. Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 239 ff.

³¹ Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 243.

³² BGB § 162 (1) och t.ex. §§ 815 och 853. Esser s. 154; Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 245 ff.

³³ Se t.ex. Looschelders och Olzen i Staudingers Kommentar, § 242 Rn 241; Roth i Münchener Kommentar, § 242 Rn 218 och, beträffande rättsmissbruk i allmänhet, Rn 187; Westermann i Münchener Kommentar, § 162 Rn 10.

artikel 2 andra stycket anges sålunda att ett uppenbart missbruk av en rätt inte har något rättsskydd.³⁴ I första stycket finns dessutom ett krav på att var och en, när han utövar sina rättigheter eller uppfyller sina plikter, måste handla i enlighet med tro och heder.³⁵

Den schweiziska rättens inställning till rättsmissbruk ligger nära den tyska rättens.³⁶

I läran om rättsmissbruk återfinns samma grundsats om oredligt rättsförvärv som i tysk rätt. Kännetecknande för denna grundsats är, att rätten har förvärvats på ett oredligt, illojalt eller ohederligt sätt och att rättighetshavaren försöker att dra fördel härav, t.ex. när en kontraktspart åberopar sitt eget kontraktsbrott som grund för att häva ett kontrakt.

Ett förbud mot oredligt rättsförvärv finns även i *Österrikisk* rätt. Utvecklingen i Österrike är i flera hänseenden besläktad med utvecklingen i tysk rätt. Läran om rättsmissbruk är dock mindre utvecklad och någon kongruensföreligger inte.³⁷

Även i *Frankrike* har domstolarna erkänt läran om rättsmissbruk. Den franska rättsmissbruksläran är dock snävare än den tyska, schweiziska och österrikiska och går i princip inte mycket längre än till ett chikanförbud, som primärt har användning inom förmögenhetsrätten (skadeståndsrätten).

Oredligt rättsförvärv, liksom även andra av de fallgrupper som ställs upp i tysk rätt, ligger utanför rättsmissbruksläran i Frankrike.³⁸

I *Engelsk* rätt finns däremot inte någon generell lära om rättsmissbruk. Men som ovan nämndes täcks en stor del av de områden som ingår i den kontinentala rättsmissbruksläran i stället av andra rättsinstitut, t.ex. estoppeldoktrinen och equity-läran. Av equitylärans maximer kan två sägas motsvara oredligt rättsförvärv, nämli-

³⁴ "Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz."

³⁵ "Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln." Jfr BGB § 242.

³⁶ Se Evald s. 117 ff. och 140.

³⁷ Evald s. 124, 127 och 140.

³⁸ Evald s. 127 ff. och 140.

gen "He who seeks equity, must do equity" och "He who comes into equity, must come with clean hands".³⁹

Till sist kan nämnas att också *EU-rätten* innehåller en princip om rätts- missbruk (förfarandemissbruk), vilken senast belysts i *EU-domstolens dom den 22 november 2017 i mål Cussens m.fl.*, C-251/16, EU:C:2017:881. EU-domstolen framhåller att principen grundas på dess fasta praxis och att det av denna praxis framgår bl.a. att tillämpningen av unionsbestämmelser inte kan utsträckas till att omfatta sådana förfaranden från en näringsidkares sida som utgör missbruk av rättigheter. Domstolen tillägger att det förhållandet att någon nekas en rättighet eller en sökt förmån, på grund av att han har gjort sig skyldig till rättsmissbruk eller bedrägeri, helt enkelt är en konsekvens av att förutsättningarna för att få rättigheten eller förmånen inte är uppfyllda, när det förelegat sådant missbruk, och att det alltså inte krävs någon särskild grund för att neka rättigheten eller förmånen i ett sådant fall. Domstolen klarlägger vidare att principerna om rättssäkerhet och skydd för berättigade förväntningar inte kan skydda en person som har skapat förutsättningarna för att erhålla en rättighet på ett otillbörligt eller bedrägligt sätt.⁴⁰

7. EN OKODIFIERAD RÄTTSPRINCIP I SVENSK RÄTT

I enlighet med det som nu sagts skulle man även för svensk rätts del kunna identifiera en princip som tar sikte på den form av rättsmissbruk som innebär att någon försöker dra fördel av sitt eget oredliga eller illojala agerande. Denna princip skulle rent allmänt kunna sägas innebära ett förbud mot att utnyttja ett rättsläge som vederbörande själv har skapat på ett klandervärt sätt. Det kan vara fråga om skapande av en rättighet eller av omständigheter som ligger till grund för uppkomsten av en rättighet eller också om ett förhinder eller omintetgörande av en rätt för motparten till fördel för den

³⁹ Evald s. 135 ff., 141 och 308 f. – Se också beträffande principen "No man may profit from his own wrong" i *amerikansk rätt*, Evald s. 308 och densamme, Juridisk teori, metode og videnskab, Khvn 2016, s. 86.

⁴⁰ Se domen, särskilt punkterna 27, 29, 31, 32, 39 och 43. Domen refereras och kommenteras även av Peter Krohn i Karnov nyheter, publicerat 2017-12-11.

agerande själv. Det är således resultatet av "orättshandlingen"⁴¹ som åberopas och utnyttjas. Det klandervärda är att först på något sätt utföra en orättshandling och därefter åberopa, dvs. utnyttja resultatet. Båda momenten är nödvändiga. Principen går ut på att detta kan vara rättsmissbruk och som sådant otillåtet.

Situationen skiljer sig från t.ex. det fallet att en lagregel eller avtalsklausul tillämpas på ett otillbörligt sätt, t.ex. väldigt formalistiskt. I så fall ligger det otillbörliga enbart i nutid.⁴² Inte heller omfattas den grupp fall, där en skada som begärs ersatt, är helt eller delvis *självförvållad*. För att ta bara ett exempel bland många kan nämnas ett yrkande om skadestånd för långsam handläggning där vederbörande själv bidragit till förseningen.⁴³ Bedömningen kan då leda till att det inte föreligger "dröjsmål" i aktuell mening, men här är det alltså inte fråga om ett medvetet skapande av en rätt till skadestånd, utan ett handlande mer på culpös medvållandenivå. Ett medvållande kan leda till att ett skadestånd jämkas, men det är inte rättsmissbruk om inte agerandet sker *för att* sedan kunna ligga till grund för ett förmånligt yrkande.

För att det ska vara fråga om rättsmissbruk i de nu aktuella fallen bör det, såvitt jag kan bedöma, i princip krävas ett illojalt syfte, som förelegat redan vid det första momentet, dvs. då rättsläget uppkom. Det kan i vart fall inte vara tillräckligt att den agerande endast gjort sig skyldig till vanlig culpa. Det bör alltså i princip krävas ett avsikt-

⁴¹ Termen "orättshandling" (jfr ogärning) används av Stefan Lindskog och Dag Mattsson i deras skiljaktiga mening i NJA 2017 s. 189.

⁴² Friskrivning från uppsåt och grov culpa hör normalt sett inte heller hit. Den som vill göra gällande friskrivningen åberopar inte den uppsåtliga handlingen, utan friskrivningsklausulen, och orättshandlingen har inte gjorts för att få åberopa klausulen. Det skulle dock i och för sig kunna tänkas att själva friskrivningen utgör en orättshandling.

⁴³ Se t.ex. NJA 2012 s. 211 (I), Högsta domstolens dom p. 27, 29 och 34.

ligt handlande, inriktat på att åstadkomma en viss effekt.⁴⁴ Det ska ju vara fråga om ett klandervärt agerande, en orättshandling.

Det är viktigt att framhålla att det inte rör sig om en rättsregel utan om en allmän rättsprincip, en riktlinje, som kan tas i beaktande vid rättstillämpningen. Den kan användas antingen självständigt eller som ett moment vid tolkning och tillämpning av lag och rättspraxis. I varje enskilt fall måste omständigheterna beaktas och en intresseavvägning göras.

Rättsföljden varierar med den situation det är fråga om. Generellt sett blir resultatet att "rättsmissbrukaren" inte kan återopa det uppkomna rättsläget och, i förekommande fall, att hans begäran eller yrkande, grundat på detta, avslås.⁴⁵

8. ÄR PRINCIPEN FÖR ALLMÄN OCH FÖR UPPSLUKAD I LAGREGLER OCH RÄTTSPRAXIS? SJÄLVSTÄNDIG TILLÄMPNING AV EN RÄTTSPRINCIP OM OREDLIGT RÄTTSFÖRÄRV

En invändning som förmodligen har legat och pyrt under den föregående framställningen är att den behandlade principen är för omfattande och att den dessutom i mycket stor utsträckning redan har

⁴⁴ Jfr Kurt Grönfors, "Missbruk av privaträttens regler", JT 1993–94 s. 170 ff., som på s. 172 talar om att någon uppenbart missbrukar systemets regler till sin egen vinning och annans skada; och Lars Heuman, "I vilken mån bör rättens tolkningsverksamhet vara parts- eller domstolsvänlig?", JT 1999–2000 s. 559 ff., som på s. 561 framhåller att det är tänkbart att Högsta domstolen utan stöd av lag kan ställa upp principer som ska förhindra ett processuellt missbruk, men att dessa regler och principer ofta är svåra att tillämpa, eftersom det krävs att rätten finner utrett att någon handlat illojalt eller haft ett otillbörligt syfte. Jfr även det krav på kvittningssyfte som Stefan Lindskog ställer upp, Kvittning, Om avräkning av privaträttsliga fordringar, 3 uppl. 2014, (cit. Lindskog, Kvittning), avsnitten 11.1.2.1, 11.1.3.2 och 11.3.1.1. Se vidare nedan.

⁴⁵ Som ett exempel på en speciell rättsföljd skulle följande kunna nämnas. Antag att en blivande konkursgäldenär i samförstånd med "borgenären" falskeligen medger en fordran varom borgenären väckt talan, vilket leder till dom. När konkursen sedan inträffar kan borgenären alltså bevaka fordran och få eventuell utdelning. Eftersom det föreligger en dom gäller inte vanliga regler om återvinning eller ogiltigförklaring av rättshandlingar utan vidare. Här finns i stället regler om extraordinära rättsmedel. Emellertid ger situationen ett exempel på ett oredligt rättsförvärv vilket som sådant inte bör få framgång. Rättsmedlet borde i ett sådant fall också kunna bli en återvinningstalan. Jfr Torgny Hästads tillägg i NJA 2002 not C 45.

införlivats i lagstiftningen där den ligger till grund för en mängd rättsregler.

Evald framhåller att förbudet mot att dra fördel av sitt eget oredliga handlingssätt är en naturlig del av varje rättsordning, att det tankegods som utgör grundlag för principen genom historien har varit vägledande för rättsutvecklingen och att förbudet kommer till uttryck inom snart sagt alla delar av privaträtten där exemplen på lagreglerade fall är legio. ”Förbudet mot oredligt rättsförvärv har bildligt talat haft sin storhetstid, och förbudet har efterlämnat ett system av rättsregler, vilket betyder att förbudet i dag lever en tillbakadragen tillvaro, eftersom det – som en del av den oskrivna rätten – mister terräng när lagstiftaren uppställer positiva rättsregler.”⁴⁶

Av dessa skäl, som också leder till att principen riskerar att bli alldeles för omfattande, tar *Evald* inte med ”oredligt rättsförvärv” i sin rättsmissbrukslära. Inte heller *Munukka* inkluderar oredligt rättsförvärv i sina grupper av typfall av rättsmissbruk.⁴⁷ Inställningen är som framgått ovan densamma i fransk rätt. Å andra sidan ingår förbudet mot oredligt rättsförvärv i rättsmissbruksläran i tysk, schweizisk och österrikisk rätt.

Det är naturligtvis lätt att hålla med om att principen om oredligt rättsförvärv har en grundläggande betydelse och att detta framför allt visar sig genom att den kommer till uttryck i en rad lagregler. I alla dessa fall saknas anledning att återropa principen som sådan. När principen har upptagits i en lagbestämmelse har den därmed förlorat sin självständiga betydelse. Motsvarande gäller för övrigt de regler som utformats i rättspraxis.

Till de lagregler där principen på detta sätt finns i bakgrunden hör inte minst ogiltighetsreglerna i avtalslagen. Den part som orsakat ogiltigheten kan naturligtvis förhindras att återropa rättshandlingen. Grundtankarna bakom principen bör samtidigt leda till att den part som orsakat ogiltigheten inte heller kan återropa ogiltighets-

⁴⁶ Evald s. 308 f. och 340 f., citatet från s. 309 (i original på danska).

⁴⁷ Munukka, Lojalitetsplikt s. 106 ff. och Årsbok I s. 145 ff. Vissa av hans exempel kan dock i och för sig hänföras under denna princip.

grunden för att komma ifrån avtalet.⁴⁸ Bland ogiltighetsgrunderna intar svek en framträdande roll och det finns som bekant ett flertal ställen i lagstiftningen där svek i olika former regleras.

Som andra exempel på lagrum där principen tydligt ger sig tillkänna kan t.ex. nämnas 15 kap. ärvdabalken (15 kap. 2 §, där testamentstagare eller arvinge på ett ohederligt sätt förmått testator att upprätta eller återkalla sitt testamente och 15 kap. 1 §, där arvinge eller testamentstagare uppsåtligen framkallat arvlåtarens eller testators död) och 7 kap. 31 § jordabalken angående kringgående av hyresvärds skyldigheter gentemot andrahandshyresgäst.⁴⁹ Nämnas kan även reglerna i försäkringsavtalslagen (2005:104) om verkan av att försäkringstagaren handlat ohederligt vid fullgörande av sin upplysningsplikt, 4 kap. 2 §, 8 kap. 9 § och 12 kap. 2 §, samt reglerna om förverkande av offentligt ackord vid företagsrekonstruktion, 3 kap. 27 § lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion, och om upphörande av skuldsanering, 48 § skuldsaneringslagen (2016:675). Här kan också hänvisas till ett antal lagbestämmelser som går ut på att en motparts kontraktsbrott inte får återopas om kontraktsbrottet beror på parten själv, t.ex. 22, 30 och 51 §§ köplagen (1990:931). Observeras bör dock att det, som ovan framgått, i princip måste tillkomma ett krav på avsikt i subjektivt hänseende, eftersom rättsmissbruk i form av oredligt rättsförvärv som utgångspunkt förutsätter att kontraktsbrottet begåtts för att sedan kunna utnyttjas.

En sak är emellertid att principen så att säga förgör sig själv genom att först ligga till grund för en regel i lag eller rättspraxis och sedan, när regeln fastslagits, förlora sin självständiga betydelse. Men den intressanta frågan i förevarande sammanhang är dess fristående liv som allmän rättsprincip, för fall som ännu inte blivit lagreglerade eller avgjorda i rättspraxis. Enligt min mening aktualiseras här en rad rättsfall som i realiteten går tillbaka på principen, oavsett hur detta uttryckts.

⁴⁸ Uttalandet i förarbetena till 36 § avtalslagen om att ett avtal kan ogiltigförklaras i sin helhet när ett villkor är oskäligt och att detta med stor försiktighet bör kunna ske även på talan av den part som inte återopar oskäligheten, behöver inte strida mot det sagda. SOU 1974:83 s. 121; prop. 1975/76:81 s. 110.

⁴⁹ Se här NJA 1992 s. 598 och NJA 2003 s. 540.

Intresset inriktas i det följande på fall där Högsta domstolen, utan att luta sig mot någon lagbestämmelse eller annan rättspraxis, synes ha tillämpat principen även om någon uttrycklig hänvisning till denna inte gjorts. I vissa fall har principen t.o.m. tillämpats i strid mot lagens ordalydelse och den har också i andra fall använts vid tolkning och tillämpning av lagen. Att dessa rättsfall sedan i sin tur kan ha gett upphov till nya regler är en annan sak.

9. PRAXISGENOMGÅNG

9.1 NJA 1993 s. 188 (Gillette och konkurrensbegränsningsklausulen)

Gillette, säljare av rakvårdsprodukter, hade ett avtal med bolaget PM avseende vissa säljfrämjande aktiviteter. I avtalet förband sig PM att under viss tid inte utföra tjänster för andra som marknadsförde eller sålde sådana produkter. Sedan Gillette på förekommen anledning vid tingsrätten, enligt 15 kap. 3 § rättegångsbalken, utverkat vitesförbud för PM att utföra säljaktiviteter för Gillettes konkurrent överförde PM sin säljfrämjande verksamhet avseende rakvårdsprodukter, inklusive ca 20 säljare, till sitt systerbolag Manico, vilket därefter återupptog verksamheten. PM och Manico hade samma ägare och samma person som ensam styrelseledamot. Gillette ansökte om stämning på Manico med motsvarande yrkande om vitesförbud som tidigare framställts mot PM. Yrkandet bifölls i alla instanser. Högsta domstolen yttrade:

”Konkurrensbegränsningsklausulen i det mellan Gillette och [PM] träffade avtalet gäller enbart mellan avtalsparterna och kan i princip inte göras gällande mot Manico. Vad som hittills förekommit i målet får emellertid anses ge vid handen att PM och Manico – systerbolag i samma ägares hand och med samma ledning – samverkat i syfte att kringgå konkurrensbegränsningsklausulen. Detta förhållande medför att Gillette har rätt att ställa samma krav på Manico som Gillette tidigare ställt på PM att upphöra med verksamhet i strid mot klausulen. Med

hänsyn härtill och då det kan skäligen befaras att Manico genom att utöva verksamheten avseende rakvårdsprodukterna försvårar utövningen av Gillettes rätt eller väsentligt förringar dess värde föreligger förutsättningar att meddela Manico vitesförbud enligt 15 kap. 3 § RB.”

Enligt 15 kap. 3 § rättegångsbalken kan den som har ett anspråk mot någon annan, vilket är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning, under vissa förutsättningar utverka ett vitesförbud. Problemet i målet var att avtalsklausulen angående konkurrensbegränsning i enlighet med allmänna regler endast gällde mellan parterna, vilket innebar att Gillette inte hade något anspråk mot Manico. Utgången i målet blev emellertid att konkurrensbegränsningsklausulen i detta fall ansågs gälla även mot Manico trots dess ställning som tredje man.

Rättsfallet har tolkats på lite olika sätt i doktrinen.⁵⁰ Att det rör sig om någon form av rättsmissbruk borde dock vara klart. Enligt min mening framstår det som tydligt att Manico gjort ett ”oredligt rättsförvärv” genom att överta verksamheten från ett närstående bolag, med samma ägare och samma ledning, uppenbarligen i det gemensamma syftet att Manico skulle kunna fortsätta verksamheten utan att behöva anse sig bundet av konkurrensbegränsningsklausulen. Manico kunde alltså inte åberopa förvärvet (det åstadkomna rättsläget) på det sätt som parterna tänkt, dvs. som ett normalt neutralt förvärv, utan bolaget ansågs också ha övertagit bundenheten till klausulen. – Agerandet kan samtidigt ses som ett exempel på den andra huvudsituationen vid oredligt rättsförvärv, dvs. som ett försök

⁵⁰ Se t.ex. Grönfors, JT 1993–94 s. 171 f.; Bertil Bengtsson, ”Komplikation eller förenkling – ett civilrättsligt dilemma” i Festskrift till Jan Ramberg, 1996, s. 31 ff. på s. 38; Lars Gorton och Erik Sjöman, ”Negativa förpliktelser och tredje män – särskilt överträdelse av negative pledges i finansiella avtal”, JT 2002–03 s. 504 ff. på s. 512 f. not 35; Munukka, Lojalitetsplikt s. 110 och 441 ff.; Stefan Lindskog, ”Om fattig mans rätt till rättegång” i Festskrift till Lars Heuman, 2008, s. 327 ff. på s. 339 not 29; densamme, Betalning. Om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor, 2014, (*cit. Lindskog, Betalning*), avsnitt 7.1.3.3; densamme, Lagen om handelsbolag och enkla bolag, publicerad i Zeteo 2016-09-07, (*cit. Lindskog, Handelsbolag*), avsnitt 2.17–6.2.6; densamme, ”Straffliknande ekonomiska påföljder utom straffrätten” i Bertil Bengtsson 90 år, 2016, s. 317 ff. på s. 331 f. not 45. Se även NJA 2015 s. 512.

att omintetgöra Gillettes rätt enligt klausulen (jfr avsnitt 9.6 nedan), utfört av tredjeman i samråd med motparten.

9.2 NJA 1995 s. 356 (Kvittning i konkurs; Svenssons Plåtslageri)

Ett plåtslageribolag hade från ett montagebolag övertagit en fordran mot ett fläktbolag avseende leverans av varor. Montagebolaget hade betalat köpeskillingen i förskott. Sedan fläktbolaget vägrat att leverera varorna yrkade plåtslageribolaget återbetalning av köpeskillingen. Fläktbolaget invände då att bolaget hade kvittningsskilla motfordringar till ett större belopp. Det kan tilläggas att motfordringarna gällde mot montagebolaget, som försatts i konkurs, men att de enligt 28 § skuldebrevslagen i och för sig kunde användas till kvittning mot plåtslageribolaget. Även plåtslageribolaget försattes i konkurs, under rättegången i tingsrätten.

Frågan i målet gällde huruvida en fordran på betalning som ursprungligen avsett leverans av varor kunde kvittas mot en penningfordran.

Enligt 5 kap. 15 § konkurslagen (1987:672) kan en fordran som en borgenär får göra gällande i konkursen användas till kvittning mot en fordran som gäldenären hade mot honom när konkursbeslutet meddelades. Detta gäller dock inte om kvittning var utesluten utom konkurs på grund av fordringarnas beskaffenhet. Fordringarna måste vara komputabla, dvs. gå ut på samma slag av förpliktelser. En penningfordran får således inte kvittas mot en fordran på leverans av varor. I målet hade emellertid plåtslageribolagets fordran på varuleverans genom fläktbolagets leveransvägran, som obesträtt utgjorde ett kontraktsbrott, omvandlats till en penningfordran. Här stod alltså två penningfordringar mot varandra, där den ena uppkommit genom motpartens kontraktsbrott.

Efter bl.a. en redogörelse för utländsk rätt framhöll Högsta domstolen: Kvittningsinstitutet ger den kvittande borgenären en favör och denna är särskilt generös vid kvittning i konkurs. ”Mot denna bakgrund *bör för kvittning i princip krävas att kvittningsborgenären inte skaffat sig möjligheten att kvitta under omständig-*

*heter som kommer i konflikt med det allmänna civilrättsliga regelsystemet.*⁵¹ Särskilt gäller detta i fråga om kvittning i konkurs där kvittningen gynnar kvittningsborgenären på borgenärskollektivets bekostnad (jfr härtill 5 kap. 16 § 2 st. KL). – Av detta betraktelsesätt följer att ett kontraktsbrott inte bör kunna leda till fördel i kvittningssammanhang för den som begår kontraktsbrottet. Om ett kontraktsbrott leder till att det uppkommer en situation där kvittning enligt vanliga regler skulle vara tillåten (en naturaförpliktelse ersätts av en penningförpliktelse) bör följaktligen kontraktsbrottet medföra, att tvungen kvittning likväl inte kan genomföras. Saken kan i vissa fall komma i ett annat läge, exempelvis om huvudfordran och motfordran härrör ur samma avtal, eller om kontraktsbrottet beror på hinder utom partens kontroll. Det sagda leder till att Fläktbolaget till följd av fordringarnas beskaflenhet (jfr 5 kap. 15 § 1 st. andra meningen KL) inte har rätt att använda de åberopade motfordringarna för kvittning mot Plåtslageribolagets konkursbos krav på återfående av erlagd köpeskilling.”

Fläktbolaget omvandlade sin skuld avseende leveransskyldighet till en penningsskuld genom att avsiktligt begå ett kontraktsbrott. En bedömning av omständigheterna i målet ger vid handen att leveransvägran med stor säkerhet skett i syfte att möjliggöra en kvittning. Frågan om kvittningssyfte förelegat (eller varit erforderligt) var inte föremål för någon argumentation i målet, förmodligen därför att kvittningssyftet ansågs klart, särskilt eftersom fläktbolaget vägrat leverera först efter det att montagebolaget försatts i kon-

⁵¹ Min kursivering.

kurs.⁵² Även om det inte sägs uttryckligen genomsyras domskälen, i likhet med hovrättens domskäl, av inställningen att fordringsomvandlingen varit illojal. Viss ledning kan erhållas av de generella uttalanden som görs i domen, t.ex. av det ovan citerade uttrycket att borgenären ”skaffat sig” möjligheten att kvitta under omständigheter som kommer i konflikt med det allmänna civilrättsliga regelsystemet och till uttalandet att undantag kan göras om kontraktsbrottet beror på hinder utom partens kontroll. Enligt min uppfattning har ett kontraktsbrott som begåtts på det sätt som skett i målet kort och gott setts som illojalt.

Av intresse i förevarande sammanhang är att konstatera att fläktbolaget skapat ett rättsläge på ett oredligt sätt, då bolaget genom att vägra leverans erhållit en, som det då syntes, kvittningsskuld. Fallet utgör alltså ett exempel på rättsmissbruk genom oredligt rättsförvärv.

Med tillämpning av detta principiella synsätt blir rättsföljden att fordringsomvandlingen inte kan åberopas av fläktbolaget. I stället betraktas fläktbolagets skuld på samma sätt som om det fortfarande varit fråga om en skyldighet att leverera varor. Kvittning var därför utesluten till följd av fordringarnas beskaffenhet.

Slutligen kan tilläggas att situationen med sannolikhet hade varit en helt annan, om det hade varit plåtslageribolaget, eller med andra ord den part som inte kunde beslås med att ha handlat klandervärt,

⁵² Som ovan framgått gällde fläktbolagets motfordringar ursprungligen mot montagebolaget. – I revisionssekreterarens betänkande framhålls att det i målet var utrett att fläktbolaget först efter det att montagebolaget försatts i konkurs vägrat leverera samt att leveransvägran inte varit förestavad av annat syfte än att möjliggöra kvittning. Se också det inledande stycket i referatet i NJA. – Enligt Lindskog bör kvittningssyfte föreligga för att kvittningsrätten ska begränsas på grund av partens otillbörliga agerande. Se Kvittning, avsnitten 11.1.2.1, 11.1.3.2 och 11.3.1.1 med hänvisningar, samt ”Kvittning mot huvudfordring tillskapad genom avtalsbrott”, JT 1995–96 s. 398 ff. En sådan inställning ligger i linje med framställningen ovan. – Även i andra kommentarer till rättsfallet diskuteras hur långt slutsatsen kan dras, se t.ex. Laila Zackariassons rättsfallsöversikt i SvJT 2003 på s. 897 (förhållande av betalning för att kunna kvitta; jfr Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egen dom, 6 uppl. 1996, s. 393) och Munukka, Lojalitetsplikt s. 485 f. (där dock konklusionen blir att även icke uppsåtliga fall av kontraktsbrott omfattas av kvittningsförbudet).

som hade begärt att få kvitta.⁵³ Påföljden av ett oredligt eller illojalt agerande bör endast drabba den som gjort sig skyldig till det.

9.3 NJA 1996 s. 389 (Granskningsman)

Enligt 7 kap. 30 § konkurslagen ska rätten förordna en granskningsman i en konkurs, om en borgenär begär det. Granskningsmannens uppgift är att övervaka förvaltningen av konkursboet på borgenärens vägnar. I rättsfallet lämnades emellertid ett sådant yrkande utan bifall, eftersom det ansågs uppenbart oförenligt med regleringens ändamål.

Omständigheterna i fallet var i korthet följande. Den borgenär som begärde granskningsman, bolaget Red Line, förvärvade sin fordran mot konkursgäldenären mer än tre år efter konkursutbrottet, under en pågående process mellan Red Line och konkursboet. Fordran uppgick till 118 kr. dom, 6 uppl. 1996, s. 393) och Munukka, Lojalitetsplikt s. 485 f. (där dock konklusionen blir att även icke uppsåtliga fall av kontraktsbrott omfattas av kvittningsförbudet).

Syftet med fordringsförvärvet var, såsom framhålls i domskälen, otvivelaktigt att bli borgenär i konkursen för att kunna begära granskningsman och därigenom kunna få information av betydelse för bolagets tvist med konkursboet.

Högsta domstolen konstaterade till att börja med, med hänvisning till förarbetena, att det med hänsyn bl.a. till att det åligger borgenären att ensam svara för ersättningen till granskningsmannen, har förutsatts att borgenärens behov av ifrågavarande övervakning inte ska beaktas vid prövningen av en begäran om förordnande av granskningsman. Domstolen framhöll emellertid därefter, att det mot bakgrund av de förhållanden som framkommit i målet inte kunde råda något tvivel om att bolaget genom ifrågavarande köp skaffat sig ställning som borgenär i

⁵³ Uttalandet i Mikael Mellqvist och Lars Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt, 12 uppl. 2017, s. 221 not 67, att regeln att en penningskuld inte kan kvittas mot en fordran på varor i princip inte kan kringgås genom att den som har en varufordran i stället kräver ersättning i pengar för att åstadkomma en kvittningssituation, synes syfta på en situation där varuborgenären uppträtt klandervärt (om det inte egentligen är varugäldenären som åsyftas).

konkursen enbart i syfte att kunna få en granskningsman utsedd och därigenom söka få tillgång till information av betydelse för den pågående processen mot konkursboet. Därefter anfördes att detta syfte var uppenbart oförenligt med regleringens ändamål, nämligen att ge en borgenär möjlighet att tillvarata sitt intresse att få bästa möjliga utdelning för sin fordran i konkursen. Yrkandet borde under sådana förhållanden inte sanktioneras av rättsordningen.⁵⁴

Red Line hade alltså i ett illojalt syfte skaffat sig en rättsposition (borgenär i konkursen) som gav bolaget rätt att på begäran få en granskningsman utsedd. Detta "oredliga rättsförvärv" ledde till att rätten till granskningsman inte kunde återopas med framgång. Trots att granskningsman enligt lagtexten ska utses, om en borgenär begär det, fick bolaget avslag på sin begäran. Lagtexten tillämpades i strid mot ordalydelsen. Enligt min uppfattning föreligger här ett klart exempel på en tillämpning av principen om förbud mot rättsmissbruk genom att dra fördel av sitt illojala agerande.

9.4 NJA 2003 s. 194 (Timmia)

Bolaget Majorna, som var helägt av och företrätt av JB, träffade ett avtal om förvärv av bolaget Timmia. Timmia hade drygt 13 milj. kr på ett konto i Banken. Enligt en spärrorder till Banken fick dessa medel inte utbetalas till köparen förrän hela köpeskillingen erlagts och korrekta behörighetshandlingar företetts. Genom vilseledande, till vilket JB medverkade, utbetalades beloppet emellertid dessförinnan, i strid mot instruktionen, och beloppet användes som betalning av den kvarstående delen av köpeskillingen. Då köpeskillingen därmed betalats blev JB indirekt ägare till Timmia och dess ställföreträdare i egenskap av ensam styrelseledamot.

Sedan Timmia försatts i konkurs stämde konkursboet Banken och yrkade att Banken skulle förpliktas betala tillbaka de 13 miljonerna till konkursboet, eftersom utbetalningen inte skett med be-

⁵⁴ En ledamot var skiljaktig och tillämpade lagtextens ordalydelse.

friande verkan gentemot Timmia. Det var ostridigt att konkursboet inte hade bättre rätt än Timmia.

En invändning från Bankens sida om att parternas prestationer skulle återgå på grund av ogiltighet, vilken framfördes först i hovrätten, avvisades av processuella skäl.

Högsta domstolen anförde bl.a.: ”På grundval av utredningen i målet måste det antas att JB medverkat till det vilseledande av banken som ägt rum och att vilseledandet syftat till att gynna honom eller de intressen som han företrädde.” Därefter uttalades: ”Av allmänna principer följer att JB själv inte skulle ha kunnat hävda något anspråk mot banken på att utbetalningen skett utan samtycke av behörig ställföreträdare för Timmia och i strid med spärrordern, eftersom det vilseledande till vilket han medverkade just syftade till att inge banken uppfattningen att det inte fanns något hinder mot utbetalningen från dessa synpunkter. Sedan JB som en följd av detta vilseledande blivit ställföreträdare för och indirekt ägare av samtliga aktier i Timmia, måste på motsvarande sätt bolaget anses ha förlorat rätten att gentemot banken göra gällande att utbetalningen skett utan samtycke av behörig ställföreträdare för Timmia eller i strid med spärrordern.” Konkursboet förlorade målet.

I målet gjordes en identifikation mellan bolaget och dess indirekta ägare JB.⁵⁵ Ett bifall till yrkandet skulle innebära att Timmia skulle kunna åberopa en transaktion av Banken, vilken skett till följd av JB:s oredliga agerande, som grund för en rätt till skadestånd, vilket skulle gynna JB som ägare av bolaget. JB hade här på ett oredligt sätt medverkat vid uppkomsten av de omständigheter som låg till grund för den hävdade rätten till skadestånd. Det är inte alltför djärvt att påstå att de allmänna principer som det hänvisas till i domskälen syftar på principerna om förbud mot rättsmissbruk genom oredligt rättsförvärv.

⁵⁵ Identifikationsfrågan i och för sig utvecklades inte närmare i domskälen. Jfr Lindskog, Betalning, avsnitt 8.4.2.1 och not 98; densamme Handelsbolag, avsnitt 2:17–6.3.5 not 122.

9.5 NJA 2014 s. 877 (Processor)

Rättsfallet handlar om ett arrangemang med ett s.k. processbolag vilket bedömdes uteslutande syfta till att kringgå rättegångsbalkens regler om rättegångskostnader. Ägarna till bolaget ansågs skyldiga att svara personligen för motpartens kostnader.

De faktiska omständigheterna i målet var följande. MH och JL var aktieägare i var sin koncern i vilka förekom avancerad skatteplanering. De yrkade underskottsavdragen underkändes dock av domstol. Samtliga bolag i de två koncernerna försattes i konkurs. I mars 2004 ansökte konkursbona om stämning på bolagens ekonomiska rådgivare D med yrkande om skadestånd om drygt 64 milj. kr. I maj samma år förvärvade MH och JL ett lageraktiebolag (processbolaget), där MH blev styrelseledamot och JL suppleant. I november samma år överlät konkursbona tvisteföremålet till processbolaget. Den enda verksamhet som kom att bedrivas i processbolaget var rättsprocessen mot D. År 2011 meddelades dom i målet och processbolagets talan ogillades. Bolaget förpliktades att ersätta D:s rättegångskostnader med drygt 3 milj. kr. Någon vecka därefter försattes processbolaget i konkurs på egen begäran. Bristen i boet uppgick i det närmaste till samma belopp som rättegångskostnadsskulden. D stämde därefter MH och JL och yrkade att de skulle förpliktas att solidariskt betala rättegångskostnadsskulden. Sedan tingsrätt och hovrätt bifallit talan meddelade HD prövningstillstånd beträffande frågan om MH och JL var ersättningsskyldiga gentemot D enligt principerna om ansvarsgenombrott.

Högsta domstolen uttalade sig först allmänt om s.k. ansvarsgenombrott och anförde bl.a.: Under rubriken ansvarsgenombrott brukar diskuteras om aktieägare eller andra med stöd av icke lagfästa principer kan bli ansvariga för förpliktelse uppkomna i en verksamhet som bedrivs av bolaget eller i dess namn. Ett sådant ansvar kan tänkas förklaras med en oskriven associationsrättslig genombrottsregel. En annan förklaring är att den verksamhet som bedrivs i bolagets namn i själva verket är att anse som bedrivna av ägaren själv (eller någon annan). Ytterligare en möjlighet

är att enligt allmänna rättsprinciper om utomobligatoriskt skadeståndsansvar, ägaren (eller någon annan) ansvarar för skada som har föranletts av bolagets verksamhet. (Domen p. 7.) Därefter anfördes under rubriken utgångspunkter för ansvarsbedömningen bl.a.: Uttalandena i motiven om ansvarsgenombrott får anses närmast ta sikte på det ansvar för aktieägare som kan följa av mer allmänt tillämpliga civilrättsliga principer. Sålunda kan förpliktelser enligt ett avtal under vissa förutsättningar göras gällande mot den som har det reella intresset i saken. Vidare kan en aktieägare i vissa situationer bli ersättningsskyldig på grund av allmänna skadeståndsrättsliga regler. Även i vissa andra särskilt kvalificerade fall kan ett personligt betalningsansvar för aktieägare komma i fråga. (P. 9.)

Beträffande det aktuella fallet uttalades till sist bl.a.: ”Slutsatsen är att bolaget har utgjort endast ett medel för MH och JL att kunna driva rättsprocessen avseende den förvärvade fordringen 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.” (P. 13.) Betalningsansvar utdömdes.

Även detta fall utgör enligt min mening ett exempel på rättsmissbruk genom att försöka dra nytta av eget illojalt agerande.⁵⁶ MH och JL har skaffat processbolaget och placerat processföremålet där i syfte att undgå ansvar för rättegångskostnader om processen förlorades, genom att då kunna freda sig med att ansvaret låg på processbolaget. De har på ett illojalt sätt skapat ett rättsläge och försökt att utnyttja detta.

9.6 Hovrätten över Skåne och Blekinge, beslut 20161220 i mål Ö 106815; ej prövningstillstånd i Högsta domstolen

Slutligen kan ges ett exempel på ett rättsmissbruk som går ut på att på ett oredligt sätt hindra eller omintetgöra motpartens rätt. Målet gällde en tillämpning av 4 kap. 20 § konkurslagen. Frågan var om konkursboets återvinningstalan, avseende ett antal betalningar, väckts för sent och därför skulle avvisas. Talan får enligt bestämmelsens första stycke första mening väckas inom ett år från konkursbeslutet. Denna tid hade försuttits, men enligt andra meningen får talan även väckas inom sex månader från det att anledning därtill blev känd för konkursboet. Tvisten gällde tillämpningen av denna sexmånadersfrist.

För att anledning att väcka talan ska anses känd för konkursboet förutsätts att boet har tillgång till sådana uppgifter att det är möjligt att utforma en stämningsansökan (se NJA 1989 s. 383). Konkursboet måste alltså veta t.ex. mot vem talan ska riktas.

Det var i det aktuella fallet till att börja med oklart för konkursboet vem som var rätt svarande, eftersom både bolaget DSV Air &

⁵⁶ Lindskog ser också fallet så att det rörde sig om ett försök till rättsmissbruk, Handelsbolag, avsnitt 3.8–7.1; se även densamme i Festskrift till Lars Heuman, 2008, s. 339. – Andreas Rönnheden, "Ansvarsgenombrott och processbolag", JT 2015–16 s. 176 ff. analyserar fallet ingående. Han konstaterar på s. 184 bl.a. att uppräknningen av ansvarssituationer i domskälen p. 9 vrider bort basen för ansvaret från associationsrätten till andra rättsregler av civilrättslig natur som inte med nödvändighet ännu är konkretiserade. – Se också Johan Adestam, "Ansvarsgenombrott och aktieägares personliga ansvarsfrihet – en analys mot bakgrund av NJA 2014 s. 877", Ny juridik 2:15 s. 7 ff. Adestam framhåller på s. 23, att den rättsnorm som tillämpades i fallet är att den som vidtar åtgärder uteslutande i syfte att kringgå reglerna i rättegångsbalken om fördelning av rättegångskostnader ådras sig en förpliktelse att ersätta rättegångskostnaden, trots att han inte är part i processen. Han sammanfattar att det av rättsfallet tycks följa att en förutsättning för ansvar är att borgenären har ett särskilt skyddsbehov och att en bedömning mot bakgrund av den rättsnorm som gett upphov till förpliktelsen rättfärdigar att aktieägaren åläggs en sådan förpliktelse (s. 25).

Sea och bolaget DSV Road förekom i materialet. Sedan konkursboet fått fram uppgift om organisationsnummer m.m. fann boet att rätt part borde vara DSV Air & Sea och kravbrev skickades därför till detta bolag, med uppmaning att bolaget skulle meddela invändningar eller synpunkter senast visst datum. DSV Air & Sea bestred, på materiella grunder, att någon betalning skulle vara återvinningsbar. Senare framkom att rätt part skulle ha varit DSV Road. Det var ostridigt att DSV Air & Sea visste att talan väckts mot fel part men avsiktligt underlåtit att informera konkursboet om detta och om att kravet i stället borde framställas mot DSV Road. Bolaget hävdade att talan skulle avvisas på grund av att talefristen försuttits. Konkursboet anförde att DSV Air & Sea uppträtt direkt vilseledande genom att argumentera i de materiella delarna utan att upplysa om det faktiska partsförhållandet.

Hovrätten fann att det rimliga var att fristen började löpa först den dag då man kan anta att konkursförvaltningen skulle ha haft kännedom om att DSV Road var rätt motpart, om den hade agerat med normal aktivitet. Bolagets förtigande av det rätta partsförhållandet beaktades av hovrätten vid bedömningen av om konkursboet brustit i aktivitet när det gällde att utröna mot vem talan skulle riktas. Tingsrätten menade att konkursboet borde ha kontaktat bolaget och frågat hur det förhöll sig. Hovrätten fann däremot att bolagets uppträdande i det nämnda avseendet ledde till att boet inte kunde anses ha brustit i aktivitet i denna fråga. Sammanfattningsvis ansågs talan ha väckts i rätt tid.

Motparten hade här genom sitt förtigande försökt omintetgöra konkursboets rätt att väcka talan. Bedömningen blev att konkursboet till följd av vilseledandet fick anses ha handlat korrekt i det hänseende som var aktuellt. Motpartens illojala beteende beaktades således vid tillämpningen av lagbestämmelsen.

Sammanfattningsvis kan tilläggas att fall där en reklamation har skett för sent, eller överhuvudtaget en frist försuttits, således kan utgöra exempel på rättsmissbruk från motpartens sida under förut-

sättning att själva förseningen beror på ett avsiktligt illojalt handlande av denne.⁵⁷

10. SLUTORD

Min ambition i det föregående har varit att dra fram en princip i ljuset, som länge varit närvarande men huvudsakligen verkat i det fördolda. Framställningen har också syftat till att ge några exempel på fall där principen tillämpats, medvetet eller intuitivt och utan att närmare utvecklas. Kanske är det dags för även en svensk lära om rättsmissbruk. Av utrymmesskäl måste jag emellertid nu sätta punkt för denna hyllningsuppsats till Stefan. Mer finns att säga!⁵⁸

⁵⁷ Jfr i sammanhanget NJA 2007 s. 909 och Högsta domstolens dom den 29 december 2017 i mål T 1451-17, båda angående reklamation, där Högsta domstolen vid bedömningen tog hänsyn till motpartens uppträdande. I dessa fall var det dock inte fråga om ett rättsmissbruk där motpartens agerande var inriktat på att förleda parten att försumma sin reklamationsplikt.

⁵⁸ Ett intressant fall utgör t.ex. NJA 2017 s. 189, där en fråga i ett mål om kvarstad var om en misstänkt människosmugglare skulle kunna åberopa arbets- och uppehållstillstånd för ett antal utlänningar, tillstånd som han åtkommit genom ohederligt agerande, för att freda sig från ekonomiska konsekvenser av gärningen. En väsentlig komplikation var att bedömningen involverade tillämpningen av en straffbestämmelse, vilket föranledde majoriteten i Högsta domstolen att lägga avgörande vikt vid straffbestämmelsens ordalydelse, enligt vilken det räcker att det finns "de tillstånd som krävs" (Högsta domstolens dom p. 21). Trots detta ligger det enligt min mening nära till hands att hävda att tillstånd som erhållits genom en "orättshandling" inte är sådana tillstånd som krävs och att de därför inte kan godtas och åberopas (så minoriteten, Stefan Lindskog och Dag Mattsson). Jfr också EU-domstolens uttalande ovan vid not 39. – Jfr även NJA 1987 s. 845 (I) och (II), där fastighetsköp återgick på grund av att köpeskillingen i köpekontraktet angetts lägre än till det verkliga beloppet och köpet därför enligt 4 kap. 1 § jordabalken i dess tidigare lydelse var ogiltigt. Högsta domstolen uttalade här bl.a. att ingendera parten slutligen ska vinna på en ogiltig transaktion av detta slag (på s. 865 i mål II).