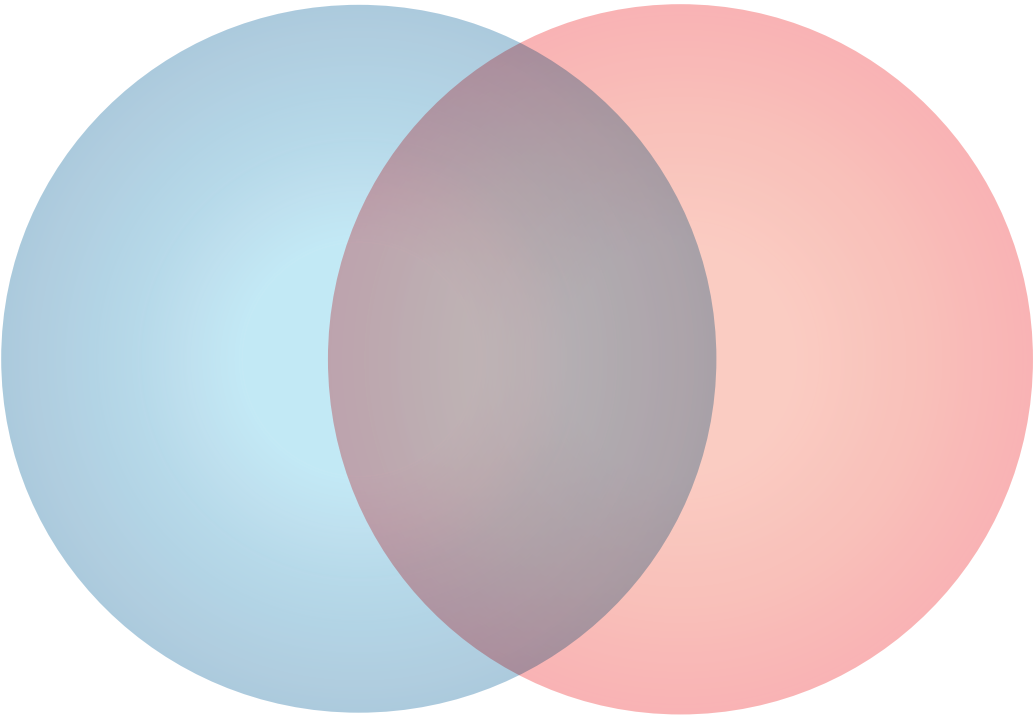
Red. Lisa Mattea Elvevold & Joel Samuelsson

OVER GRÄNSEN



NORSK-SVENSKA DIALOGER OM FÖRMÖGENHETSRÄTTSLIG PRAXIS

iUSTUS

Over gränsen

Norsk-svenska dialoger om förmögenhetsrättslig praxis

REDAKTÖRER
LISA MATTEA ELVEVOLD
OCH JOEL SAMUELSSON

iUSTUS
FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2025
Upplaga 1:1
ISBN 978-91-7737-268-4
Produktion: eddy.se ab, Visby 2025
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Telefon: 018-65 03 30
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Eurographic Group, 2025

INNEHÅLL

Förord 9

Slik små barn leker. En slags innledning 11

Therése Fridström Montoya
It's never too late to be a rockstar 19

Markus Hoel Lie
Om å forske rett – noen tanker om rettsdogmatikk og tilhørende herligheter i lys av Montoyas tekst 48

Gunnar Ketil Eriksen
Hvordan skillet mellom synbare og usynbare bruksrettigheter ved hevd oppsto gjennom et samspill mellom juridisk teori og rettspraksis i Norge på 1800-tallet 59

Marc Landeman
En kommentar till "Hvordan skillet mellom synbare og usynbare bruksrettigheter ved hevd oppsto gjennom et samspill mellom juridisk teori og rettspraksis i Norge på 1800-tallet" 77

Bjørn Løtveit
Prioritetsreglers anvendelighet på tredjemannskonflikter knyttet til «knowhow» 87

Therése Fridström Montoya
To know what you know and what you don't know, that is true knowledge 113

Benjamin Svensson
Avtalstolkningsalternativ och processuella bördor 127

Marie Helness Haug & Crystal Ho-Yee Lam
En kommentar til «Avtalstolkningsalternativ och processuella bördor» av Benjamin Svensson 170

Kristine Alteren Schwenke
Erstatningsansvar for medlemmer av avviklingsstyre i aksjeselskap 175

Marigó Oulis
Några reflektioner rörande skadeståndsskyldigheten för avvecklingsstyre och/eller likvidator 199

Marigó Oulis
Om entire agreementklausuler och avtalade skriftkrav i svensk rättspraxis samt något om no waiverklausuler 211

Gunnar Ketil Eriksen
Om artikkelen «Om entire agreementklausuler och avtalade skriftkrav i svensk rättspraxis samt något om no waiverklausuler» 251

Sverre Magnus Bergslid Salvesen
Høyesteretts bruk av juridisk litteratur som rettskilde på formuerettens område 253

Oskar Mossberg
Nietzscheanska fantasier om Salvesens impact 283

Mikael Hansson
”Procentmetoden” vid köp av bostadsrätt i befintligt skick och drömmen om den mätbara juridiken 299

Kristine Helen Korsnes
«Procentmetoden» vid köp av bostadsrätt i befintligt skick – Noen kommentarer til Mikaels artikkel 321

Markus Hoel Lie
God tro ved overskridelse av preseptorisk lov i lys av Rt. 2015 s. 600 339

Benjamin Svensson
Några tankar kring rättslig föreställningsförmåga 356

Oskar Mossberg
Spekulationer om implikationer 375

Lisa Mattea Elvevold
Noen assosiasjoner og projeksjoner 450

Kristine Helen Korsnes
Om Høyesteretts rolle som utvikler av norsk internasjonal privatrett 455

Joel Samuelsson
Några anteckningar om regel och skön 501

Marie Helness Haug & Crystal Ho-Yee Lam
En analyse av transportørers lojalitetsplikt i lys av HR-2019-231-A 509

Mikael Hansson
Problem – för en transportör, för en domstol, för två norska stipendiater och för mig 528

Joel Samuelsson
Teori är obiter. Ett bidrag till svensk prejudikatlära 535

Sverre Magnus Bergslid Salvesen
Rettsvitenskap eller rettens vitenskap? 558

Lisa Mattea Elvevold
En skattkiste til besvær 563

Alexander Unnersjö
Som man ropar får man svar, men vad ska man ropa? 600

Liten ordlista 607

Författarpresentationer 611

Oskar Mossberg[1]

SPEKULATIONER OM IMPLIKATIONER

– om kommission och om vad NJA 2014 s 760 egentligen innebär

Sammanfattning

Detta bidrag rör svenska Högsta domstolens avgörande i NJA 2014 s 760. Domskälen har där fått en underspecificerad form som gör att det inte är entydigt hur fallet bör förstås eller vad det som prejudikat innebär. Bidraget rör händelsevis just dessa frågor. Fyra olika sätt att tolka domskälens flertydiga skrivningar identifieras. Tre avvisas. Fallet rör inte frågan om vem som äger kommissionärsfordringarna; det slår inte ett slag för mer symmetri i kommissionsförhållandet, och det förklaras inte heller av principer om fordringssuccession. Istället säger fallet något om vilken behörighet en kommissionär har enligt allmänna kommissionsrättsliga principer. Fallet läggs ut. Därtill förekommer längs vägen en del annat, såväl i anslutning till de olika tolkningsalternativen som i olika avstickare och utvikningar.

1 Flertydigt talande tystnad

Man kan aldrig säga allt. Något måste alltid förbli underförstått. Det är truismer. Icke desto mindre kan de innebära något intressant. Att något

[1] Denna text var i huvudsak färdigställd i januari 2023, när författaren var forskare vid Juridiska fakulteten i Uppsala. För konstruktiva kommentarer tackar författaren dels den anonyma peer reviewern, dels deltagarna vid de två suveräna symposier som (hittills) avhållits inom Uppsala–Tromsø-samarbetet. I det följande används en notapparat vars omfång delvis förklaras av en relativt rik användning av citat. Denna är bl a avsedd som en läsarservice, då det antagits kunna vara besvärligt att rota fram särskilt gamla källor från grannlandet.

lämnas underförstått behöver inte innebära att det förblir okänt eller oåtkomligt; ofta är det ju tvärtom: Man k a n lämna något underförstått, d ä r f ö r att det förväntas känt, eller i övrigt inte behöver sägas. (Eller någon gång kanske inte borde sägas; ”Det där tiger man ihjäl!”)[2] Att något inte expliceras måste därmed inte medföra oklarhet. Men det kan göra det. Och när något inte sägs kan tystnaden medge olika tolkningsmöjligheter. Har man, till exempel, underförstått en av de premisser som bär upp ens slutsats så kan det bli oklart hur, och om, resonemanget går ihop.[3]

Oklarheten behöver inte vara ett problem, i bemärkelsen en brist av det dåliga slaget. I politisk retorik är dylik *amfiboliskt enthymemisk argumentation* legio: Man anför en tes, och lämnar en del av det som legitimerar tesen underförstått. Då kan tesen legitimeras av olika implicita premisser, som omhuldas av olika delar av en heterogent sammansatt publik. De olika delarna av publiken får ”fylla på” talarens argumentation, med de premisser som krävs för att resonemanget, för den aktuella delen av publiken, ska inte bara gå ihop utan också bli övertygande.[4] Då kan också hela publiken övertygas, trots att argumentationen vid närmare analys skulle kunna visa sig självmotsägande, om de implicita premisserna är alternativa och oförenliga (varvid för övrigt flertydigheten kan kallas disjunktiv, snarare än additiv, då den är av slaget ”antingen/eller”, snarare än ”både/och”).[5]

[2] Av förklarliga skäl är det svårt att hitta exempel på sådan *tyst kritik*, men se t ex den frispråkige J W F Sundberg, Europakonventionen och Sverige: Tur och retur, IOIR nr 153 s 3 f, eller Numhauser–Hennings anmälan av en avhandling i SvJT 1988 s 370, där skoningslös kritik får föregås av: ”Avhandlingen är sådan att det kanske vore skonsammast att förbigå den med tystnad. [Men…]”

[3] Temat tangeras delvis av Heuman, Rättsverkningar av underförstådda uppfattningar och närliggande uttryck [Del I], JT 2018–19 s 518 ff, och Del II, JT 2018–19 s 757 ff.

[4] Denna form av retorik har ofta kritiserats, ibland i termer av att det rör sig om hundvisslande (*dog whistling*; en metafor som bygger på att hundar uppfattar högre toner än människor). Så kan t ex tal om ”sunda familjevärderingar” av vissa tolkas som något ganska intetsägande (”Ja, familjer är väl bra?”), medan andra kan tolka det som en signal om abort-motstånd, HBTQ-animositet eller något annat mer uppenbart politiskt laddat.

[5] Det är i stort sett temat för en doktorsavhandling i retorikämnet, se Bruhn, Delade meningar: Retorisk flertydighet och den pluralistiska publiken i politiska förnyelseprocesser (Retorikförlaget 2018), som redan genom inledningscitatet signalerar den politiska och moraliska laddningen: ”[Y]ou found without difficulty arguments of double meaning, which lend themselves no more to the purpose of those who praise than of those who blame, but are capable of being turned both ways and leave much room for disputation

Argumentationsformen förekommer även i rättsliga sammanhang. Det är väl också ofrånkomligt, då ”allt” a l d r i g kan göras explicit. Att man som en rumpnisse alltid kan fortsätta fråga: ”Voffo dådå?”, illustrerar just detta, att något måste förbli underförstått.[6] Annars är risken att man dras in i en infinitiv regress av abstrakt analyserande och defensivt definierande, alternativt defaitism, eller vredesutbrott när argumenten till slut ofrånkomligen tryter.[7] Man kan icke säga *alles*, och vad man icke kan tala om, därom måste man tiga. Kort sagt kan tystnad vara av nöden.

Tystnad kan också vara talande. Den kan rent av fås att tala – på flera olika sätt. Med det är vi framme vid vårt ärende: att reflektera över Högsta domstolens avgörande i NJA 2014 s 760. Detsamma är tänkvärt. Det illustrerar flera spännande frågor i anslutning till *rättsfiguren kommission* och *bara parterna-principen*. Det ger även skäl att fundera över det mer allmänt argumentationsteoretiska temat *flertydigt talande tystnad*.

För det senare behöver vi, till att börja med, ha med oss de två ovan antydda termerna, enthymem och amfiboli. Ett *enthymem* kan aristoteliskt beskrivas som *en retorisk syllogism* där en premiss lämnats underförstådd. Såväl terminologin som enthymembegreppets potential som juridiskt metodverktyg har berörts på annat håll,[8] så för att bara ta det absolut nödvändiga kan sägas att en *syllogism* är en resonemangsform med ett särskilt sätt att gå från premisser till slutsatser.[9] Formen illustreras

---

– arguments the employment of which, when one contends in court over contracts for his own advantage, is shameful and no slight token of depravity but, when on discourses on the nature of man and of things, is honorable and bespeaks a cultivated mind.” (Isocrates, Panathenaicus, 12.240.)

[6] Jfr Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2001 s 8: ”Det finns alltså ingen allmän vetenskaplig metod. Men det finns en allmän vetenskaplig inställning: att inte sluta att fråga ’Varför?’ förrän man för tillfället är nöjd eller inte har tid att hålla på längre.”

[7] För det osannolika fall referensen skulle vara okänd är det Ronja Rövardotter som här häntyds på.

[8] Se O Mossberg, Avtalets räckvidd I (Uppsala 2020) s 191 ff. I det följande hänvisas ofta dit, av tre skäl. Här, och där, berörs flera gemensamma eller parallella teman. Där samlas ofta rätt rika referenser, varför hänv dit avlastar noterna här. Boken är också öppet tillgänglig (http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1393576/FULLTEXT01.pdf, men Google funkar), varför referenserna blir lätta att följa upp. Tilltaget synes därmed försvarligt, även om man förstås kan ha synpunkter på självhänvisningspraktiker.

[9] Det rör sig här om en pragmatisk bestämning av en i sig flertydig och omstridd terminologi. (Det finns nog knappt en term i den klassiska retoriken som inte varit föremål för strider under ämnets flertusenåriga historia.)

lämpligen med det standardexempel som lär ha mött logikstudenter sedan antiken. Seden bjuder att det ställs upp i en form som antyder matematisk exakthet, så:

Premiss 1: ”Sokrates är en människa.”
Premiss 2: ”Människor dör.”

Slutsats: ”Sokrates dör.”

I den retoriska syllogismen, enthymemet, lämnas en premiss underförstådd. Resonemanget blir det kortare: ”Sokrates är en människa. Sokrates dör.” eller: ”Människor dör. Sokrates dör.” Människosläktets förgänglighet, eller Sokrates hänförlighet till detta förgängliga släkte, förblir alltså underförstått, som implicit premiss – en premiss som dock krävs för att resonemanget ska gå ihop, logiskt. Och ”grejen” här är förstås att man kan föresätta sig att explicera det sålunda underförstådda, och kalla sin föresats för *enthymemanalys*.

Den andra termen, *amfiboli*, avser flertydiga uttryck. Ord eller fraser som, i sina sammanhang, betyder olika saker, samtidigt. När exempelvis någon vid ett seminarium med eftertänksam ton säger: ”*Intressant …*”, så kan det, å ena sidan, vara en signal om att det faktiskt rör sig om något intressant (den vanliga, nordiskt artiga betydelsen), samtidigt som det, å andra sidan, kan vara en signal om att det omtalade är fel, vrickat eller kanske i själva verket helt ointressant (den mer brittiska betydelsen).[10] Uttalandet kan också rikta sig till olika delar av publiken, och avses förstås på olika sätt av de olika delarna. (Det finns överlapp med internskämt, liksom en term för amfibolier som är avsiktliga försåtliga: *adianoeta* (’obemärkt’/’oförståeligt’), en figur med en uppenbar mening, men som också förmedlar en ”subversiv sub-version”.)[11]

Notera att flertydighet inte behöver innebära vaghet. Att ett uttalande kan betyda flera saker samtidigt betyder just det: att det kan ha mer än

[10] För en stilstudie i dylik brittanica, se Goodrich, Satirical Legal Studies, Michigan Law Review 2004 (vol 103) s 397 ff. (Minns dock även den brittiske komikern Ronnie Barker, som sagt att: ”The marvelous thing about a double meaning joke is that it can only mean one thing.”)

[11] Se t ex Quintilianus, Institutio Oratoria 8.2.20 f, eller Bruhn, a a s 52 f (varifrån citeras) m hänv. Mitt favoritexempel är nog referensbrevet som lyder: ”Ni kan skatta er lyckliga om ni får den här personen att arbeta för er!”

en mening, som dock var och en för sig är bestämd och precis, och det kan vara helt klart (= inte vagt) att det betyder mer än en sak. Meningspluralitet är knappast heller likvärdigt med meningslöshet – om något är det väl dess motsats.[12]

Poängen med denna text är att spinna lite på de här introducerade temana – det vill säga amfibolier, enthymem, och talande tystnader – varvid en inledande iakttagelse alltså är att tystnad kan medge olika tolkningsmöjligheter. För att förankra det hela och tillse att det inte blir alltför "*intressant…*" får ett rättsfall erbjuda konkretiserande illustrationsunderlag.

2 Behandlingsform

Det finns förstås en myriad tänkbara exempel. Valet hade kunnat utfalla åtskilligt olika, och olika val hade inneburit olika fördelar och nackdelar. Det är som vanligt, och sen gammalt. Här väljs NJA 2014 s 760. Valet är på intet sätt slumpartat. Fallet är av praktiskt taget omätbart allmänintresse;[13] det rör ansvar i det evigt återkommande gränssnittet

[12] Jfr dock Aristoteles, Metafysiken 1006b (t ex i Tredennicks översättning Aristotle, Metaphysics, Books 1–9 s 167), som vill sluta sig till att meningarnas mångfald innebure meningslöshet. Jfr även Ricœur, Freud and Philosophy s 23.

[13] (Hur skulle man i praktiken mäta det liksom?) Fallet har kommenterats i lite olika sammanhang, se bl a Munukka, Utomobligatoriska anspråk mot avtalsparts kontraktsmedhjälpare och mot avtalspart, JT 2015–16 s 410 ff; Herre & S O Johansson, Svensk rättspraxis: Avtals- och obligationsrätt 2005–2019, SvJT 2020 s 821 ff, på s 989; B Bengtsson, Svensk rättspraxis: Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2013–2015, SvJT 2016 s 433 ff, på s 445 f; H Andersson, Ansvarskonkurrens: problemformuleringens betydelse (InfoTorg 22 dec 2014); S O Johansson, Svensk rättspraxis: Sjörätt och annan transporträtt, SvJT 2017 s 578 ff, på s 584 f; S O Johansson, Alternativa eller exklusiva skadeståndsregler, Festskrift skadeståndslagen 50 år s 191 f; Lindskog, t ex Betalning 3 uppl s 460 ff, eller Felaktig betalningsanvisning, SvJT 2021 s 655 ff, på s 669 f med not 59; och för all del i tillägget i 2014 års fall; Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl s 292 f; Kleineman, Utomkontraktuellt ansvar med ytterligare kontraktsrättsliga begränsningar, Festskrift till Hagelberg s 81 ff. Jfr även J Ramberg & Herre, Internationella köplagen (CISG) 4 uppl not 217. Som framgår i not 1 var den här texten i huvudsak färdig innan utkomsten av Stina Bratts avhandling "Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten – Om förhållandet mellan kontrakts- och deliktsansvar i avtalsförhållanden och kontraktskedjor" (Stockholm 2023). Den har därmed inte kunnat beaktas. Hade den gjort det hade texten här möjligen i delar sett annorlunda ut. För varje

kontrakt/delikt;[14] aktualiserar en sådan kontraktskedjesituation som seglat upp som rättsvetenskapligt trendämne,[15] och det rör sig i inget mindre än kommissionsfigurens utkanter. Fallet får därmed förutsättas vara av lika uppenbart som stort intresse för alla nu levande och framtida jurister, människor, och djur. (Too much?)

Valet betingas även av personliga skäl. Det är ett fall som liksom *hänger kvar*. Stefan Lindskog, som var med och dömde, och därtill bidrog med ett rekordlångt tillägg för egen del, har, i annat sammanhang, talat om hur vissa rättsfall dröjer sig kvar i tankarna och blir svåra att släppa. Specifikt skriver han om hur man kan få kämpa, för att förmå vissa fall att *falla på plats* i rättssystemet, och hur en del fall då kan få

> ”karaktär av intellektuella fästingar. De biter sig fast och suger ut blodet ur en. I varje fall gäller det mig. I värsta fall blir jag sjuk. Rättsfallsborrelia.”[16]

Säkert är vi många som känner igen oss: I den outsinliga strömmen av nya avgöranden sticker vissa ut. De träder fram ur bakgrunden, reser sig ur flödet, drar blicken till sig – och släpper den sedan inte. För mig är 2014 års ett sådant fall: Ett fall som frestar på mitt psyke. Om det övergått till sinnessjukdom får vara osagt; man får inte själv diagnosticera sig som

läsare intresserad av det slags materiellrättsliga frågor som här berörs utgör boken tveklöst rekommenderad läsning.

[14] Redan Gaius, Institutiones, 3.88, berör denna *summa divisio obligationis*, se därtill O Mossberg, Tredjemansavtalets tidiga historia – ett traditionskritiskt utkast, Debaenst & Shanagar (red), Rättshistoria i rättsvetenskaplig forskning s 94 ff, på s 129 m hänv.

[15] Se, bara ur svensk litteratur, t ex Zackariasson, Direktkrav s 196 ff, som var tidig (än tidigare var P Samuelsson, Köpeoptioner som strategisk kompensationsform för verkställande direktörer i börsbolag, JT 1991–92 s 462, not 10, men han använder termen i annan betydelse). Se även t ex Lindskog, Betalning 3 uppl, bl a s 254 ff och 460 ff; Bratt, Miljöansvaret i avtalsförhållanden, JT 2019–20 s 725 ff, s 731; Munukka (m omf hänv inledningsvis) samt flera av de andra i not 13 ovan. Om metaforen, se O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 679 ff m ytterligare v hänv.

[16] Lindskog, NJA 1997 s. 418 – Lagstiftarens intentionsdjup som lagtolkningsfaktor, JT 2001–02 s 217 f. Han skriver om ”feldömda fall”, och hur mycket som kan krävas för att ”få de endast i princip rättdömda fallen att falla på plats i rättssystemet som verkligt rättdömda”. Även om vi delar sjukdomsbild så skiljer sig därmed, i princip, hans utmaning från min. NJA 2014 s 760 synes mig nämligen, i princip, rättdömt – frågan är bara vad det som sådant *betyder*.

sådan.[17] Men följaktligen är denna text *terapeutisk*, och eftersom jag då, som bra karl, reder mig själv – istället för att söka hjälp för mina många problem – så rör det sig om en självterapeutisk text,[18] där uppgiften får bli att söka det outtalade, i rättsligt tal: det som inte uttryckts, i dess uttryck, men som kan identifieras i dess implikationer. Kanske kan det bidra till att diagnosticera vissa neuroser, eller åtminstone illustrera ett sätt att tänka, om det som inte sägs, samt om hur domar kan tolkas på olika sätt, och därmed, som prejudicerande rättskällor, innebära olika saker för den gällande rätten.

3 Fallet NJA 2014 s 760, som exempel på flertydiga implikationer

3.1 Bakgrund och huvudregeln vid anspråkskonkurrens

Avgörandet i NJA 2014 s 760 rörde som sagt ansvar i en kontraktskedja, där ”A” krävde ”C”.[19] En *transportkund A* hade anlitat en transportör, eller närmare bestämt en *speditör B*, för att återkommande frakta gods, i form av ett tillväxthormon.[20] Transporterna gick via Arlanda flygplats, där endast vissa aktörer får omhänderha lastning och lossning. Speditören B anlitade den där verksamma *undertransportören C*. Dennas arbetstagare

[17] Kul grej: Märk hur *semikolonet* medger *polysemi*, och att meningen förstås på åtminstone två olika sätt, då den därpå följande huvudsatsen kan läsas antingen som ett tillägg till den föregående huvudsatsen (semikolon som och), eller som en motivering därav (semikolon som ty). Intressant nog, kan motsvarande interpunktionsfenomen ha betydelse även för tolkningen av HD:s dom, jfr not 150 nedan.

[18] Skämt åsido, jfr Anna Lagerblads intervju med psykiatern Ullakarin Nyberg i SvD 2020-09-09, ”Bra karl reder sig själv – ett livsfarligt budskap”, bl a: ”Gamla ordspråk som sjunger fåordighetens och ensamhetens lov genomsyrar fortfarande vår kultur med sina underliggande värderingar […] – Uttryckens innebörd är i högsta grad levande och präglar manlighetsnormen. När det kommer till mäns psykiska ohälsa blir det problematiskt, ibland även livsfarligt. Många män maskerar sitt dåliga mående genom att bli tysta och dra sig undan. I värsta fall tar de livet av sig utan att vi inom vården fått en chans att hjälpa, säger Ullakarin Nyberg, psykiater och suicidforskare vid Karolinska institutet.”

[19] Jfr, om bokstavsbeteckningarna, O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 553 f m hänv.

[20] Det rörde sig om *genotropin*, ett tillväxthormon som används till barn vid vissa tillväxtstörningar, men som därutöver kan brukas av folk som vill ha stora muskler utan att göra jobbet.

stal vid upprepade tillfällen ur godset, och orsakade därigenom den skada målet rörde. För transporterna hade meddelats försäkringar, ur vilka ersättning utgick för det genom stölderna förkomna godset. Därmed övertog de försäkringsbolag som var på kärandesidan skadelidandens rätt,[21] och riktade i enlighet med densamma utomobligatoriskt grundade (regress)krav mot undertransportören, men målet rörde alltså den bestulne As rätt, mot C.[22]

Givet att stöld av fysisk egendom innebär en sakskada är de konkreta ansvarsgrunder som ligger närmast till hands den allmänna culparegeln i 2 kap 2 § skadeståndslagen (SkL) eller principalansvarsregeln i 3 kap 1 § SkL. I sammanhanget har detta dock mindre betydelse. Tvisten rörde inte ansvarsgrunden och den blev heller inget nummer i någon instans. Det viktiga är att *ansvarsgrunden var utomobligatorisk snarare än inomobligatorisk* och att kravet alltså inte var kontraktsgrundat. Då det rörde sig om avtal i två led – ett ”främre”, mellan A och B, och ett annat ”bakre” mellan B och C –[23] kunde man väl i princip tänka sig att grunda krav i ettdera avtalsförhållandet, men det gjorde alltså inte skadelidanden, och det var nog taktiskt att låta bli. Man hade nämligen införlivat samma standardvillkor i båda leden, *Nordiskt Speditörsförbunds Allmänna*

[21] Försäkringen ersatte alltså det förkomna godset, vilket transportkunden sålt och som nu var på väg till köparen. I underinstanserna uppkom fråga om försäkringsbolagen hade tagit över antingen transportkundens rätt som säljare, eller köparens rätt. Avgörande för denna fråga var om risken för varan gått över på köparen eller inte. Försäkringsbolagen anförde som grund i första hand att de inträtt i köparens rätt. Möjligen var tanken att de därigenom slapp preskriptionsbestämmelsen, eftersom köparen inte var part i transportavtalen. I vart fall lär köparen vara att anse som skadelidande, om risken gått över, eftersom det i så fall är ’dennes sak som stulits’. I underinstanserna hanterades förstahandsgrunden som en sakfråga, och avfärdades då försäkringsbolagen inte ansågs ha visat att risken för varan gått över på köparen. På grund av utformningen av prövningstillståndet prövades inte förstahandsgrunden i HD.

[22] Som HD formulerade frågan i denna del, rörde den: ”om [C] ansvarar på utomobligatorisk grund för den skada som de anställda kan ha vållat [A] genom stölderna”, varvid ”huvudfrågan” angavs vara: ”om den som i en kontraktskedja har råkat ut för en sakskada [på] utomobligatorisk skadeståndsrättslig grund [kan] vända sig direkt mot ett bakre led som vårdslöst eller med uppsåt har orsakat skadan, dvs. mot sin medkontrahents avtalspart.”

[23] Notera förresten hur denna inramning innebär att kedjan ”börjar” hos A, och hur detta subtilt ställer skadelidanden och kravet, snarare än kontrakten eller prestationerna, i första rummet. Jfr O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 554.

Bestämmelser, NSAB 85,[24] och villkoren innehöll en *preskriptionsbestämmelse, i 29 §* (”Talan mot speditören skall – vid äventyr av talans förlust – väckas inom ett år.”), vars preskriptionsfrist hade löpt ut när kravet väl framställdes. Det är sannolikt förklaring till både *partsställningen* och *ansvarsgrunden* i målet, samt alltså till att den bestulne As rätt användes för att stämma undertransportören C på utomobligatorisk grund, istället för den egna avtalsmotparten B på (preskriberad) kontraktuell grund (eller för den delen undertransportören C på, likaledes preskriberad, kontraktuell grund).[25]

Trots att det rörde sig om ett utomobligatoriskt skadeståndslagsanspråk *försökte undertransportören C gömma sig bakom preskriptionsbestämmelsen*. Det är roten till att fallet innebär ett spännande tillskott till prejudikatmassan. Cs tilltag föll nämligen oväntat väl ut: HD ogillade anspråket, med hänvisning till preskriptionsbestämmelsen. Närmare bestämt – och det är särskilt detta som var lite oväntat – till preskriptionsbestämmelsen *i avtalet mellan B och C*, och alltså inte det avtal i vilket den skadelidande A själv var part.[26] I en mening kan man därmed säga att *avtalet i det bakre ledet fick verkan för borgenären i det främre*. Det som här särskilt intresserar oss är det sätt på vilket detta resultat uppnåddes.

Högsta domstolen närmade sig saken från den utomobligatoriska skadeståndsrättens håll – utifrån ett *skadeståndsrättsligt paradigm* om man så vill –[27] och fann, i anslutning till skadeståndslagens portalparagraf, att As utomobligatoriska väg mot C är öppen och framkomlig, ’om ej annat föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden’.[28] Domstolen bekräftade alltså den allmänna utgångs-

[24] I fallet aktualiserades 1985 års version av NSAB. Villkoren har funnits i olika versioner. Se i not 44 nedan.

[25] Även det senare vore tänkbart, förutsatt att avtalet B–C kan konstrueras som ett tredjemansavtal, antingen i form av ett avtal till förmån för A, eller ett avtal med skyddsverkan för A.

[26] Även detta hade varit möjligt, om domstolen ansett preskriptionsbestämmelsen motsvara en friskrivning till förmån för tredjeman, jfr t ex NJA 2007 s 758 (där HD dock inte uttryckligen tematiserar det som ett tredjemansavtal).

[27] Se om paradigmval O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 88.

[28] Se NJA 2014 s 760, p 8, där HD citerar SkL 1 kap 1 §, om än först efter vissa principiella, rätt läroboksliknande, klargöranden, i p 6–7, om *delikts- och kontraktsrättens olika ändamål*. Se, om paradigmvalet och skadeståndsrättens generella räckvidd, även t ex NJA 2007 s 758, NJA 2009 s 16 eller B Bengtsson, SvJT 2016 s 446 m hänv.

punkten för fall av anspråkskonkurrens: *De utomobligatoriska reglerna är primära och gäller generellt*.[29] Eftersom det utomobligatoriska skadeståndsansvaret har som syfte att reparera skador, har det också generell giltighet, ifall skada uppstått. Det gäller även om det finns avtal – till och med om det finns ett avtal direkt mellan skadelidanden och skadevållaren – försåvitt inte avtal (eller regler därom) medför avsteg från denna utgångspunkt.[30]

[29] Det är frestande att parafrasera principen som att *skadeståndslagens regler gäller som vanligt*, även om det finns en kontraktskedja, och alltså om inte annat föranleds av avtal eller regler om skadestånd i avtalsförhållanden. Det har *ingen självständig betydelse att det rör sig om en kontraktskedja*, även om en sådan kan få betydelse för avtalstolkningen (t ex av ett ev tredjemansavtal i det främre ledet enligt vilket ena parten avsäger sig rätten att framställa utomobligatoriska krav mot tredjeman som har avtal med motparten, jfr NJA 2007 s 758, och möjl även NJA 2010 s 629, samt vad Lindskog, låt vara om kommission, i sitt tillägg i NJA 2014 s 760 anför som ”den grundläggande förklaringsfaktorn till regeln”: ”Att A får anses ha godtagit begränsningsvillkoret, låt vara i förhållande till B”.). En sådan läsning är inte oförenlig med domskälen. Den är också, får jag för mig, mer lättbegriplig och systematiskt koherent, än tematiseringar i termer av ”utomobligatoriska direktkrav” och ”kontraktskedjor”. Sådana tematiseringar tjänar ofta till att grumla analysen, då de alluderar på ett regelkomplex (om direktkrav) som inte är, och inte heller bör vara, relevant för fallen. Fallen rör ju inte direktkrav i egentlig mening, utan utomobligatoriska skadeståndskrav. (Sofisten påminner dock om att det förstås kan vara taktiskt av enskilda processparter att *försöka grumla analysen*, då det, i en process som gjorts grötigt opak – vilket tredjemansfallen allt som oftast synes, av oklara skäl – kan vara frestande att tillgripa ”huvudregeln om avsaknad av direktkravsrätt” som en klar och enkel huvudregel, genom vars tillämpning man kan skilja sig från eländet. Jfr t ex NJA 2001 s 711.)

[30] Som *utgångspunkt* är förvisso principen om det skadeståndsrättsliga paradigmets prioritet klar och tydlig (och helt förenlig med förarbetena). I praktiken är dock inte principen särdeles upplysande, eftersom man inte kan veta när den gäller, utan att ha en bild av när avvikelse från utgångspunkten är motiverad. Den positiva regeln preciseras genom sina negativa undantag. Principen gäller *anspråkskonkurrens*, där omständigheterna innebär att dels en *kontraktuell* dels en *deliktuell* grund för ersättningsanspråk i princip kan vara tillämplig. Ett exempel finns i NJA 1956 s 656: En person hade lämnat in sin kamera till förvaring hos anställda i ett parkeringshus. Depositionsavtal ansågs uppkommet, med parkeringsföretaget som depositarie. Till följd av de anställdas försummelse blev kameran stulen. I en sådan situation kan deponenten framställa krav antingen enligt 2 kap 1 § SkL (stölden medför en sakskada, jfr Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt 11 uppl s 103; att parkeringsföretaget sedan kan rikta regresskrav mot tjuven är en annan sak), eller enligt kontraktuella principer (jfr 12 kap 2 § HB, och numer konsumenttjänstlagen). Företaget gjorde gällande att deponenten och de anställda muntligen överenskommit om en ansvarsfriskrivning, enligt vilken företaget inte tog något ansvar för kameran. Företaget lyckades dock inte styrka detta avtalsinnehåll, varför allmänna

Det var därmed givet att frågan blev om avtal i det aktuella fallet innebar undantag från skadeståndsrättens huvudregel, och domstolen besvarade denna fråga jakande: med hänsyn till kontraktskedjans reglering skulle det utomobligatoriska kravet ogillas. Det var dock inte själva förekomsten av ”en kontraktskedja” som blev utslagsgivande. HD angav med nästan överdriven tydlighet att skadeståndsrättens regel gäller även om ”parten i det främre ledet”, alltså vår A, i ”en kontraktskedja” har ”råkat ut för en sakskada”, och klargjorde därmed att det *inte finns något särskilt undantag som tar sikte på just ”kontraktskedjor”*.[31]

3.2 Undantag enligt ”allmänna kommissionsrättsliga grundsatser”

> ”Alltså, det här fallet är så j***a *mindfuck* – nu fattar jag verkligen i n g e n t i n g!”
>
> Upsaliensisk juris student, vårterminen 2020

Det resonemang som ledde till ogillandet byggde istället på att saken aktualiserade *ett särskilt slags kommission*, med transportkunden A som kommittent (huvudman), transportören B som kommissionär (mellanman), och undertransportören C som den tredjeman med vilken kommissionären kontraherat.[32] Transportören B var som sagt en speditör, som *i eget namn* ingått avtal med undertransportören C. Speditören B tog

---

regler gällde och frågan om anspråkskonkurrens aldrig ställdes på sin spets i målet. Av HD:s dom är svårt att utläsa vilka regler som tillämpades (culpabedömningen synes dock ha baserats på depositariens avtalsenliga vårdplikt, vilket möjligen tyder på att det var en inomkontraktuell ansvarsgrund som tillämpades), men fallet aktualiserade alltså en anspråkskonkurrenssituation, och det har ansetts illustrera *skadelidandens möjlighet att välja mellan olika parallellt tillämpliga grunder*, och att således välja ”spår” (jfr i not 171, samt i tillägg till där angivna källor t ex Bratt, Miljöansvaret i avtalsförhållanden, JT 2019–20 s 725 ff). SkL anger sina egna undantag, men den gör det endast referentiellt, dvs inte närmare än med en anvisning om var dessa är att söka: i special- och avtalsregler. Ordningen innebär att *skadeståndslagens tillämpningsområde i praktiken bestäms av såväl andra lagar som av, ofta okodifierade, principer om avtals rättsverkningar*. Se ingående på temat Bratt, Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten (hela bokens tema).

[31] NJA 2014 s 760, p 12 i HD:s domskäl (jfr dock ingressen). Jfr även O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 679 ff och 658 ff samt t ex Lindskog, Betalning 3 uppl s 254 (ff), bl a not 810.

[32] Jfr om terminologin 1 § KommL eller 4 § ÄKommL.

därvid inte fraktföraransvar utan ansvarade endast som förmedlare, och ansågs därmed handla *för annans räkning*, närmare bestämt As räkning.[33] Därav klassificeringen som kommission.

> I denna del är domen ganska okontroversiell.[34] Det finns en tradition av att se spedition som ”ett slags transporträttens kommission”,[35] då en idealtypisk speditörs uppgift varit att förmedla transporttjänster genom att i eget namn ingå avtal om godstransport för kundens räkning.[36] Speditören har ofta beskrivits som en syssloman.[37] En traditionell speditör har också haft bara sådant förmedlaransvar som aktualiserades i fallet.[38] Sedan länge har dock

[33] NSAB medger båda alternativen (se bl a § 2), och tillhandahåller delvis olika regler för fall där speditören ska ha eget fraktföraransvar respektive fall där speditören endast intar en förmedlande roll.

[34] Se även NJA 2022 s 574 och jfr NJA 2018 s 301, inklusive JustR S O Johanssons tillägg.

[35] Jfr t ex NJA II 1914, med propositionen till 1914 års kommissionslag, s 162: ”Till kommission i vidsträckt mening hänföras alla de fall då någon för annans räkning ingår avtal eller företager andra rättshandlingar och därvid handlar i eget namn. Därunder inbegripes då även s. k. spedition, d. v. s. ombesörjande av godstransport genom uppgörande av fraktavtal för annans räkning men i speditörens eget namn.”. Se även prop 2008/09:88 (Ny kommissionslag) s 29, eller redan Eberstein, Om spedition och befraktning: En komparativ studie (1915), passim – en liten bok från tiden innan NSAB, jfr a a s 30 f, som på sina knappt 60 s genomgående bygger på dels likheten mellan spedition och kommission, som former av sysslomannaskap, dels på skillnaden mellan spedition och fraktavtal).

[36] Jfr Heidbrink, Logistikavtalet s 58: ”Den traditionella definitionen av spedition har i Norden varit den som tyska HGB innehåller, nämligen att spedition är ett avtal vari någon åtar sig att i eget namn men för annans räkning sluta fraktavtal.” Heidbrink hänvisar till Handelsgesetzbuch § 453 I, som anger: ”Genom speditionsavtalet blir speditören förpliktad, att ombesörja godsets försändning.” (”Durch den Speditionsvertrag wird der Spediteur verpflichtet, die Versendung des Gutes zu besorgen.”) I sammanhanget märks även § 454 I, där det framgår att försändningsplikten kan motsvara ett förmedlingsansvar. Se även § 407 HGB om fraktavtal, och jfr J Ramberg, Spedition och fraktavtal, s 8 f; Tiberg & Dotevall, Mellanmansrätt 9 uppl s 133 och Hellner, Hager & Persson, Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt, 1 häftet 7 uppl s 213 f; Lindskog, Preskription 3 uppl s 155 f, samt i noten ovan.

[37] Jfr J Ramberg, Spedition och fraktavtal s 8 och 28 och Hellner, Hager & Persson, Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt, 1 häftet 6 uppl s 206 f. Jfr även Eberstein, Om spedition och befraktning: En komparativ studie (1915), varom i not 35 ovan.

[38] Jfr J Ramberg, Spedition och fraktavtal s 8: ”Traditionellt har de nordiska speditörerna – liksom de tyska – försökt värja sig mot ansvar som fraktförare. Detta framgår av § 18 i 1959 års version av speditörsbestämmelser [NSAB 85:s tidigare motsvarighet] som

speditörerna åtagit sig allt fler uppgifter i samband med godstransporter, och det är nu vanligt att de (särskilt vid lokaltransporter)[39] åtar sig att själva utföra hela eller delar av transporten samt att därmed bära fraktföraransvar.[40] Speditören kan ha även andra från förmedling skilda uppgifter.[41] I enlighet med en av Grönfors terminologiska importer kallas gärna *speditören en kameleont*, vilken ”förändrar färg alltefter den juridiska omgivning i vilken han har försatts” eller försatt sig själv.[42] Men den vanliga *substance over form*-logiken gäller: Som HD:s dom i 2014 års fall illustrerar kan man inte dra några bestämda slutsatser om speditörens status och ansvar, eller om vilka regler som ska tillämpas, enbart av att någon betecknats ”speditör” (en beteckning som heller inte figurerar som rekvisit i någon lagregel eller motsvarande, då det inte finns några sådana specifikt för avtalstypen spedition).[43] Den materiella substansen överordnas alltså formen, och det avgörande blir transportavtalens verkliga innehåll, sådant det fastställs genom tolkning enligt allmänna principer för avtalstolkning.

---

helt kort konstaterar att speditören inte ansvarar som fraktförare »därest han ej själv utfört transporten».” Se även J Ramberg, Kommentar till NSAB 85 s 3, samt redan Hammarskjöld, Om fraktaftalet och dess vigtigaste rättsföljder (1886) s 44 ff (jfr s 3 f).

[39] Tiberg & Dotevall, Mellanmansrätt s 133, samt redan Hammarskjöld, Om fraktaftalet och dess vigtigaste rättsföljder (1886) s 45 f, och därtill Grönfors, Fraktavtalet under etthundra år, bl a s 13.

[40] Jfr Tiberg & Dotevall, Mellanmansrätt s 134: ”En speditörs uppgifter kan därmed skifta från ett åtagande av allt ansvar för en transport, till att endast avse vissa bestämda uppgifter av begränsad natur i samband med transporten.” Jfr även Ramberg, Spedition och fraktavtal s 16 ff samt Hellner, Hager & Persson, a a s 206. Heidbrink, Logistikavtalet s 62, uppmärksammar att *speditionsavtalet normalt bör betraktas som ett blandat avtal, vilket innehåller moment av olika avtalstyper*.

[41] Jfr t ex uppräkningen i § 2 i NSAB 85 (se not 47 nedan) och se t ex Ramberg, Spedition och fraktavtal s 16 ff; Tiberg & Dotevall, Mellanmansrätt s 134. I den senaste villkorsrevisionen, NSAB 2015, finns motsv bestämmelse i § 3, som inkluderar än fler tjänstetyper, se därom NJA 2022 s 574, p 11.

[42] Grönfors & Hagberg, De nordiska speditionsvillkoren s 11 f. Jfr J Ramberg, Spedition och fraktavtal s 7, varifrån citatet hämtas; Tiberg & Dotevall, Mellanmansrätt s 133; Heidbrink, Logistikavtalet s 58.

[43] Jfr t ex J Ramberg, Spedition och fraktavtal s 28; Grönfors, Almén om handelsbruk, i Minnesskrift till Almén s 136 f, och NJA 2022 s 574, bl a p 19 ff. Som fallet illustrerar finns det dock handelsbruk specifikt rörande spedition.

> Om standardkontraktet NSAB[44] ska endast noteras att det länge varit dominerande för speditionsavtal och kommit att inta en ställning jämförbar med de entreprenadrättsliga AB-kontrakten.[45] NSAB innehåller regler för olika typer av speditörsuppdrag och medger därmed viss flexibilitet.[46] HD tog som antytts fasta på villkorens *åtskillnad mellan fraktförar- och förmedlaransvar*. Skillnaden mellan dem kan sammanfattas med att det förra ansvaret är mer långtgående.[47] Regeln om *ettårspreskription* (§ 29) är generellt tillämplig, och således såväl i relationen mellan A och B, som i den mellan B och C.

Även om det därmed rörde sig om ett slags kommission så var det endast ”kommission i vid mening”; uppdraget gick ju inte ut på att sälja eller

[44] Fallet rörde 1985 års version av NSAB, men villkoren har funnits i flera versioner. Innan 1985 innehöll förkortningen även ett F (som i speditörs*f*örbund) och kallades därmed NSFAB. Den första versionen är från 1919. Villkoren reviderades 1954, 1959, 1974 och 1985. Jfr om NS(F)AB:s bakgrund J Ramberg, Spedition och fraktavtal s 36 ff och J Ramberg, Kommentar till NSAB 85 s 3 ff. De har sedermera reviderats igen, först genom NSAB 2000, och sedan av NSAB 2015. Se därom t ex Munukka, JT 2015–16 s 410 ff på s 412 och jfr Lindskog, Preskription 3 uppl s 156.

[45] Jfr J Ramberg, Spedition och fraktavtal, bl a s 39; Tiberg & Dotevall, Mellanmansrätt s 134, och Lindskog, Preskription 3 uppl s 156, som framhåller att i stort sett alla speditörer i Norden är medlemmar i Nordiskt Speditörsförbund och att dettas stadgar föreskriver att medlemmarna ska tillämpa förbundets allmänna bestämmelser (dvs NSAB) på sina uppdrag. Det utgör en viktig del av bakgrunden till HD:s avgörande i NJA 2022 s 574, där NSAB 2015 ansågs utgöra handelsbruk (se domskälens p 8 ff, särsk p 27–30).

[46] Jfr t ex Heidbrink, Logistikavtalet s 36 f, samt i not 41 ovan och 47 nedan.

[47] Fraktföraransvaret innebär att speditören mot uppdragsgivaren ansvarar för transporten även om han inte transporterar godset med eget transportmedel, § 2. En förmedlare svarar däremot inte för tredjemans åtgärder eller underlåtenhet avseende den förmedlade tjänsten, § 23. Generellt för båda ansvarsformerna gäller att speditören ska styrka att han inom ramen för uppdraget tillvaratagit uppdragsgivarens intressen med omsorg, § 4. Omsorgsplikten preciseras såvitt gäller valet av tredjeman i § 23 med att speditören för att undgå ansvar för tredjemans åtgärder har att visa att han iakttagit tillbörlig omsorg vid valet av tredjeman (motsvarande en presumtion om *culpa in eligendo*). Därigenom framgår även att den ”tredjeman” för vars åtgärder eller underlåtenhet en förmedlare inte ansvarar är de transportutförare han anlitat, det vill säga speditörens avtalsmotparter, vilka dock är tredjeman i förhållande till avtalet mellan speditören och dennes kund. Se allmänt om regelverket t ex J Ramberg, Kommentar till NSAB 85 s 4 ff; Munukka, Utomobligatoriska anspråk mot avtalsparts kontraktsmedhjälpare och mot avtalspart, JT 2015–16 s 412 och 420; Lindskog, Preskription 3 uppl s 155 f.

köpa lös egendom, utan på att sälja och förmedla transporttjänster,[48] och därmed var inte kommissionslagen (KommL) direkt tillämplig (jfr 1 §).[49]

Domstolen fann dock att det av *allmänna kommissionsrättsliga grundsatser* följde något särskilt – och det är detta konstaterande som likt en intellektuell fästing bitit sig fast, som suger, och som resten av förevarande text ska ägnas åt – nämligen att:

> ”bedömningen av frågan, om kommittentens utomobligatoriska skadeståndsrätt mot tredje man är inskränkt på grund av avtal, ska göras som om det i stället var kommittenten själv som var bunden av avtalet med den tredje mannen; avtalet har ingåtts för hans räkning. Principiellt sett gäller alltså att kommittenten inte på utomobligatorisk grund kan få bättre rätt mot den tredje mannen än vad han skulle ha haft om han själv hade ingått avtalet med denne, vilket innebär att den tredje mannen inte blir sämre ställd av att det är kommittenten och inte kommissionären som är skadelidande.”[50]

[48] Man kan visserligen tänka sig att se *rättigheten att få en tjänst utförd* som egendom, och konceptualisera den som ett överlåtbart rättsobjekt med förmögenhetsvärde. Då kunde uppdraget anses vara att inköpa denna rättighet, varvid 1 § KommL vore direkt tillämplig. Så brukar man dock inte se det. Istället ses spedition som endast ”kommission i vid mening”. HD:s skrivningar är lite svävande (se p 15–18), men det ligger närmast till hands att läsa det som att *KommL inte ansågs direkt tillämplig*. Främst är det (a) talet om ”allmänna kommissionsrättsliga grundsatser”, i p 15, och (b) ”vad som gäller vid kommission i allmänhet”, i p 18, samt (c) de källor som åberopas, jfr i not 49 nedan, som talar i den riktningen. Jfr även JustR Lindskogs tillägg, p 3 och 41. Frågan har dock ringa praktisk betydelse för detta fall; det blir samma regler oavsett om, (I) KommL tillämpas direkt, (II) analogt, eller (III) det är de allmänna principer som finner uttryck i KommL som tillämpas – med de möjliga reservationerna att (α) rättstillämpare har större svängrum att laga efter läge i de senare två fallen (II–III) och (β) det kan ha betydelse för frågan om prejudikatets räckvidd.

[49] HD hänvisar till motiven till ÄKommL i NJA II 1914 s 162, där det bl a står: ”Om och i vad mån de särskilda bestämmelserna [i ÄKommL] kunna analogt tillämpas å den, som åtagit sig att för annans räkning företaga rättshandlingar av annat slag [än att köpa eller sälja lös egendom], torde böra överlämnas åt rättsskipningen att efter omständigheterna i det särskilda fallet avgöra.” Hänvisning sker även till motsv passage i KommL-prop:en 2008/09:88 s 29 och 87 f (rätteligen borde det nog vara ”ff”, så att man täcker in även s 89 där det står: ”I flera avseenden ger lagen uttryck för vad som får anses vara allmänna rättsgrundsatser i uppdragsförhållanden. Det finns därför utrymme att tillämpa lagen analogt på den som har åtagit sig att för annans räkning företa rättshandlingar av annat slag än sådana som omfattas av tillämpningsområdet. Detta är en fråga som får avgöras i rättstillämpningen efter omständigheterna i det särskilda fallet. Också i övrigt ger lagen i stor utsträckning uttryck för allmänna förmögenhetsrättsliga principer.”).

[50] NJA 2014 s 760, HD:s domskäl, p 17.

Vilka ”allmänna grundsatser” det rörde sig om specificerades inte närmare. Det framgår varken var de står att finna eller vad de närmare besett innebär.[51] Dylika *underspecificerande resonemangsformer* är förvisso också frekvent förekommande, när HD hänför sig till ’allmänna grundsatser’ – eller för den delen ’principer’, som synes användas synonymt.[52] Någon har humoristiskt föreslagit att allmänna principer är HD:s svar på en kanin i hatten: något som liksom dras fram, till allmän förundran och förtjusning.[53]

Oberoende av formens utbredning, kan passagen dock, föreslår jag, läsas som del av *ett enthymemiskt resonemang*. Domstolens beskrivning är som synes postulativt formulerad: den anger endast resultaten, utan att beskriva hur de nås, eller vilka skäl som föranleder dem. Passagen kan därmed läsas som att en premiss, som krävs för att man ska kunna förstå domen, och dess betydelse som vägledande prejudikat, lämnats underförstådd. (Vad är det egentligen för regel som är i spel här? Hur fungerar den? Hur är den rättstekniskt konstruerad? Vad är dess grund?) Läser man passagen på det sättet låter sig också resonemanget förstås som *amfiboliskt*, eftersom man, till följd av att uttrycket ’allmänna grundsatser’

[51] Därom är inte ens Lindskog i sitt rekordlånga tillägg explicit, även om han ger vissa antydningar, särsk i p 46.

[52] Jfr t ex (godtyckligt valt) NJA 2018 s 653 p 21, 33, 38 f, 47; NJA 2019 s 259, p 15 och 31 f (jfr även p 24 i föredragandens förslag), och NJA 2021 s 46, p 7 och JustR Mattssons tillägg. Jfr även nestor Bengtsson, Om allmänna skadeståndsrättsliga principer, JT 2017–18 s 265 ff (som genomgående synes använda termerna synonymt).

[53] Metaforen kan varieras. Trolleritrick – magi – består, som bekant (för oss som följer Batmans bisysslor), av en typisk dramaturgi: Först, Löftet (*The Pledge*), där man presenterar något ordinärt – en hatt – och förklarar att något extraordinärt kommer att hända med det. Sedan, Vändningen (*The Turn*), där det extraordinära inträffar – en kanin stoppas ned i hatten, och försvinner! Hattens insida förevisas publiken, den vänds upp och ned, men icke, det oskyldiga, söta, mjuka lilla djuret är borta. Går allt som smort är publiken då fångad, i ett tillstånd någonstans mellan förtjusning, förundran och förskräckelse. Det är dags för det sista steget: Upplösningen (*The Prestige*), det moment varigenom allt återställs till det normala – kaninen dras fram igen, och visas upp, välbehållet fluffig. Publiken kan andas ut, fortfarande förundrad (”Hur gick det där till?”), men trygg; osäkerhetsmomenten är över. Som detta illustrerar är dramatikens kärna ingalunda kaninen. Den är mest en distraktion, och därmed inte vad man borde se den allmänna grundsatsen eller principen som. Den borde istället förstås som hatten: Det synliggjorda verktyg som möjliggör hela den förundrande manövern; både medel och gömsle, och det domarens konstgrepp som borde betraktas som det egentligt intressanta: Hur f u n g e r a r detta synbarligen ordinära verktyg? Vad döljer sig egentligen här? – *Det är i hatten själva magin sitter!*

är flertydigt, kan tänka sig *olika premisser som skulle kunna få det hela att gå ihop*. Fallet torde därmed, beroende på vad man läser in i uttrycket, kunna fås att falla på plats på olika platser, i rättssystemets harmoniska helhet.

Ser man det så – om man väljer att läsa domen på det sättet – börjar förstås frågorna pocka på: Vilka premisser k a n man läsa in? Vilka framtida argumentationslinjer kan fallet därmed åberopas till stöd för? Och är det är någon premiss man b o r d e läsa in, såsom den ”rätta”? I nästa avsnitt skall några möjliga premisser presenteras, varvid alltså det implicita skall expliceras, det begravda grävas fram, för att utläggningsvis analyseras, såsom möjliga alternativa premisser till förklaring av HD:s ståndpunkt.

4 Om olika tolkningsmöjligheter

4.1 Tolkningsalternativen och övertydligt förtydligande av problemet

Genast skall dock två saker avslöjas. Dels, att ett sätt att läsa domen framstår som starkare än de andra. Dels, att vi, trots detta, kommer att tillåta oss att ta avvägar, istället för att bara postulera ett sätt som det **Rätta™**. För att dock anvisa den stressade läsaren en genväg kan sägas att vi kommer avfärda tre möjliga tolkningsalternativ, för att slutligen stanna för att det fjärde inte låter sig avfärdas. Någon kan säkert tycka att det innebär lång dags färd mot natt, men jag vill hävda att en färds mödosamma vandring, över olika platser, kan vara mödan värd. Längs vägen kan det finnas utsikter, som ger insikter, och utan att följa den kan man inte vara säker på hur man kom dit, där man till slut är. Risken är att det då känns som en kidnappning: När påsen dras av huvudet, kan man visserligen se det lilla rum man är inlåst i, men har ingen aning om var rummet är, hur man hamnat där, vad man missat, eller hur man tar sig därifrån! Den frihetsbejakande författarens förhoppning är också att läsaren följer med frivilligt.

Till saken. Ytligt betraktat är domstolens sätt att motivera (C–B-) avtalets tredjemansverkningar (mot A) ganska lättgenomskådligt. För att inte erhålla ”bättre rätt” än kommissionären (B) får kommittenten (A) finna sig i att tredjeman (C) kan göra samma invändningar gällande mot motpartens krav, oberoende av om det är huvudman eller mellan-

man som kräver; för att inte försämra tredjemans ställning måste samma invändningar få göras gällande mot transportkundens krav, som hade kunnat användas för att värja sig mot speditörens krav. Och till dessa räknades preskriptionsinvändningen, som innebar att transportkundens krav skulle ogillas.

Så långt allt väl. Det är dock alltså *inte entydigt v i l k a allmänna grundsatser* det egentligen var som ledde dit. Det finns, tror jag, fyra tänkbara vägar. Den ovan citerade skrivningen kan antas bygga på:

i. tankar om vem kommissionärsfordran (”egentligen”) tillkommer,
ii. konsekvensfokuserade symmetristrävanden,
iii. tankar om cederade anspråk, eller
iv. tankar om vad som följer av mellanmannens rättshandlande som sådant (behörighet).

De fyra argumentationsvägarna löper delvis samman, men det finns utrymme att hålla, eller med milt våld dra, isär dem, och att därmed lägga in olika betydelser i avgörandet. De olika tolkningsalternativen tycks alla t ä n k b a r a. Förevarande författare har som sagt en favorit, och vill nog mena att de andra framstår som sämre tolkningar av det samlade rättskällematerialet, men *favorisering måste ofrånkomligen bygga på att vissa källor ges företräde framför andra*. Tolkningsalternativen tycks nämligen alla kunna underbyggas, genom att tonvikt läggs på dels olika skrivningar i domskälen, inte minst på olika delar av den nyss citerade passagen, som innehåller uttryck vilka leder tankarna i olika riktningar, dels andra källor ur rättskällekontexten, inklusive det omfattande tillägget till domen.

Innan vi går närmare in på de olika tolkningsalternativen skall dock, med risk för att vara övertydlig, *preciseras vari problemet består*. Den i 2014 års fall avgörande frågan rörde tredjemannens rätt mot kommittenten,[54] specifikt om undertransportören C kunde rikta en invändning mot transportkunden As utomobligatoriska skadeståndsanspråk, när inván-

[54] Redan här kan noteras att det i målet inte var fråga om något sådant konsumentfall som regleras i 25 §, eller om att kommissionären handlat i strid med uppdraget jämlikt 26 §. Jfr i och kring not 174 nedan.

ningen grundades i kommissionärsavtalet.[55] För denna fråga framstår 24 § KommL som den centrala regeln, då lagrummet kan läsas som att det borde utesluta varje sådan rätt. Lagrummet lyder ju:

> ”Genom avtalet mellan kommissionären och tredje man förvärvar tredje man rätt mot kommissionären men inte mot kommittenten.”,

och om nu inte tredjeman får någon rätt mot kommittenten … ja, då borde han väl inte heller få någon invändningsrätt?

Då dock HD:s avgörande svårligen kan läsas på annat sätt än som att tredjeman fick göra en invändning grundad i kommissionärsavtalet gällande mot kommittentens utomobligatoriska krav, ger alltså domen vid handen att *tredjeman genom kommissionärsavtalet f i c k en rätt mot kommittenten*. Problemet kan därför gestaltas som ett lagtolkningsproblem, och fångas i frågan om hur domen skall rekoncilieras med KommL:s bestämmelse. Det är mot detta mål de fyra tolkningsalternativen strävar. De innebär sätt att neutralisera den hotande motsättningen, och få fallet att falla på plats som rättdömt. Vi kan börja med den sämsta vägen ditåt, så får vi den ur vägen.

4.2 Frågan om vem kommissionärsfordran egentligen tillkommer

Det första tolkningsalternativet bygger på *en klart stiliserad realistisk estetik*,[56] och borde därmed främst tilltala realister av det mer övertygade slaget. Som argumentation betraktad bygger det på att man genast(”, om än bara för stunden,”) förskjuter själva lagbestämmelsen till bakgrunden, och därigenom operationaliserar en klassisk realistisk figur, väl förenlig med realismens företrädesvis utfallsorienterade argumentationsmodus, vilken kan stödjas med supplerande argument byggda på det förkastliga i ”lagpositivistiska” förhållningssätt. Efter att ha fört undan regeln (den

[55] Även om svaranden hade även andra grunder för bestridandet, blev alltså denna fråga avgörande för HD.

[56] Jfr Schlag, The Aestethics of American Law, Harvard Law Review 2002 (vol 115) s 1047 ff, där mycket som sägs om den amerikanska realismen är överförbart också på den skandinaviska.

blott formella representationen av regeln?)[57] kan själva saken (*re*) analyseras, i *re*alistiska termer, i jakt på en pragmatisk lösning. (Och vid denna punkt ska man enligt genrens konventioner lägga sig till med en röst som signalerar att det som anförs är obestridliga självklarheter:) Vad det här – i själva verket – handlar om,[58] är en trepartskonstellation, med två formellt sett åtskilda avtalsrelationer. Åtskillnaden är dock endast just formell: relationerna utmärks av ett såväl funktionellt som ekonomiskt samband – reellt sett rör det sig om en kontraktskedjesituation,[59] där speditören[60], ju,[61] agerar för transportkundens räkning: Det är transportkunden som ska nyttiggöra sig den köpta tjänsten – transporten tillkommer honom,[62] egentligen är det *hans*.

> *Vem som ska betraktas som ägare till kommissionärsfordran* var omdiskuterat redan vid tillkomsten av 1914 års kommissionslag (ÄKommL). Obligationsrättskommittén skrev i motiven att åsikterna gick isär – i Danmark och Norge ansågs kommittenten vara ”den verklige fordringsägaren”,[63] medan den i Sverige förhärskande, och i tyska och schweiziska lagar uttryckta,[64] meningen var att det var kommissionären.[65] Pragmatiskt fann kommittén,

[57] Nej, så ska man nog inte säga… Även om det adresserar en populär antiformalistisk topik så ligger nog invändningen om ”idealism” alltför nära. (”Om det är blott en formell representationen, vad är då den ’egentliga’ regeln?”)

[58] Notera dels statusbestämningen, dels de verklighetsmonopoliserande ”i själva verket”/”reellt sett”/”egentligen”-konstruktionerna, och jfr därtill O Mossberg, Avtalets räckvidd I, dels s 215 ff, dels not 2377 och 2039.

[59] Det är skumt att man kan komma undan med att säga så (för det kan man), då det väl knappast är mer ”realistiskt”, i realistisk mening, att tala om en kontraktskedja, än vad det är att tala om separata avtalsrelationer.

[60] Ordvalet markerar (genom att välja bort kommissionsterminologin) en ytterligare subtil glidning, från ”de formella reglerna”, mot den ”verkliga situationen”.

[61] Jfr Hansson, Kollektivavtalsrätten s 297 not 1020.

[62] Här följs KommL:s (43 §) val av maskinulinpronomen (honom/hans). Den kortare formuleringen blir mer slagkraftig än ”hans eller hennes” (som inte heller är bra, då parterna kan vara könlösa juridiska personer) och ”hen”-varianten känns (ännu) för ovan.

[63] Se NJA II 1914 s 280; Lassen, Haandbog i obligationsretten: Speciel del (1897) s 746 (§ 140.II) och jfr Lassen, Haandbog i obligationsretten: Almindelig del (1920) s 222 ff (I § 24.III) samt t ex Ussing, Aftaaler paa formurettens omraade 3 uppl s 356 ff m hänv.

[64] Se § 392 i tyska HGB, respektive § 401 i schweiziska OR (femte delen av ZGB), enligt vilka överlåtelse fordras, innan kommittenten kan göra kommissionärsfordran gällande mot tredjeman.

[65] Se propositionen i NJA II 1914 s 280 (citeras i fulltext av Håstad, SvJT 2017 s 361). Se även a prop s 292. Jfr även Rodhe, Handbok i sakrätt s 237 f; Lindskog, Om kvittning

som fick medhåll av lagstiftaren, att det vore förhastat att ”lagfästa någon viss teori” i frågan, och överlämnade den istället ”till vetenskapen”.[66]

Några år senare tog Phillips Hult emot passningen, undersökte frågan, och fann att äganderätten vid handelskommission borde anses vara *delad* mellan kommittenten och kommissionären.[67] Frågan har senare berörts av, å ena sidan, främst Stefan Lindskog och Svante O Johansson vilka anser att *kommittenten* är den egentlige borgenären och bör anses äga fordran,[68] samt, å andra sidan, främst Torgny Håstad som menar att frågan om vem som äger fordran är irrelevant och felställd, men att man ändå som utgångspunkt borde hantera det hela som att det är *kommissionärens* fordran.[69]

Håstads position är möjligen lättare att förena med KommL:s utformning (som han i och för sig också bidragit till, bl a som ordförande i Kommissionslagskommittén).[70] Fokuserar vi på de egentliga kommissionslagsfallen, så kan man förstås säga att egendomen ”i slutändan” ”ska till”

---

och kommission, SvJT 1989 s 683 ff, på s 685 och Håstad, Om kvittning vid kommission och dylikt, Festskrift till Jan Ramberg s 275 f.

[66] Se NJA II 1914 s 280.

[67] Hult, Om kommissionärsavtalet I s 206 ff.

[68] Se S O Johansson, Kommissionslagen s 326 ff (bl a s 327: ”Mellan kommissionären och kommittenten är det den senare som ’äger’ fordran” (jfr även i not 80 nedan), och se t ex Lindskog, SvJT 1989 s 683 ff, ssk s 685 ff, tydligt på s 693: ”En riktig lagtolkningsmetod erkänner att ett begrepp som borgenär har ett självständigt betydelseinnehåll. Borgenär till en fordring är då den som ’äger’ fordringen, d. v. s. den som skall tillgodogöras det värde fordringen representerar och också står den primära risken för värdeminskning. Med denna generella utgångspunkt – som gäller jämväl vid pantsättning, inkassouppdrag, samfordringsrätt, partrederiförhållande etc. – är huvudmannen att anse som borgenär till kommissionsfordringen.” Jfr även Lindskog, Kvittning 3 uppl s 157 f (och därom Håstad, SvJT 2017 s 360); Lindskog, Betalning s 668 ff (14.2, i 3 uppl s 957 ff) (och därom Håstad, a a s 360 f).

[69] *Orden*, t ex ”äganderätt”, ska ju inte vara avgörande, det ska istället de reella ändamålsskälen vara, konsekvent med Håstads bekännande hållning till den nordiska rättsrealismen. Se t ex Håstad, Rättsdogmatik in absurdum?, SvJT 2017 s 357 ff (inte minst s 364 och 367 samt sågningen mitt på s 365). Det absurda menas vara att HD låtit onyanserade och i praktiska realiteter föga förankrade dogmatiska överväganden kring vem som är ”ägare” avgöra konkreta frågor om olika krav, specifikt i rättsfallet NJA 2014 s 935. (Jfr dock Håstad, Studier i sakrätt s 49, och därom Lindskog, SvJT 1989 s 685 not 13.) De kvittningsöverväganden som anses relevanta berörs ingående i Håstad, Om kvittning vid kommission och dylikt, Festskrift till Jan Ramberg s 273 ff. Jfr även SOU 1988:63 s 187.

[70] Se om Håstads roll även 4.3 nedan. Det här är förresten inte avsett som ett implicit auktoritetsargument av typen ”han skrev lagen, så han vet bäst!”, utan snarare som ett uppvisande av hur insyltad han är i frågan och som ett litet tecken på hur personberoende svensk rättsutveckling kan vara.

kommittenten, samt att det gäller både inköpt eller oförsålt kommissionsgods och medel som inflyter i anledning av fordringar mot tredjeman,[71] vilka kommittenten dessutom som huvudregel har rätt att ta över (27 § KommL). Det starkaste argumentet för att fordran skulle vara kommittentens är dock möjligen att, om kommissionären har ett alltför starkt eget intresse i fordran mot tredjeman, så är rekvisitet ”för annans räkning” inte uppfyllt, varvid det per definition inte kan röra sig om kommission.[72] Det finns dock skäl även för motsatsen, det vill säga att tillskriva kommissionären äganderätten till kommissionärsfordringarna. Det är kommissionären som är tredjemans avtalsmotpart, och som med utgångspunkt i denna sin egenskap är såväl materiellt berättigad som aktivt och passivt legitimerad borgenär –[73] och som därmed, i avsaknad av konkurskomplikationer, kommittentens övertagande, eller atypiska betalningar i någon riktning,[74] bör betraktas som tredjemans ”egentlige” borgenär, såtillvida att tredjeman är såväl berättigad som förpliktigad att fullgöra till denne, medan han kan vägra att fullgöra till kommittenten. Hade det inte varit utgångspunkten hade för övrigt regeln om kommittentens övertaganderätt över huvud taget inte behövts. – och det här är del av skälet till att det förevarande första tolkningsalternativet är det sämsta sådana, då det alltså bygger att på att man förfäktar den motsatta positionen, enligt vilken det är kommittentens fordran: Man (över)betonar att, som HD skrev, ”avtalet ingåtts för hans räkning” och anför detta som skäl för att se det som att avtalsföremålet (transporttjänsten) ”egentligen” tillkommer huvudmannen–transportkunden.

Så långt, tjänar dylika argumentationslinjer till att *destabilisera åtskillnaden mellan de olika relationerna*. Dylika de-differentieringsstrategier kan ha åtminstone två olika poänger. För det första att motverka och misstänkliggöra ställningstaganden som bygger på det ”formella” argumentet att det är just åtskilda relationer, mellan olika personer. För det andra att

[71] Jfr, om att egendom är ”på väg förbi” någons förmögenhet, O Mossberg, Avtalets räckvidd s 718 med not 2827, 763 f.

[72] Se om kommissionsklassificeringen i not 200 nedan.

[73] I 60 § ÄKommL fanns en regel om att fordringsrätten mot tredjeman allenast må göras gällande av kommissionären. Motsvarande bestämmelser saknas i KommL (jfr dock 28 §), men av motiven framgår att detsamma ska gälla, se prop 2008/09:88 s 60 och 136 samt jfr S O Johansson, Kommissionslagen s 335 f och jfr s 326 f. Den passiva legitimationen reglerades i 62 § ÄKommL, men se därom a prop s 61 f och jfr i not 74 nedan.

[74] Märk dock 30 § KommL (och 63 § i ÄKommL), samt i anslutning därtill Håstad, Svaret finns i lagboken, JT 2012–13 s 972 ff.

genom upplösningen av skillnader åvägabringa ett slags positionsförskjutning, där kommittenten ställs i kommissionärens skor, eller de två smälter samman – på så vis att invändningar mot den ene kan göras gällande också mot den andre. Så kan extremformen av dedifferentiering sägas vara identifiering.

Med en rejäl portion god vilja, och en nypa fantasi, kan också delar av HD:s resonemang läsas som konsekvent med tanken att kommissionärsfordran tillhör kommittenten, på så vis att de därtill hörande begränsningarna, i form av avtalsgäldenärens invändningsrätter, kan göras gällande mot kommittenten som den egentlige kommissionärsavtalsborgenären.

Notera hur den här argumentationslinjen, för att nå sitt mål, måste bli *estetiskt inkonsekvent*: Först fordras operationalisering av utpräglat realistiska, i bemärkelsen anti-formalistiska, strategier, medelst vilka man i realiteternas namn placerar ägandet av kommissionärsfordringarna hos kommittenten. Sedan måste man tvärt göra helt om, och börja operationalisera formalistiska strategier, för att dra slutsatser av att äganderätten sålunda placerats.[75]

Tillåter man sig dock att följa det formella spåret, och *utgår ifrån att rätten mot tredjeman är kommissionärens*, dvs från motsatsen till den aktuella argumentationslinjens premiss, så krävs en del för att få ihop det. För att kunden ska ställas i speditören-kommissionärens skor, får man tänka sig (I) att speditören haft ett krav mot undertransportören-tredjeman, (II) att kunden såsom kommittent haft en rätt att ta över detta krav (jämlikt 27 § KommL?) samt (III) att, man vid bedömningen av fallet ska hantera situationen *som om* kunden också gjort det,[76] på så vis att de ur avtalet härflytande begränsningarna av den i detsamma grundade rättig-

[75] Estetiska inkonsekvenser borde kanske inte vara så tilltalande, rent estetiskt, men icke desto mindre synes estetiskt inkonsekventa argumentationslinjer inte vara ovanliga, och de kan mycket vara praktiskt effektiva.

[76] Det ligger nära till hands att tänka sig att det i så fall kunde ha rört sig om *inomkontraktuella skadeståndskrav i två led*. Det kunde därvid diskuteras om sambandet mellan fordringarna i de båda leden (transportkunden As krav mot transportören B kauserar Bs krav mot undertransportören C) innebär att A borde medges direktkravsrätt mot C (jfr O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 731 ff m hänv). I så fall vore det naturligt att A, vars direktkrav är härlett från B, får hålla sig inom Bs berättigade krav. Inte ens den som övertygats om sambandsargumentets relevans för direktkrav borde dock medge direktkrav i fallet, då B inte var insolvent. Det framstår också som tveksamt om A bort kunna få

heten skulle göra sig gällande också mot den nya ägaren. I så fall framstår dock resonemanget som rätt problematiskt. Dedifferentieringsstrategin blir långtgående. Utöver skillnaden mellan olika personer och relationer, måste man bortse också från flera andra distinktioner (som den mellan rättigheter och skyldigheter, och såvitt gäller preskriptionsvillkorets omfång även den mellan kontrakt och delikt).[77] Även bortsett från detta, så hade *transportkunden A rent faktiskt i n t e tagit över speditören Bs krav mot undertransportören C*.[78] Om frågan om övertagande h a d e väckts, så hade kunden rimligen inte heller velat ta över kravet, då den ju alldeles uttryckligen ville kräva på utomobligatorisk grund.

Om man då istället *utgår från att kommissionärsfordran tillhör kommittenten*, dvs från det som är grunden för det här aktuella tolkningsalternativet, så gör sig samma problem inte gällande. Man behöver inte överta något man redan har, och har man det redan behöver det inte vara något hinder för ens havande att man inte vill ha det. De objektiva omständigheterna trumfar den subjektiva inställningen, så till den milda grad att den blir irrelevant (det var länge sedan det var moderiktigt att diskutera i termer av *animus possidendi*), och så länge man inte avhänt sig det havda, vilket transportkunden ju inte hade, så har man det kvar. – Om då den ur kommissionärsavtalet härflytande fordringen skulle anses vara transportkundens rätt, redan från början, så finns det väl också något slags logik i att de till fordran knutna begränsningarna, i form av gäldenärens invändningsrätter, kan göras gällande mot den transportkund till huvudman som alltså är rättighetshavare. Annorlunda uttryckt: Kom-

---

skadestånd av B, som bara hade förmedlaransvar och därmed inte svarade för C, jfr 2, 4 och 23 §§ NSAB 85 samt p 13–15 i HD:s domskäl i NJA 2014 s 760, notera att det inte finns något som tyder på att B inte iakttagit tillbörlig omsorg vid valet av C (även om man skulle presumera *culpa in eligendo* så innebär väl det begränsade utbudet på transportmarknaden vid Arlanda att B svårligen kunnat välja någon annan, vilket talar emot culpa och för att anse en sådan presumtion bruten).

[77] Märk att HD dock inte synes ha haft något problem att i det aktuella fallet bortse från den senare distinktionen, då preskriptionsvillkoret ju ansågs omfatta också det utomobligatoriska anspråket.

[78] Notera att KommL uppställer vissa krav för att övertaganderätt ska få utövas – här märks främst att kommissionären ska underrättas om att kommittenten utnyttjar sin övertaganderätt, vilket alltså inte skett.

missionären f ö r v a l t a r endast kommittentens egendom,[79] i form av avtalsrättigheterna mot tredjemannen; *det är kommittenten vilken, som ä g a r e, står eventuella risker egendomen är förenad med*,[80] inklusive risken för att en fordran till följd av preskription inte kan utkrävas. Tanken vore att kommittenten redan från början, utan att behöva överta kommissionärens fordran mot tredjeman, står i kommissionärens skor, och därför inte kan undvika att känna av dem, även om de råkar vara mindre bekväma än vad kommittenten kanske hade önskat.

Det här är dock inte ett bra argument. Dels bygger det på en ganska dålig analys, där saker (parter, argument, estetiker) får smälta ihop till en opak sörja, istället för att brytas ned och hållas isär (ἀνάλυσις). Dels bygger det på en premiss (om att kommittenten äger kommissionärsfordran) vilken, på sin höjd, är o s ä k e r. Utifrån ett realistiskt perspektiv borde det väl också nästan reflexmässigt ifrågasättas hur meningsfullt det är alls att tala om vad som ”egentligen” gäller för ”ägandet” av kommissionärsfordringarna.[81] Annat än möjligen för att av heuristiska eller pedagogiska skäl ge en ungefärlig tumregel för hur man kan tänka – vilken dock sedan genast måste nyanseras, med diverse kvalifikationer, komplikationer och undantag.

Om man dock, och trots allt, insisterar på att meditera över ägandefrågan, så synes HD:s dom i 2014 års mål möjligen konsekvent med att fordran tillkommer kommittenten. Fallet kan därmed tänkas åberopas till stöd för detta. Det måste dock framstå som ganska tveksamt att anse frågan avgjord genom fallet, särskilt som det finns andra källor som pekar i annan riktning.[82] Även om HD:s dom läses som konsekvent med tanken att kommittenten äger kommissionärsfordringarna, så verkar det också rätt osannolikt att HD, genom några korta meningar, i förbifarten, och på ett

[79] Jfr Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt 7 uppl s 368.

[80] Jfr S O Johansson, Kommissionslagen s 327, där citatet från not 68 ovan, om att det mellan ”kommissionären och kommittenten är det den senare som ’äger’ fordran” fortsätter med att kommittenten är ”den som ska tillgodogöras det värde fordran representerar och som också står den primära risken för värdeminskning. Med denna utgångspunkt är kommittenten att anse som den egentlige borgenären till kommissionärsfordran.” Jfr även a a s 355 f, Lindskog, SvJT 1989 s 690 ff, Håstad, Om kvittning vid kommission och dylikt, Festskrift till Jan Ramberg s 276 samt i a not a st:n.

[81] Just den estetiska inkonsekvensen borde vara svårsmält. Jfr om Håstad vid not 69 ovan.

[82] Se alltså den packade texten strax ovan m hänv.

tämligen underförstått sätt, samt utan att vare sig presentera frågan eller ange några egentliga skäl till svaret, avsett att avgöra en mer än sekelgammal tvistefråga vilken kanske bara något enstaka justitieråd ens tänkt på.

Det aktuella tolkningsalternativet lider även av ett annat problem, då det knappast är givet att det (hypotetiska) faktum att kommissionärsfordran tillkommer huvudmannen innebär att tredjemannen också ska ha invändningsrätt mot honom – särskilt inte när det framställda kravet byggs på annan, utomobligatorisk grund. Det måste inte finnas någon symmetri däremellan.

4.3 Asymmetriska relationer och aktivistiska symmetristrävanden

Domen från 2014 kan sägas röra *avtals tredjemansverkningar*, eftersom preskriptionsvillkoret i kommissionärsavtalet fick verkan mot transportkunden, som inte var part i detsamma. För att inte erhålla ”bättre rätt”, än mellanmannen, fick ju huvudmannen tåla att tredjemannen kunde rikta samma invändningar mot motpartens krav, oberoende av om det var mellanman eller huvudman som krävde: För att tredjemans ställning inte skulle försämras måste han ha rätt att rikta samma invändningar mot transportkundens krav, som kunnat användas för att värja sig mot speditörens sådana.[83] Fallet kan dock tolkas på olika sätt, och genom att arbeta med olika delar av den kontextuella källbilden kan man, som sagt, väva lite olika berättelser, som alla har skäl för sig, såtillvida att de har n å g o t källstöd. Här ska vi väva en sådan, vilken alltså innebär ett möjligt sätt att tolka 2014 års dom för att identifiera dess betydelse som betydelsefull systematisk nyhet. Utgångspunkten är alltjämt 24 § KommL, en bestämmelse som efter ett långt arbete med nya KommL kom att

[83] Jfr JustR Lindskogs tillägg i NJA 2014 s 760, p 45: ”HD har genom sitt förevarande avgörande klarlagt att vid kommission är kommittenten (A) i princip bunden av vad kommissionären (B) har avtalat med den tredje mannen (C) även i fråga om utomobligatoriska krav som A riktar direkt mot C. Det kan också uttryckas så, att det i fråga om sådana krav, på motsvarande sätt som beträffande kontraktuella krav, i princip inte för C gör någon skillnad om det är B eller A som vänder sig mot honom (d.v.s. att C ska ställas som om A inte hade funnits).”

ändras ganska marginellt.[84] Den har därmed en innebörd väsentligen överensstämmande med 56 § 1 st ÄKommL, som ursprungligen löd så:

> ”Genom avtal, som kommissionären, för kommittentens räkning men i eget namn, ingår med tredje man, förvärvar denne fordringsrätt allenast mot kommissionären och icke mot kommittenten.”[85]

Regeln diskuterades ingående under arbetet med nya KommL. De två viktigaste utredningarna kom under 1980-talet, författade av *Kommissionslagskommittén*, som hade först Kurt Grönfors och sedan Torgny Håstad till ordförande. I den första av utredningarna (*SOU 1984:85 Handelsagentur och kommission*) beskrivs den enligt 56 § ÄKommL gällande rätten så:

> ”det är kommissionären själv och inte huvudmannen som genom avtalet blir förpliktad i förhållande till tredje man. Genom avtalet förvärvar således tredje man fordringsrätt endast mot kommissionären och inte mot huvudmannen. Denna grundsats har bedömts vara utomordentligt viktig och den är därför inarbetad i 56 § första stycket [Ä]KommL. *Huvudmannen står helt och hållet utanför [kommissionärs]avtalet* […] Med fordringsrätt avses inte bara befogenhet att kräva avtalets fullgörande utan därmed förstås varje slag av obligatorisk rättighet som kan tillkomma en säljare mot en köpare och vice versa.”[86]

Regeln ses därmed som *en bekräftelse av principen om avtalets subjektiva begränsning*,[87] och detta bekräftas väsentligen i den senare av utredningarna (*SOU 1988:63 Kommission och dylikt*), där det uttryckligen sägs att:

[84] Se allmänt om ärendets beredning prop 2008/09:88 s 18 ff. Se specifikt om relationen till tredjeman a prop s 56 f och 130 samt SOU 1988:63 s 139 ff, särsk 161 f och 259 ff, särsk 265.

[85] Vid införande av direktkravsrätten i konsumentköplagen ändrades lydelsen till: ”Genom avtal, som kommissionären, för kommittentens räkning men i eget namn, ingår med tredje man, förvärvar denne fordringsrätt mot kommissionären och inte, i vidare mån än som följer av 56 a § [motsv 25 § i 2009 års KommL], mot kommittenten.” (se prop 1989/80:89 s 57). Märk att lagstiftaren alltså strök ordet ”allenast”.

[86] SOU 1984:85 s 68, min kurs. Inskränkningen till säljare och köpare betingas av lagens tillämpningsområde.

[87] Se därom O Mossberg, Avtalets räckvidd I, passim, och i anslutning till 24 § KommL inte minst s 558 ff.

> ”Ett avtal ger normalt upphov till förpliktelser bara för avtalsparterna. Regeln i 56 § 1 st [Ä]KommL är därför i överensstämmelse med allmänna principer. Den lyder: [se ovan]
>
> *Huvudmannen står alltså i princip utanför avtalet*.”[88]

Som uttrycket ”i princip” ger vid handen gäller regeln inte undantagslöst, och mycket riktigt nämner kommissionslagkommittén strax några undantag. De som nämns är dock av allmän karaktär (typ: regeln om hemulsansvar i 4 kap 22 § JB), snarare än något som gäller specifikt vid kommission.[89] De kommissionsrättsliga undantag som nämns gäller istället dels hur kommittenten eller tredjeman blir ägare till kommissionsgodset direkt genom kommissionärsavtalet (53 § ÄKommL/23 § KommL), dels den i direktkravsdiskursen så uppmärksammade frågan om tredjemans eventuella rätt till kommissionärens fordran mot kommittenten på grund av att kommissionären tvingats fullgöra avtalet med

[88] SOU 1988:63 s 139 f. Märk nyansskillnaden mellan utredningarna (”helt och hållet”, ”i princip”, och jfr även prop:en här strax). Jfr även vid och i not 156 nedan samt prop 2008/09:88 s 130 (min kurs), med specialmotivering till 24 § KommL: ”Det utmärkande draget för kommission är att kommissionären handlar i eget namn när avtalet ingås för kommittentens räkning. Detta innebär att det enbart är kommissionären som genom avtalet blir förpliktad i förhållande till tredje man. […] I bestämmelsen anges att tredje man inte får någon rätt mot kommittenten på grund av avtalet med kommissionären. *Kommittenten står alltså i princip helt utanför avtalet med tredje man*. […] Tredje man kan alltså inte med stöd av kommissionsavtalet rikta några krav mot kommissionären. Fullgör kommissionären inte det avtal som han har ingått med tredje man, får denne i vanlig ordning skaffa sig en exekutionstitel för sin fordran och ansöka om verkställighet mot kommissionären.”

[89] Se SOU 1988:63 s 139 f, där konsumentköplagens då ännu bara (genom SOU 1984:25) föreslagna direktkravsregel nämns, jämte, med hänvisning till Grönfors, vissa fall där ”annan än den formella avtalsparten ibland hållits ansvarig på grund av bulvanskap”. Därtill anges endast: ”Ytterligare exempel finns, se Hellner [Speciell avtalsrätt II] s. 275 ff” som dock inte innehåller något för våra syften intressant (det är bara det vanliga uppräknandet av potentiella undantag från den allmänna avtalsrättsliga principen).

tredjeman (täckningsfordran).[90] Därutöver nämns inga undantag.[91] Intrycket blir att avtalsförhållandena är separata, varför utgångspunkten kunde tyckas såväl given som enkel: Helt i linje med *den avtalsrättsliga relativitetsprincipen*[92] gäller tredjemans avtalsgrundade rättigheter i relation till den omedelbara avtalsmotparten, dvs kommissionären.[93] *Avtalsrättigheter är relationella*: de gäller i relation till den som bundits genom rättshandlande – de gäller inom avtalsrelationen – inte i relation till någon som råkar medelbart berättigas genom detsamma.[94, 95] Enkelt. Ordning och reda.[96]

Det är utgångspunkten, och det är i förhållande till denna utgångspunkt 2014 års fall blir spännande, som ett möjligt undantag, varvid domen kan uppfattas som i systematiskt hänseende innovativ. *Transportkunden As utomobligatoriska rätt har, principiellt sett, inget att göra med avtalet*, i något led. Kunden hade ett rent utomobligatoriskt skadeståndsanspråk, grundat i skadeståndslagens allmänna regler. Trots det

[90] SOU 1988:63 s 140: ”Tredje mans avtal med kommissionären ger alltså normalt inte upphov till någon rätt för tredje man att vända sig direkt mot huvudmannen med *sitt* anspråk mot kommissionären. En annan fråga är om tredje man får göra gällande *kommissionärens* fordran mot huvudmannen på att erhålla gods eller pengar för fullgörande av avtalet med tredje man (kommissionärens täckningsfordran).” Se därom O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 731 ff.

[91] Se – förgäves – SOU 1988:63 s 139 ff. Jfr även prop 2008/09:88 s 57.

[92] Eller principen om avtalets subjektiva begränsning, bara parterna-principen, med flera namn. Se om principen och terminologin t ex O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 39 ff m hänv. Smaksakligt sett har jag egentligen lätt att instämma i Lindskogs invändningar mot ’relativitetsprincipen’ (se Betalning 3 uppl not 840), men den gör sig bra i ordlekar om att avtalsrättigheter är relationella (vilket ju är poängen med ”relativiteten”, snarare än något mer Einsteinskt.)

[93] Jfr t ex NJA II 1914 s 166 (”Det torde knappast behöva påpekas, att lagens bestämmelser skola vika för avtal allenast för så vitt den, mot vilken avtalet åberopas, däri deltagit”), eller Dotevall, Fullmakt och immateriella tjänster s 117 f.

[94] Se t ex Zackariasson, Direktkrav s 25 ff; Dotevall, Fullmakt och immateriella tjänster s 117 f, S O Johansson, Kommissionslagen, bl a s 15 och 293, samt Ulfbeck, Kontrakters relativitet s 31 ff.

[95] Ens givet att allmänna principer om *obehörig vinst* kan åberopas som omedelbart grundlag för förmögenhetsrättsliga anspråk (en ännu omstridd fråga), så är sådana principer definitionsmässigt inte avtalsbaserade (att vinstprinciper kan tänkas anföras som beräkningsgrundlag är en annan sak). Sådana krav varken motsäger eller innebär undantag från relativitetsprincipen – de ligger vid sidan av den.

[96] Se om ordning och reda-argument i sammanhanget O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 571 ff.

skulle dock avtalade begränsningar, i form av preskriptionsbestämmelser, gälla mot kunden A – som inte var part i det avtalsförhållande (mellan B och C) som innebar begränsningarna. Eftersom avtalet i det bakre ledet därmed fick verkan mot borgenären i det främre, även såvitt gäller dennas utomobligatoriska rättigheter, skulle fallet kunna betraktas som ett avsteg från principen om avtals subjektiva begränsning – och inte vilket avsteg som helst, eftersom avtalet i det bakre ledet i så fall tillerkändes för tredjeman b e t u n g a n d e verkningar.[97] Vid första anblick synes då HD:s dom riskera att *kortsluta distinktionen mellan kontrakt och delikt*, eftersom en tredjemans deliktsansvar mildrades av ett kontrakt i vilket skadelidanden inte var part.

Börjar man läsa fallet så, är nog risken stor att man, med en gammal students ord, blir ”mindfuckad”, och får för sig att det kan hända: ”en massa magiska saker så fort någon säger *kontraktskedja!*”[98] Riktigt så är det väl dock inte, och fallet bör som sagt inte läsas som att det lanserar en ny regel för kontraktskedjefall. Istället preciserar det vad som i visst avseende gäller för kommissionsförhållanden. Tar man fasta på detta, och spinner på det här aktuella tolkningsalternativet, så kunde man se det som att vad HD gör,[99] genom sitt avgörande, är att slå ett slag för *mer symmetriska relationer i kommissionsförhållandena*.

> Det är egentligen kvasirelevant, men då associationen ligger nära till hands kan här återges *ett stycke lagstiftningshistoria*. Till rättsfallets källkontext hör nämligen en gammal diskussion *om de för kommission utmärkande asymmetriska relationerna*. JustR Lindskog anspelar rent av på diskussionen i sitt rekordlånga tillägg. Det är visserligen en lågoddsare att frågorna ventilerats, och det är svårt att komma runt en del av vad Lindskog anför. Eftersom tillägget är skrivet ”för egen del” går det dock inte att avgöra hur övriga justitieråd förhållit sig till resonemangen.[100] Tillägget är också så vidlyftigt

[97] Se dock 4.5 nedan.

[98] Till saken hör möjligen att yttrandet fälldes vid ett seminarium om också bl a NJA 2007 s 758 och NJA 2010 s 629.

[99] En sådan läsning av fallet kan bygga på en realistiskt misstänksam läsart inspirerad av Goodharts prejudikatlära som tonar ned de uttryckta domskälen, ”vad domstolen säger”, till förmån för ”de utslagsgivande omständigheterna”, och vill legitimera detta med hänv till att de utmärker ”vad domstolen faktiskt gör”, se därom O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 406 ff.

[100] Jfr om utformningen av den mening som svarar för tillägg, Calissendorff, Lambertz & Lindskog, Tillägg till Högsta domstolens avgöranden, samt något om skiljaktigheter, SvJT

att enighet svårligen lär kunnat nås kring allt vad som berörs,[101] om så bara för att det är rätt (tids)krävande att sätta sig in i dess implikationer.[102] Tillägget är dock tveklöst intressant och rekommenderad läsning. För teorinördar är det nästan mer intressant än själva domen … men nog om det – poängen var den diskussion Lindskog anspelar på, när han lägger ut texten om kommission och relaterar en konventionell visdom genom att konstatera: ”*Kommissionsförhållandet kännetecknas av det asymmetriska partsbindningsmönstret*. Kommittenten A blir genom kommissionärsavtalet på visst sätt omedelbart berättigad mot den tredje mannen C, men han blir inte förpliktad.”[103]

Uttalandet får förstås som konsekvent med de ovan citerade förarbetsuttalandena.[104] I den första meningen tycks Lindskog parafrasera en passage ur Grönfors Kommissionslagskommittés betänkande; kanske är det Grönfors själv som skrivit det Lindskog dolt citerar.[105] I betänkandet skrivs

---

2012 s 313 ff, särsk s 314: ”H[D:s] ledamöter har nu enats om att det för tydlighetens skull ska framgå om tillägget sker för egen del eller med (huvudsakligt) instämmande av ett eller flera andra justitieråd. Det betyder att man fortsättningsvis lär ha att räkna med endast följande inledningsmeningar: ’NN tillade för egen del’ (eventuellt ’NN^1 och NN^2 tillade för egen del’), ’NN^1, med vilken NN^2 instämde, tillade’ och ’NN, med vilken övriga ledamöter instämde, tillade’. Ordet huvudsakligen kan läggas till för dem som instämmer. Rent språkliga variationer kan förstås förekomma.” Även tidigare var det vanligt med ”NN tillägger för egen del”, varvid ”NN tillade” blev en markering om medhåll, se t ex det uppmärksammande tillägget i NJA 2008 s 684, där: ”Referenten, justitierådet Torgny Håstad, tillade:”

[101] Jfr citatet vid not 248 nedan.

[102] Även om sådana klassificeringar riskerar bli ganska meningslösa, så kan tillägget betraktas som en del av Lindskogs rättsvetenskapliga produktion, i form av en rättsfallskommentar – låt vara författad av en domare i det kommenterade fallet, och publicerad tillsammans med domen. För egen del, vill jag också se det som just en rättsfallskommentar, varmed den huvudsakliga poängen är att sätta domskälen i centrum, som primärkälla och prejudikat, medan tillägget betraktas som kontext till domens text. Det rör sig närmast om en metodfråga, och ett sätt att tänka som kan ge tumregler för tolkningen, genom att det säger något om de respektive texternas inbördes förhållande och normativitet, samt därmed också om hur potentiella diskrepanser eller alltför långtgående tillagda påståenden kan betraktas. För Lindskogs egen uppfattning om tilläggens betydelse, se Calissendorff, Lambertz & Lindskog, a a s 313 ff. Jfr även hans tillägg i NJA 2012 s 535. Jfr på temat även Ingvarsson, Tillägg för egen del – Doktrin i ”fel” publiceringsforum, de lege 2013 s 93 ff.

[103] NJA 2014 s 760, Lindskogs tillägg, p 42.

[104] Se vid not 85 ff ovan.

[105] För tydlighets skull: Det är inte menat som kritik, åtminstone inte negativ sådan. Dolda citat är litteraturens äldsta stilgrepp – enligt uppgift ska t ex Aristofanes ha brukat

det direkt under rubriken: ”Rättsliga följder av att en kommissionär ingått avtal med tredjeman”, och lyder: ”Med anledning av ett avtal ingånget mellan en kommissionär och tredje man kan enligt reglerna i KommL fordringsrätt mot den sistnämnde utövas av den förstnämnde och i vissa fall dessutom av huvudmannen. Tredje man kan för sin del göra gällande fordringsrätt mot kommissionären men däremot inte mot huvudmannen. *Partsbindningsmönstret i KommL är alltså asymmetriskt* och överensstämmer med den tyska rätten liksom med andra kontinentala rättsordningar.”[106]

I betänkandet föreslogs tentativt *en ändring, som skulle göra att förhållandet blev mer symmetriskt*, genom att tredjeman i större utsträckning medgavs direktkravsrätt mot kommittenten eller rätt att överta täckningsfordran (kommittenten kan ju ta över kommissionärsfordran).[107] Förslaget gjordes dock med reservation för att *ytterligare utredningsarbete var påkallat*, särskilt avseende förslagets sak- och kvittningsrättsliga aspekter, och frågan sades uttryckligen inte vara tillräckligt utredd för ett slutligt ställningstagande.[108]

Utredningsbehovet följdes upp, genom betänkandet från 1988, där Håstad trätt in som ny ordförande. Kommittén vägde skälen för och emot en ändring i den symmetrifrämjande riktning som föreslagits,[109] men kom att stanna för att det *saknades skäl att genomföra ändringsförslaget* – tvärtom borde regler motsvarande ÄKommL:s asymmetriska sådana införas även i KommL.[110] Senare var Håstad involverad som särskild utredare också i Fondkommissionsutredningen vilken i *SOU 2005:120 Fondkommission*

---

roa sig med att smyga in rader av Homeros i sina pjäser. (Man har inte roligare än man gör sig.)

[106] SOU 1984:85 s 170, min kurs. Jfr på temat även Hult, Om kommissionärsavtalet I s 27 ff, som besvärades av de asymmetriska relationerna, och se därtill O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 732 f.

[107] Se främst den föreslagna 52 § i SOU 1984:85 s 181. De huvudsakliga skälen för förslaget var att det skulle innebära en anpassning till ”den anglosachsiska rätten” och till UNIDROIT-konventionen om *Agency* från 1983, som det när SOU:n skrevs fanns anledning att tro skulle medföra viss internationell harmonisering på mellanmansrättsområdet, se SOU 1984:85 s 170 ff.

[108] SOU 1984:85 s 175.

[109] Se SOU 1988:63 s 139 ff. Vid det laget stod det också klart att UNIDROIT-konventionen inte fått något större gensvar, och inte ens undertecknats av tillräckligt många stater för att den skulle träda i kraft, se a utr s 151 ff.

[110] Se SOU 1988:63 s 139 ff, slutsatsen på s 161 f samt författningsförslag i 52–53 §§ på s 34.

– *och en ny kommissionslag* händelsevis kom att dela kommissionslagskommitténs uppfattning från 1988.[111]

I propositionen till KommL berördes frågan om tredjemans rätt att överta kommissionärens täckningsfordran mot kommittenten inte närmare, men Regeringen redogjorde för kommissionslagskommitténs bedömning, från SOU 1988:63, och sade sig dela denna,[112] samt att den princip som kom till uttryck i (56 §) ÄKommL skulle gälla även enligt den nya lagen – med ett enda undantag, den särskilda konsumentregeln i 25 § i den nya lagen.[113] *Lagstiftaren avvisade alltså det symmetriskapande förslaget*.[114] Givet den förvirring som lätt inträder i direktkravssammanhangen finns dock skäl att vara tydlig: 2014 års fall ger inte stöd för en mer ”symmetrisk” hantering av de, såvitt gäller rätten att överta kommissionärens fordringar, asymmetriska kommissionsförhållandena. Men det här är alltså en annan, kvasirelevant, sak, eftersom den rör en annan fråga än den som var uppe i fallet.

Efter att i sitt tillägg till domen ha noterat den asymmetriska partsställningen vid kommission, följer JustR Lindskog i sitt tillägg upp med att konstatera att kommittentens rätt mot tredjeman dock begränsas i vissa hänseenden, genom att den förre ställs *som om han förvärvat rätten*

[111] Se SOU 2005:120, särskilt förslagna 23 § 2 st och 25 §. Jfr Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt 6 uppl s 330.

[112] Se prop 2008/09:88 s 57, där Regeringen rakt av ansluter till kommissionslagskommittén förslag, vilket sammanfattningsvis återges på s 194: ”Tredje man bör också i fortsättningen i princip få nöja sig med att kräva kommissionären. Och han bör inte heller få separera kommissionärens täckningsfordran eller likvid för den.” Motsvarande passage finns i SOU 1988:63 på s 20. Jfr även kring not 227 nedan.

[113] Prop 2008/09:88 s 56 f och 194 ff.

[114] Jfr dock Johansson, Kommissionslagen s 296 f, som synes ha tagit intryck av Lindskog (jfr s 295 f; notera inte minst not 22, med den profetiska hänvisningen till den då ännu opublicerade 2 uppl av Lindskog, Betalning) och menar att rättsläget är oklart, samt att oklarheten nu får ”klaras ut i rättstillämpningen vid lämpligt tillfälle”. Se däremot O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 799 ff (särsk not 3179), men ytterligare däremot Lindskog, Betalning 3 uppl not 881, samt även andra ställen (inte minst not 839, 840 och 859) och notera hur han visar att *sista ordet ännu inte är sagt om täckningsfordringar*, genom att påpeka missförstånd, förbiseenden av relevanta distinktioner (jfr O Mossberg, a a not 2916), samt även i övrigt förtydligar och utvecklar sin position. Det finns mycket att säga om nytillskotten (som tack! – och att jag inte det minsta ångrar det han reagerar på i not 839 – eftersom det provocerade fram densamma, där jag f ö är benägen att dela iakttagelsen om geografiska variationer – liksom att jag uppfattar det som sägs mot slutet av not 813 som träffande, men inte om det där angivna målet). Här är dock varken tillfälle eller plats att på allvar ta tag i det han säger, på det sätt det förtjänar.

från kommissionären,[115] varför kommittenten ”i princip” har att ”finna sig i att [tredjeman] gör de invändningar […] som han kan grunda på avtalsförhållandet med” kommissionären. Denna princip bekräftas av HD:s avgörande, men det *kan ifrågasättas hur generellt principen gäller*. Svaret på denna fråga måste ”bero på”. Bland annat vilken läsart man väljer för att artikulera prejudikatet.[116] Å ena sidan kan påstås att det är en helt generell princip, innebärande att C alltid kan göra gällande alla invändningar, som alls kan ens ”anses” grundas genom avtalet med B. Å andra sidan kan påstås att det enda som är ”skarpt avgjort”, och därmed prejudicerande, är vad som gäller för villkor om ettårspreskription i speditionsavtal.[117] För att kunna framställas som det rimliga bör väl dock svaret, rimligen, ligga någonstans mellan dessa ytterligheter. Exakt var får här förbli osagt.[118]

Lindskog uppmärksammar även *skillnaden mellan inom- och utomobligatoriska krav* och noterar att kommittentens utomobligatoriska krav inte härleds från kommissionärsavtalet. Poängen kan möjligen formuleras

[115] ”Som om”-skrivningen motiveras förstås av att A faktiskt inte hade övertagit Bs rätt mot C, jfr vid not 78 ovan.

[116] Jfr bl a O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 419 ff m hänv, om några olika läsarter (det finns fler).

[117] Jfr *om generalisering vid prejudikatformulering* t ex O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 443 f, om hur rättsfallstolkare när de beaktar fakta i målet har ”att möta problemet att varje relevant faktum kan formuleras på olika sätt, och artikuleras med *olika grader av generalitet* – varvid olika generalitetsgrader kan föranleda olika ratio [decidendi], samt alltså olika formuleringar av ’prejudikatet’, och därmed olika uttolkningar av gällande rätt”. Jfr därom även t ex Schlag & Griffin, How to do things with legal doctrine s 40 ff och 56.

[118] För egen del finner förevarande författare inget skäl att försöka artikulera vad som ”är” det ”rätta” svaret, eller liknande. Det vore svårt att förena med min syn på rättsdogmatikens retoriska karaktär, liksom med min syn på var och hur detta slags tolkningsfrågor borde besvaras. Se O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 71 ff och not 938. Att man kan bidra med ytterligare tolkningsunderlag, -alternativ, och -argument, och att d e t t a är en central uppgift för rättsvetenskapen, det är en annan sak. För att göra det, på ett sätt som är till stöd för det praktiska rättslivet, behöver man heller inte påstå att: ”Så – här – är – det.”, och därmed försöka artikulera den gällande rättens innehåll *in abstracto*, utan förankring till några konkreta omständigheter, parter, eller processuella kontexter. (En provokatör har föreslagit att sådana bidrag till rätten kan jämföras med luftgitarrspelares bidrag till musiken. Se Schlag, Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening (A Report on the State of the Art), The Georgetown Law Review 2009 (vol 97) s 803 ff.)

som att det inte spelar någon roll, att personen A, i ett annat rättsförhållande, råkar vara kommittent, för det rättsförhållande som grundläggs genom Cs skadegörande handling; As skadeståndsanspråk mot C är principiellt och formellt oberoende av kommissionsrelationen. Trots det innebär domen att As utomobligatoriska krav ska omfattas av begränsningen i avtalet B–C. Domen skulle därmed kunna ses som uttryck för ett ganska aktivt eller rent av *aktivistiskt symmetrisökande, specifikt såvitt gäller att skapa symmetri mellan det inom- och utomobligatoriska områden* (i kontraktskedjefall) genom att ge preskriptionsvillkoret verkan inte bara utanför den omedelbara avtalsrelationen (B–C) utan också helt utanför avtalsrelationer (låt vara att en del av argumentet för att ge den avtalsexterna effekter byggdes på kommissionsrelationen A–B).

Den enda artikulerade förklaringen till denna hantering finns i Lindskogs tillägg. Konsekvent med sin breda bestämning av direktkravskravet,[119] noterar han att As skadeståndskrav kan ses som ”en direktkravsrätt”, och noterar sedan att ”utgångspunkten” är att den skadelidande As utomobligatoriska krav är *självständigt*, och alltså *inte härlett* från B.[120] Här ska endast noteras det i begreppsligt hänseende oegentliga i att analysera utomobligatoriska krav i termer av om de är självständiga eller härledda, eftersom sådana krav per definition är självständiga. Det blir lite som att undersöka, säg, en boll, för att försöka finna dess ruff, mast och köl: *kategorierna passar inte*.

Dikotomin med självständigt–härlett är (i den här använda betydelsen) utformad för att analysera egentliga direktkravsfall,[121] inte utomobligatoriska fall. Vill man vårda de begreppsliga strukturerna finns därmed skäl att förhålla sig avvaktande till att alls tematisera utomobligatoriska skadeståndskrav som direktkrav.[122] Att Lindskog anknyter till dikotomin lär

[119] Se bl a Lindskog, Betalning 2 uppl s 224 not 743, samt, därtill, och om andra förekommande sätt att bestämma direktkravsbegreppet, O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 299 ff.

[120] NJA 2014 s 760, Lindskogs tillägg p 44.

[121] Se om begreppsparet självständig/härledd specifikt i direktkravssammanhang t ex Zackariasson, Direktkrav s 287 ff eller Lindskog, Betalning 3 uppl s 259 f, och om terminologins historia O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 607 ff.

[122] Jfr bl a O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 690 ff, m hänv och problematisering. Liknelse: Det blir lite som att fråga, om den skadeståndsfordran som uppstår när du lappar till mig (vi kan väl bortse från försvarlighetsbedömingen, och bara säga att det rör sig om culpaansvar jämlikt 2 kap 1 § SkL?), ska bestämmas med hänsyn till min direkta eller indirekta skada (jfr 67 § KöpL). Det blir alltså missvisande, såtillvida att det innebär att man använder sig av ett begreppspar hämtat från andra regelkomplex,

> kunna förklaras med hänvisning dels till hans pedagogiska ambition och att yttrandet föranleds av den dittillsvarande diskussionen, dels till det vida direktkravsbegrepp som rimligen är förklaringen till att det aktuella fallet alls analyseras i direktkravstermer, vilket alltså inte är givet, även om det förekommer att direktkravstermen får innefatta olika krav, oberoende av grunden för kravet.[123] Möjligen har detta analysmodus också haft någon betydelse för utgången, då det inneburit att frågorna formulerats på visst sätt.[124] Det är väl också frestande att i domen se en avvikelse från den av Lindskog angivna utgångspunkten om skadeståndets självständighet, då det ”utomobligatoriska direktkravet” hanterades som icke-självständigt – det vill säga härlett – genom att skadelidanden fick finna sig i invändningar grundade i avtalet i det bakre ledet.[125]

Nåväl, med en förståelse av kommissionsfiguren i linje med den som kommer till uttryck i de ovan citerade betänkandena framstår domen som svårbegriplig. Det gäller särskilt om den ses i ljuset av ordförande Grönfors betänkande från 1984, enligt vilken ”tredjemannen inte förvärvar någon fordringsrätt” mot ”huvudmannen”, som ”står helt och hållet utanför avtalet”, då ”[m]ed fordringsrätt avses inte bara befogenhet att kräva avtalets fullgörande utan därmed förstås varje slag av obligatorisk rättighet”.[126]

---

och som inte har någon relevans för den aktuella frågan. *En oreflekterad och omotiverad rättstransplantation*, om man så vill.

[123] Se om olika bestämningar av direktkravsbegreppet, O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 299 ff m hänv.

[124] Direktkravsinramningen synes haft betydelse också för hur fallet *mottagits*. Ett tydligt exempel finns i Munukkas rättsfallskommentar, Utomobligatoriska anspråk mot avtalsparts kontraktsmedhjälpare och mot avtalspart, JT 2015–16 s 410 ff, där fallet analyseras i termer av ”krav mot bakre led” (s 415 (ff)) samt effektivt sätts i en direktkravskontext omedelbart åskådliggjord genom ett par imposanta fotnoter (jfr Zahle, At forske ret s 43 ff) vilka, efter inledande ”Se t.ex.”-markörer, samlar större delen av den dåvarande nordiska direktkravsdiskursen.

[125] Om den principiella möjligheten, se Lindskog, Betalning, 3 uppl not 837. Att möjligheten finns innebär dock inte att fallet ska förstås på det viset; det vore förvisso oförenligt med vad Lindskog anför i tillägget, se särsk p 46 (och vidare 4.5 nedan), vilket han också senare stått fast vid (se a a, i not 1550 samt det därpå närmast följande).

[126] Se vid not 86 ovan.

Inför denna svårbegriplighet borde dock reaktionen, snarare än fientlig (”feldömt!”), bli nyfiken; det finns skäl att ifrågasätta om inte domen implicerar en *annan* syn på kommission, än den i betänkandet.[127]

4.4 Cessio necessaria – electio voluntaria cessionarii

Nästa tolkningsalternativ kan underbyggas genom att särskilt framhålla vissa skrivningar i domskälen, som kan tolkas som uttryck för att HD ansåg sig grunda bedömningen på en cessionskonstruktion, där alltså A ställdes i Bs skor, genom att situationen hanterades *som om A tagit över Bs rätt mot C*. Här ska vi alltså mer fullödigt artikulera något som redan antytts ovan. Vi tar avstamp i ett par av HD:s skrivningar i domskälen. I p 16 inleder domstolen sitt resonemang ”Allmänt om utomobligatoriska anspråk vid kommission” så:

> ”Vid kommission föreligger det ett avtalsförhållande mellan kommissionären och den tredje man som kommissionären har ingått avtal med för kommittentens räkning, medan kommittenten står utanför detta avtal.”

Domstolen anger därmed den bekanta utgångspunkten. Sedan fortsätter dock domstolen, och slår i samma punkt an tonen av en vändning:

> ”Däremot [♫] gäller att om kommittenten tar i anspråk en rättighet som följer av kommissionärens avtal med den tredje mannen, så ska i princip inte kommittenten mot den tredje mannen komma i bättre position än vad kommissionären skulle ha gjort.”

Här får HD antas ha 27 § KommL i åtanke, då det är den regel som ger kommittenten rätt att ”ta över anspråket mot tredje man”.[128] Om kommittenten gör det, så gäller mycket riktigt också att han i princip inte kommer i ett bättre läge än vad kommissionären var. HD åberopar som synes inga regler (annat än ”grundsatserna” enligt ovan), men asso-

[127] Min frispråkiga del frestas här vulgärt utbrista: ”Ja, det är klart att den gör! Grönfors hade fel.” – men det är nog inte riktigt så enkelt, som att man okontroversiellt kan påstå det som en sanning, delvis därför att vad som är sant, i rättsliga sammanhang, givet betydelsen av opinio juris, är också en opinionsfråga.

[128] Jfr därom prop 2008/09:88 s 60 ff och 136 f samt om motsv regel i 57 § ÄKommL, NJA II 1914 s 280 ff. Jfr även SOU 1988:63 s 173 ff och 267 ff om föreslagets 54 §. Jfr även S O Johansson, Kommissionslagen s 325 ff m v hänv.

ciationen till den allmänna obligationsrättsliga princip som finns uttryckt i 27 § SkbrL ligger nära till hands. Enligt lagregeln får en förvärvare av ett enkelt skuldebrev inte bättre rätt mot gäldenären än överlåtaren. Annorlunda uttryckt inträder förvärvaren i överlåtarens rätt,[129] varför gäldenären mot förvärvaren får framställa samma invändningar som mot överlåtaren – och detsamma gäller alltså, *mutatis mutandis*, vid kommission, då en kommittent tar över sin kommissionärs fordran mot tredjeman.

Kuriöst nog hänvisar inte HD till ”den allmänna princip som finns uttryckt i 27 § SkbrL” (eller motsvarande),[130] som man kunnat förvänta sig, givet frekvensen av sådana referenser i andra fall.[131] Det tycks dock inte finnas någon tradition av att, i de aktuella kommissionsfallen, hänvisa till den aktuella principen, eller att alls beröra frågor om tredjemans invändningsrätt, annat än möjligen vad gäller kvittning (varvid det dock ifrågasatts om det alls bör betraktas som en invändningsrätt, eller om det är mer rättvisande att se det som en säkerhetsrätt).[132] Förarbetena till såväl gamla som nya kommissionslagen fokuserar på förhållandet mellan å ena sidan kommissionären eller dennes konkursbo och å andra sidan kommittenten, och behandlar främst frågan om under vilka *förutsättningar* kommittenten bör få överta kommissionärens fordran mot tredjeman,[133] snarare än frågan om *verkningarna* av ett sådant övertagande vad gäller tredjemans invändningsrätt.

Obligationsrättskommittén författade dock, (krono)logiskt nog, förarbetena till 1914 års KommL åren innan lagen trädde i kraft, varför det vid närmare eftertanke inte är överraskande att de inte anknöt till skuldebrevslagens bestämmelse – som är mer än 20 år yngre. (Obs dock att principen fanns redan tidigare, i 4 kap 5 § i 1734 års UB.)[134] I kommissionslagskommitténs

[129] För möjliga historiska förklaringar, jfr Lindskog, Betalning 3 uppl s 138 f m hänv.

[130] Se, förgäves, HD:s domskäl i NJA 2014 s 760, p 16.

[131] Att principen är allmän, jfr NJA II 1936 s 106 där specialmotiveringen till 27 § skuldebrevslagen inleds med: ”Den rättsliga naturen av en betalningsförpliktelse undergår i och för sig ingen förändring därigenom att förpliktelsen kommer till uttryck i ett enkelt skuldebrev. De om fordringar i allmänhet gällande rättsgrundsatserna skola sålunda äga tillämpning å den rätt, som grundas på ett skuldebrev av detta slag. Detta innebär, i fråga om överlåtelse, att förvärvaren i princip ej erhåller bättre rätt än den överlåtaren hade.”

[132] Jfr i och vid not 137 nedan.

[133] Se prop 2008/09:88 s 60 ff och 136 ff.

[134] 4 kap 5 § 1734 års UB: ”Hafver borgenär, utan sådant gäldenärens lof, öfverlåtit hans förskrivning till någon annan; hafve tå han ej annan rätt, än then, som förskrivningen lyder å.” (”sådant gäldenärens lof” syftar tillbaks på 4 §, som bl a rör verkan av att gäl-

betänkande från 1988 berörs primärt samma materiella frågor som i de äldre motiven.[135] Även propositionen till 2009 års kommissionslag ansluter i hög grad till de äldre motiven, såvitt gäller vilka frågor som berörs.[136] Ingenstans i förarbetena nämns 27 § SkbrL eller den däri uttryckta principen. Däremot tematiseras i förarbetena till den nya KommL frågor om kommissionärens och tredjemans kvittningsrätt i anslutning till *28* § SkbrL (vilken kan framställas som en logisk och symmetrisäkrande följdregel till 27 §),[137] och i propositionen till den nya lagen är det tydligt att en hög grad av symmetri med skuldebrevslagens regler eftersträvats.[138]

Förarbetena är därmed inte helt explicita vad gäller att principen i 27 § SkbrL ska gälla, ifall en kommittent tar över sin kommissionärs anspråk mot tredjeman. Det framstår dock intuitivt tilltalande, om det konceptualiseras som ett rättighetsövertagande, eftersom principen innebär att något tas över, sådant det är.

Det är kanske ingen stor nyhet att den kommittent som utnyttjar sin övertaganderätt *tar över kommissionärens rätt sådan den är*, men det bekräftas i varje fall genom HD:s dom i 2014 års fall.[139] Att HD inte

---

denären i skuldebrev ställt till viss man intagit medgivande till överlåtelse av detsamma). Principen är densamma som i skuldebrevslagen, jfr NJA II 1936 s 106. Jfr även Rabenius, Till läran om de materiella förutsättningarna för kvittning enligt svensk rätt, TfR 1918 s 318 ff, på s 344 f; Afzelius, Om cession af fordringar s 70 m hänv till äldre praxis, samt den ingående undersökningen av invändningsrätten hos Eschelsson, Om skuldebref enligt svensk rätt (Uppsala 1912; postumt utgiven av Rabenius) s 100 ff.

[135] Det vill säga frågor med anknytning till huvudmannens och sysslomannens motstående intressen; förutsättningarna för kommittentens övertaganderätt, samt hur de svenska reglerna förhöll sig till en UNIDROIT-konvention som tillkommit efter 1914 års lag, jfr SOU 1988:63 s 173 ff.

[136] Se prop 2008/09:88 s 136 ff, och jfr NJA II 1914 s 280 ff.

[137] Jfr Mellqvist & Persson, Fordran och skuld 9 uppl s 163 ff; Håstad, Rättsdogmatik in absurdum?, SvJT 2017 s 357 ff, på s 365. Jfr (dock) Lindskog, Kvittning 3 uppl s 485 (som noterar sambandet, men vill se motfordran som innebärandes en säkerhetsrätt, snarare än invändningsrätt, och förklara 28 § skuldebrevslagens regel därigenom, istället för genom sambandet med invändningsrätten enligt 27 §).

[138] Se och jfr prop 2008/09:88 s 63 ff, och s 61, 62. I kommissionslagskommitténs betänkande SOU 1988:63 är symmetristrävandena än tydligare, se t ex s 182 ff. Jfr även SOU 1984:85 s 180.

[139] Lindskog ser detta som *blott en huvudregel*, och gör gällande att undantag är tänkbara, se Lindskog, Betalning, 3 uppl not 837 (”Mindre närliggande är det att en direktkravsrätt efter modellen […] cessio necessaria (se O Mossberg s 607 med not 2391) är på så sätt förstärkt att A står bättre än B, men principiellt uteslutet är det inte.”).

nämner 27 § SkbrL kan bero på att det inte ansågs nödvändigt, eftersom principen är en fundamental allmän rättsgrundsats, vilken gäller också oberoende av 27 § SkbrL.[140]

I retoriskt hänseende kan också noteras att *HD uttalar sig i inte endast neutralt deskriptiva termer*, på det sätt som annars är vanligt, i anslutning till den i skuldebrevslagen uttryckta principen (förvärvaren ”har” inte, eller ”får” inte, bättre rätt, eller motsvarande).[141] Istället använder dom-

[140] Jfr citatet i not 131 ovan.

[141] I själva lagregeln i 27 § skuldebrevslagen står: ”Varder enkelt skuldebrev överlåtet, *njute* nye borgenären *ej* mot gäldenären bättre rätt än den överlåtaren ägde” (alla kurs i denna fotnot är mina). Konjunktivformen har normalt till funktion att uttrycka overkighet, och när den används i presens ofta önskningar – som i *leve* konungen eller *välsigne* er. Formen är typisk för äldre lagtext (jfr t ex Hellner, Lagstiftning i förmögenhetsrätten s 230), och används ofta i samband med att rättsföljder anges (se t ex många av rättsföljderna i 1734 års HB). Rent språkligt kan konjunktivformen dock uttrycka såväl befallningar som önskemål och tillåtelser, varför den kan upplevas som otydlig vad gäller reglernas eventuellt obligatoriska karaktär (jfr Wallerman, Om fakultativa rättsregler s 52 f m ex och hänv). I nyare lagtext används normalt istället modala hjälpverb (får, skall, etc). Att (öv)ersätta 27 §:s konjunktivform ”njute (ej)”, med modalverbet ”ska” och huvudverbet ”(inte) komma” synes innebära användning av en mer ovillkorlig deontisk operator (jfr Ulväng, Katedralen s 158 f, efter Jareborg, Mening, värde och rationalitet, de lege 2008 s 283 ff, jfr även 408 ff) som förändrar regelns betydelse i mer imperativt klingande riktning. Genom reservationen ”i princip” mjukas det intrycket i och för sig upp något, men det kan noteras att formen i 2014 års fall avviker från domstolens tidigare bruk, där ”förvärvaren *får* inte” synes ha varit den vanligaste formen. Jfr t ex NJA 1993 s 222 (”Här liksom annars vid cession *får förvärvaren inte* bättre rätt än överlåtaren.”); NJA 1997 s 866 (”Det är också en grundläggande princip inom civilrätten att vid överlåtelse av en kontraktsrättighet en *ny borgenär inte får* bättre rätt än överlåtaren (jfr 27 § [SkbrL]).”); NJA 2005 s 142 (”Enligt 27 § [SkbrL] *får en förvärvare inte* bättre rätt mot gäldenären än som tillkom överlåtaren (se Mellqvist-Persson, Fordran & skuld, 7 uppl. 2004, s. 142 f. och Walin, Lagen om skuldebrev m.m., 2 uppl. 1997, s. 185 f.”, Mellqvist & Persson skriver ”*får* en ny borgenär inte”, Walin skriver dock ”*skall* […] förvärvaren inte ha”) och NJA 2010 s 467 (”När det däremot gäller fordringar i allmänhet (s.k. enkla fordringar) *får en förvärvare inte* bättre rätt än överlåtaren (se 27 § [SkbrL]).”). Jfr även RH 2012:3 (”en grundläggande princip inom obligationsrätten, som innebär att den som förvärvar rättigheter (och på så sätt inträder i ett avtal såsom borgenär) *inte kan få* en bättre ställning än överlåtaren (27 § [SkbrL]).”). Variationer förekommer dock, se t ex NJA 2009 s 846 där HD ändrar lagens konjunktivform till presens indikativ, vilket såsom verbets grundform klingar neutralt deskriptivt (”Enligt 27 § [SkbrL] *njuter en förvärvare* av en enkel fordran *inte* bättre rätt mot gäldenären än vad överlåtaren ägde.”); eller HD:s konsekvensbeskrivningar i NJA 2002 s 41 (”Eftersom förvärvaren av rättigheter enligt ett avbetalningskontrakt i regel endast är bunden av avbetalningsköparens invändningar

stolen *mer normativt preskriptiva termer*, då den fastslår att kommittenten i princip inte ”ska” komma i en bättre position än kommissionären. Det blir därmed en annan modalitet. Mindre av en beskrivning, mer av ett påbud.[142] Den preskriptiva formen föregår, och förebådar, vad HD sedan framställer som en följd av principen, genom att fastslå att kommittenten ”*inte* på utomobligatorisk grund *kan*” ”*få*” bättre rätt än kommissionären, och därmed gestaltar det som en av påbudet följande omöjlighet, att kommittenten skulle liksom förlänas något utöver vad som vinns genom avtalsrelationen.[143] Som HD framställer saken är den därmed ganska enkel: Om kommittenten inte är bunden av de invändningar tredjeman kunnat rikta mot kommissionärens krav så *förbättras kommittentens ställning* jämfört med kommissionärens, och som den andra sidan av myntet *försämras tredjemans ställning*.[144] Det skulle innebära att vågen viktades om, till kommittentens fördel. Detta ”ska” vara uteslutet. Därmed ”ska” bedömningen göras ”som om” kommittenten själv vore tredjemans avtalsmotpart, då en sådan bedömning säkrar att respektive sidas ställning i förhållande till den andra fixeras, i enlighet med det läge kommissionärsavtalet ursprungligen bestämt.

Den preskriptiva formen, med dess mer imperativt klingande ordval, är synbarligen ägnad att övertala, om att den följd HD vill se följa också är logiskt följdriktig. Om man dock med ordet logiskt anspelar på *logos*, samt det däravledda *logi*, och alltså på ”läran om”, så ligger det nära till hands att ifrågasätta hur obligationsrätts*logisk* HD:s dom egentligen är. I systematiskt hänseende väcker den vissa funderingar. Det gäller inte minst om domen läses som byggd på en cessionskonstruktion. Kommittentens övertaganderätt har förklarats som en konstruktion av typen *cessio necessaria*, dvs en cession överlåtaren inte får motsätta sig, eller rättare sagt en

---

(se 27 § [SkbrL])”) och NJA 2013 s 540 (”[…] sekundogäldenären med verkan mot sökanden göra gällande samma invändningar som han eller hon hade kunnat göra gällande mot fordringsborgenären, dvs. utmätningsgäldenären. Det sagda följer redan av grunderna för 27 § [SkbrL].”) samt NJA 1967 s 306 (”Jämlikt grunderna för 27 § [SkbrL] skulle då ej heller den, till vilken E överlåtit sina rättigheter enligt kontraktet, kunnat göra gällande en av växeln oberoende betalningsrätt.”).

[142] NJA 2014 s 760, HD:s domskäl, p 16: ”bedömningen av frågan, om kommittentens utomobligatoriska skadeståndsrätt mot tredje man är inskränkt på grund av avtal *ska* göras som om det i stället var kommittenten själv som var bunden av avtalet” (min kurs).

[143] NJA 2014 s 760, HD:s domskäl, p 16, mina kurs.

[144] Jfr om dylika avvägningar O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 602 ff m hänv.

överlåtelse som inte hindras av att överlåtaren protesterar däremot – det är i den meningen *cessionen är nödvändig, för cedenten*.[145] För att övertagandet ska bli av måste dock förvärvaren, det vill säga kommittenten, välja att utöva sin övertaganderätt; konstruktionen är av karaktären *electio voluntaria cessionarii*, och kräver alltså cessionariens fria val. Som redan nämnts hade transportkunden A i n t e utnyttjat sin övertaganderätt, för att istället åberopa det alternativa, utomobligatoriska (o)rättsförhållandet som grund för kravet mot C.

Det tolkningsalternativ som här (i 4.4) är på tapeten är alltså att som förklaring till utgången ta fasta på den cessionskonstruktion man kan skymta i vissa av HD:s skrivningar, särskilt om de betraktas i ljuset av 27 § KommL med därtillhörande sekundärkällor. Detta tolkningsalternativ måste dock, givet den åberopade grunden, och den rättsliga kontexten, i form av hur de aktuella rättighetsövertagandena fungerar, anses innebära en mindre övertygande förklaring till domen.

> Det finns ytterligare ett problem, om man ser det som ett gäldenärsskifte. Kommittenten A kan visserligen oberoende av (Bs och) Cs inställning ta över Bs rätt. A kan dock inte utan vidare ta över Bs skyldigheter mot C. Det är skillnad på rättigheter och skyldigheter, också såvitt gäller möjligheten att överföra dem, och gäldenärsbyten kräver normalt borgenärens samtycke.[146] Om Cs avtalsgrundade invändning konceptualiseras som en rättighet, vilken C har mot B, så borde alltså inte B utan Cs samtycke kunna åvägabringa en överlåtelse som omfattar denna rättighet.[147] Att A tar över Bs avtalsgrundade rätt mot C (eller att fallet hanteras ”som om” så skett) borde då inte utan vidare innebära att A ikläds däremot korresponderande skyldigheter, och således inte heller den ”skyldighet” som svarar mot Cs invändningsrätt.[148]

[145] Se NJA II 1914 s 286: ”Kommittentens tillsägelse, att han vill göra fordringsrätten gällande mot tredje man, är icke att anse såsom en begäran om tillstånd därtill från kommissionärens sida utan såsom ett tillkännagivande av kommittenten, att han ämnar göra bruk av sin lagliga rätt.” Se även O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 607 ff m hänv, jfr s 701.

[146] Man kan visserligen tänka sig undantag (sådana finns ju på andra fält), men det behövs inte i detta fall.

[147] Med verkan mot C, alltså. Att det kan uppstå kontraktuella förpliktelser mellan överlåtelseparterna är en annan sak.

[148] Det kan, om man vill, ses som ytterligare en aspekt av det asymmetriska, i kommissionsrelationen. Det hela kan möjligen *analyseras i Hohfeldska termer* (jfr not 189 nedan), så: B kan inte utan Cs samtycke överlåta det rättighetskorrelat som svarar mot Cs rättighet. Cs rätt mot B kan då beskrivas som en kompetens, samt en frihet att göra

> Detta är dock inte nödvändigtvis ett bärande argument mot det aktuella tolkningsalternativet; om invändningsrätten nu alls ska ses som en rättighet så borde den nämligen endast göra det i en viss mening, och inte nödvändigtvis på ett sätt som innebär att samtyckeskravet alls blir relevant.[149] Givet att tolkningsalternativet är problematiskt redan på annan grund behöver dock samtyckesproblemet inte betraktas som utslagsgivande; det kan snarare ses som antingen bara ett supplerande argument, eller möjligen som en komplicerande felkonstruktion av invändningsrätten.

Med det sagt är tiden kommen att nu beröra nästa tolkningsalternativ, vilket som ovan antytts är det minst dåliga av de tillgängliga sådana.

4.5 Kommissionären som mellanman

4.5.1 Kommissionären är inte fullmäktig – men har ändå viss behörighet

Det fjärde tolkningsalternativet var alltså att domen skulle förklaras med hänvisning till vad som följer av *mellanmansregler* i mer traditionell mening. (Snarare än med hänvisning till: (I) vem som äger kommissionärsfordran, (II) strävanden mot mer symmetri i kommissionsfall, eller (III) en cessionskonstruktion.) Språkligt synes särskilt första delen av HD:s p 17 tala för att läsa domen som grundad på (IV) mellanmansregler. Passagen har redan citerats. För att bespara dig bläddrandet kan den dock repeteras:

> ”Mot den angivna bakgrunden får av allmänna kommissionsrättsliga grundsatser anses följa att bedömningen av frågan, om kommittentens utomobligatoriska skadeståndsrätt mot tredje man är inskränkt på grund av avtal, ska göras som om det i stället var kommittenten själv som var bunden av avtalet med den tredje mannen; avtalet har ingåtts för hans räkning.”

---

kompetensen gällande, varvid korrelatet motsvarar en ”liabilitet” bestående i att vid preskriptionsinvändning förlora rätten att kräva ut sin fordran. Att analysera fallet på det sättet kan möjligen medge differentiering som gör att man kan ta sig förbi det problem kravet på borgenärens samtycke innebär, eftersom samtyckeskravet då kan gestaltas som att det ”gäller en annan sak”. (Det blir en annan variant av samma differentierande drag som i brödtexten, vilket utvecklas i 4.5.2 nedan.)

[149] Se vidare 4.5.2 nedan.

Vad gäller preskriptionsvillkoret ville alltså HD hantera fallet ”som om” huvudmannen var part i det bakre avtalsledet. Om, det låt vara flertydiga, semikolonet mot slutet av passagen läses som ett ’ty’,[150] är det synliggjorda argumentet för denna hantering att *avtalet ingåtts för huvudmannens räkning*. HD fäster sålunda avseende vid just mellanmanskonstruktionen, och vid det som kommission har gemensamt med fullmakt: att mellanmannens rättshandlande sker ”för annans räkning”.[151]

Domen kan läsas som att *kommissionären var behörig att företräda kommittenten* och genom rättshandlandet med tredjeman binda sin huvudman. Vid första anblick kan det anses oväntat; kommissionären hade ingått avtalet *i eget namn* – det är en nödvändig förutsättning för att det ska röra sig om kommission –[152] och som vi varit inne på sägs i motiven till ÄKommL uttryckligen att egennamnshandlandet medför att tredjeman får hålla sig till sin medkontrahent.[153] För kommissionsfallen

[150] Liksom andra interpunktionstecken kan semikolon vara amfibolier (jfr not 17 ovan). Jfr om semikolon t ex Dahl, Interpunktion: Om skiljetecken och textens nyanser s 95: ”[…] många betraktar det som svårt att använda semikolon korrekt. Men i själva verket är det enkelt, semikolon används mellan två fullständiga satser och markerar ett samband mellan dem. Detta samband kan se lite olika ut, men ett bra knep om man är osäker är att ersätta semikolon med *ty* eller *därför att* – fungerar det, fungerar också semikolon (även om *och* ibland skulle passa ännu bättre).” Hon fortsätter, och konstaterar att med semikolonet: ”anförtror [meningen] åt läsaren att förstå sambandet mellan satserna.” Man kan alltså se semikolon som ett amfiboliskt enthymem!

[151] Se således 10 § AvtL respektive 1 § KommL och 4 § i 1914 års KommL samt t ex NJA II 1914 s 169: ”Vad som skiljer kommissionärsskap från andra slag av sysslomannaskap är således, att kommissionären handlar i eget namn. Gemensamt för kommissionären och fullmäktigen är däremot, att de handla för annans räkning. Båda äro således att anse som sysslomän eller ombudsmän och underkastade därom gällande rättsregler.”

[152] NJA 2014 s 760, p 15: ”Eftersom *[B] såsom speditör ingick avtal i eget namn* men syftet var att tjänsten skulle tillgodogöras av [A], kan uppdraget ses som en särskild form av kommission (jfr NJA II 1914 s. 162 och prop. 2008/09:88 s. 29 och 87 f.; jfr även Jan Ramberg, Spedition och fraktavtal, 1983, s. 28 f., samt Hugo Tiberg och Rolf Dotevall, Mellanmansrätt, 9 uppl. 1987, s. 133 f.).” (min kurs.) Källbatteriet är på temat ”spedition kan vara kommission”, jfr om det 3.2 ovan. Om *eget namn-rekvisitet*, se t ex O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 765 ff m hänv, jfr även J Samuelsson, Svensk avtalsrätt: Fullmaktsläran s 71 ff m hänv.

[153] I regel är det alltså att kommissionären ingår avtalet i eget namn, och att tredjeman därmed accepterar kommissionären som sin gäldenär, som får bli förklaring till de i nästa mening nämnda reglerna, se t ex i ÄKommL:s motiv, NJA II 1914 s 161 och 279, samt, i anslutning till 56 § 2 st (lydelsen i not 155 nedan), s 280 (min kurs): ”Hava kommissionären och tredje man vid avtalets ingående varit eniga om att tredje man icke skall

brukar, som vi varit inne på, 24 § KommL,[154] och 56 § ÄKommL (motsv 56 § i norska kommissjonsloven),[155] beskrivas som *att huvudmannen "hålls utanför avtalet med tredjeman*" eller liknande.[156] I motiven till 56 § ÄKommL framhålls detta rent av som en (notera ordvalet:) "*utomordentligt viktig grundsats*".[157]

---

hava något att skaffa med den, för vars räkning kommissionären handlade – och detta är ju förutsättningen för att kommissionären skall kunna sägas hava handlat i eget namn – kommer det icke tredje man vid, huruvida hans medkontrahent har något anspråk mot sin huvudman på att denne skall sätta honom i stånd att fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet. *Då tredje man slutit avtalet med kommissionären, får han nöja sig med att hava denne till gäldenär*."

[154] 24 § KommL lyder: "Genom avtalet mellan kommissionären och tredje man förvärvar tredje man rätt mot kommissionären men inte mot kommittenten. [2 st:] Förvärvar tredje man en viss vara, är varan i och med avtalet förbehållen tredje man framför kommissionärens borgenärer."

[155] 56 § ÄKommL löd (efter ändringarna i anledning av införandet av 46 § i äldre konsumentköplagen, se ursprunglig lydelse vid not 85 ovan): "Genom avtal, som kommissionären, för kommittentens räkning men i eget namn, ingår med tredje man, förvärvar denne fordringsrätt mot kommissionären och inte, i vidare mån än som följer av 56 a §, mot kommittenten. [2 st:] Tredje man kan icke mot kommissionären eller hans borgenärer grunda någon rätt därå, att kommissionären av kommittenten har att fordra eller bekommit gods eller penningar till fullgörande av avtalet." Ang att en motsvarighet till 2 st saknas i 24 § KommL (se lydelsen i not 154 ovan), se det packade vid not 226 nedan.

[156] Doktrinhistoriskt kan denna formulering spåras, i vart fall, till motiven till 1914 års KommL, se i not 157 nedan. Se även t ex prop 2008/09:88 s 130 ("Kommittenten står alltså i princip helt utanför avtalet med tredje man."); Johansson, Kommissionslagen s 293 (stryker "helt", men i övrigt likalydande). Jfr även SOU 1984:85 s 68 (cit vid not 86 ovan) Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt 6 uppl s 329 f; Tiberg & Dotevall, Mellanmansrätt 9 uppl s 102, 104, 105; Zackariasson, Direktkrav s 63; Hult, Om kommissionärsavtalet I s 14 f, och Dotevall, Fullmakt och immateriella tjänster s 117 f, samt i anslutning till den norska bestämmelsen t ex Arnholm, Sammensatte avtaler s 109 f: "Siden kommisjonæren opptrer i «fremmed navn», er det en selvfølge at medkontrahenten kan rette sine krav mot kjøper eller selger mot ham. Medkontrahenten behøver jo ikke en gang vite hvem kommittenten er, og en anonym mann vil man ikke gjerne gi kreditt. Men regelen gjelder like godt selv om kommisjonæren sier fra hvem kommittenten er. Ville han holde seg utenfor, måtte han få medkontrahenten til å godta at han opptrådte i «fremmed navn» […] men dermed ville man komme over fra kommisjon til fullmakt. Regelen om at kommisjonæren hefter og han alene, har kommisjonsloven fastslått i § 56, 1."

[157] NJA II 1914 s 279 (mina kurs): "Det utmärkande för kommission […] är] att kommissionären, när han sluter avtal för kommittentens räkning, handlar i eget namn. Härav följer, att det är kommissionären själv och icke kommittenten, som genom avtalet bliver

I den närbesläktade[158] *avtalslagens förarbeten* står också, i anslutning till de grundläggande reglerna om fullmäktigs behörighet, följande:

> ”Man kan sålunda hava i uppdrag att i eget namn, utan åberopande av fullmakt från uppdragsgivaren, företaga rättshandlingar för dennes räkning. Detta är t. ex. förhållandet, då någon åtagit sig att köpa eller sälja varor i kommission. *De rättigheter som tredje man förvärvar genom en av kommissionären företagen rättshandling, kan han emellertid göra gällande allenast mot kommissionären och icke mot dennes huvudman*.”[159]

Om man då ser tredjemans (t ex undertransportörens Cs) rätt att göra invändning (om t ex avtalad preskription) som en rättighet – vilket går, om än med vissa reservationer –[160] så skulle, enligt den smått legendariska Obligationsrättskommitté som författat förarbetena, denna rättighet alltså inte kunna göras gällande mot kommittenten. Och med det är vi tillbaka vid *relativitetsprincipens enkla utgångspunkt*: ”Avtalsrättigheter är relationella; de gäller i relation till den som bundits genom rättshandlande – inte i relation till någon som råkar medelbart berättigas genom detsamma. Enkelt. Ordning och reda.”[161] … men det är förstås inte hela sanningen. Komplikationer tillstår, förstås, ofrånkomligen, emedan huvudmän (såsom transportkunden A) kan bindas genom *behöriga ställföreträdares rättshandlande*. Förutan sådant borde dock invändningsrättigheten inte gälla, mot den genom avtalet endast medelbart berättigade

förpliktad mot tredjeman, eller med andra ord att *tredje man genom avtalet förvärvar fordringsrätt allenast mot kommissionären och icke mot kommittenten*. Åt *denna utomordentligt viktiga grundsats* giver förslaget uttryck i första stycket av förevarande paragraf. […] *Kommittenten står helt och hållet utom avtalet*, såvida icke tredje man därigenom förvärvat äganderätt eller annan sakrätt till visst kommittenten tillhörigt gods, varöver kommissionären förfogat.” Motsvarar SOU 1914:2 s 165. Jfr även SOU 1984:85 s 68, cit vid not 86 ovan.

[158] De flesta avtalsrättsstudenter torde läras att lagarna skrevs samtidigt, av samma Obligationsrättskommitté, besatt av samma människor (jfr redan SvJT 1916 s 318), och inom ramen för samma övergripande uppdrag, se därom t ex NJA II 1910 s 1 ff; NJA II 1914 s 160 f; NJA II 1915 s 157 f, och jfr O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 808 m hänv.

[159] NJA II 1915 s 184 (min kurs). Se även Almén & Eklund, Lagen om avtal 5 uppl s 39.

[160] Se vidare vid not 210 nedan.

[161] Cit från O Mossberg, Spekulationer om implikationer, vid not 94–96 (noter uteslutna). (He-he.)

huvudmannen;[162] att avtalet ingås för hans räkning spelar mindre roll, när det är i vems namn avtalet ingås som är det avgörande.[163]

Några sidor senare återkommer avtalslagens motiv till frågan om *följderna av kommissionärens rättshandlande med tredjeman*. Det sker i anslutning till fullmaktsinstitutet, vilket som bekant kom att regleras i lagen. Kommittén yttrar sig specifikt om *förhållandet mellan fullmakt och kommission*,[164] och tar tillfället i akt att ta avstånd från uppfattade irrläror (vilka händelsevis sammanfaller med vad den norske delegaten Fredrik Stang råkat lära),[165] samt att hamra in en helt grundläggande poäng. Enligt följande:

[162] Det är *konsekvent med principen om förbud mot betungande tredjemansavtal*, som är ett utflöde ur samma obligationsrättsliga grundsats som ligger till grund för regeln i 24 § KommL.

[163] Se sålunda t ex i not 153 och 156 ovan. Jfr även i not 152.

[164] Jfr om denna fråga även t ex Hult, Om kommissionärsavtalet I s 15 (bl a: ”Förfelat är därför varje försök att grunda ett kommittentens omedelbara förpliktande på någon analogi från mot[56 § ÄKommL]svarande regel beträffande egentliga ställföreträdare, enkannerligen fullmäktige.”); Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt 7 uppl s 343 ff, särsk s 344 f. Jfr även Stang, Norsk formuerett I: Innledning til formueretten s 297.

[165] Se det följande och jfr Stang, Norsk formuerett I: Innledning til formueretten (1 uppl 1911) s 297, som uttryckligen skriver i motsättningen mot traditionen, och preciserar: ”Baade bud og kommissionærer har nemlig en, forøvrig meget begrænset fuldmagt.”, se även s 308 ff (bl a: ”Sondringen mellem bud og fuldmægtig er saaledes en værdiløs levning fra den romerske retten. […] ingen begrepsmæssig forskjel findes.”) och s 310 ff, där det med hänsyn till rättsverkningarna slutsatsvis anförs: ”Kun gjennem fuldmagtslæren kan altsaa i vor ret kommissionsforholdet forklares. Kommissionæren har en fuldmagt, men den er begrænset. Naar saa mange forfattere har negtet det, har det visst for en del sin grund i, att de ikke har turdet fravike den gamle trossætning, at fuldmægtigen alltid optrær i fremmed navn; kommissionæren optrær nemlig i eget navn.”). Jfr även Eberstein, Till frågan om kommissionären är kommittentens ställföreträdare (Stockholm 1915) s 4, och Wetter, Om trolöshet mot huvudman (Uppsala 1907) s 177 ff; samt för mot Stang kritiska synpunkter, Ussing, Fuldmagd og bemyndigelse, TfR 1930 s 1 ff, passim, men för kommissionsfrågorna särsk s 33 ff. Senare kom också Stang själv att ändra sig, se Stang, Innledning til formueretten (3 uppl 1935) s 346 ff, där han såvitt gäller bud i huvudsak viker sig för den romantiska traditionen (bl a: ”Jeg har i tidligere fremstillinger regnet budet som fullmektig. Jeg går imidlertid nu over til å holde det utenfor fullmaktslæren, for ikke unødig å bryte med den almindelige fremstillingsmåte.”), och s 348 ff, bl a: ”Jeg har tidligere ført kommisjon in under fullmaktslæren og mener fremdeles at gode grunner taler for dette standpunkt. Allikevel går jeg i det følgende ut fra at kommisjon ikke er fullmakt (jeg holder mig altså innenfor den ramme avtaleloven forsåvidt trekker).” – men, tillägger han: ”Jeg kan imidlertid ikke undgå på adskillige steder å trekke kommisjonsforholdet inn.” (noter uteslutna.)

> ”Sysslande för annans räkning men i eget namn föreligger bland annat vid kommission. I vissa avseenden kunna kommissionärens rättshandlingar medföra rättsverkningar direkt mellan huvudmannen och tredje man. När t. ex. kommissionären säljer eller köper gods för sin huvudmans räkning, övergår äganderätten till godset direkt från huvudmannen till tredje man resp. från tredje man till huvudmannen. Detta har *föranlett vissa författare att påstå, att även kommissionären skulle hava en viss begränsad fullmakt. Detta överensstämmer dock varken med rådande rättsuppfattning i vårt land eller med förslagets språkbruk*.[166] Det rättsförhållande, som genom kommissionärens rättshandling grundlägges, är ingalunda av samma omedelbara beskaffenhet som det, till vilket en i huvudmannens namn företagen rättshandling giver upphov; även om vissa rättigheter kunna av kommissionärens huvudman förvärvas direkt från tredje man och vice versa, kräves dock i allmänhet för deras realiserande kommissionärens medverkan i en eller annan form.”[167]

Jämförelsen med fullmaktssituationen, och tanken att *kommissionären som ett slags fullmäktig* skulle vara behörig att binda sin huvudman, framstår därmed som överraskande. Om HD:s motivering förstås på det sättet är den ohållbar. Obligationsrättskommittén var explicit med att det för det första är skillnad på fullmakt och kommission, och för det andra att de som påstått att kommissionären har en ens begränsad fullmakt helt

[166] Här synes kommittén ta ställning för den uppfattning Trygger, Om fullmakt såsom civilrättsligt institut (1884) företrädde, genom att framställa den som rätt given, se särsk s 15 (”Om en person nemligen i eget namn men för en annans räkning företager en rättshandling, är han ej ställföreträdare, ty då rättsverkningarne af denna omedelbart träffa den handlande sjelf och blott genom honom öfverföras på den, på hvars uppdrag han handlat, kan från juridisk synpunkt denne senare nästan lika litet sägas vara företrädd vid den företagna rättshandlingen, som en person, hvilken t. ex. genom gåfva blifvit innehafvare af en rättighet, som en annan i afsigt att skänka honom förvärfvat genom ett med tredje man slutet aftal, kan anses hafva vid nämnda aftal varit företrädd af gåfvogifvaren.”), 104 och 108. Tryggers verk, som antagits ha påverkat Obligationsrättskommitténs arbete, handlar också till inte obetydlig del om att klargöra fullmaktsbegreppets innebörd (se bl a s 107 ff ”Fullmaktens begrepp och plats i systemet”). Denna innebörd är beroende av bl a hur fullmakt skiljer sig från kommission, varför detta blir ett återkommande tema hos Trygger (se a a s 35, 47, 97, 104, 108, 109, 144 och 146; jfr även s 33, 35), som också kommer att förespråka mycket som nu känns bekant. Jfr, om relationen mellan Trygger och Obligationsrättskommittén, O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 339 ff m hänv (Almén hade studerat för Trygger, vars inflytande på kommittén har uppmärksammats).

[167] NJA II 1915 s 190. Se även Almén & Eklund, Lagen om avtal 5 uppl s 47 (likalydande, näst att ”förslagets språkbruk” blivit ”avtalslagens språkbruk”).

enkelt har fel, om de därmed avser att beskriva gällande svensk rätt,[168] och det gäller väl oförändrat än idag.

Beskrivningen bör dock nyanseras. *Kommissionärer saknar fullmakt*: full makt att binda sina huvudmän, men det behöver inte innebära att kommittenten inte alls kan bindas genom kommissionärens agerande. Uttryckt i nu gängse terminologi (som i hög grad är resultat av Obligationsrättskommitténs arbete)[169] behöver inte avsaknaden av fullmakt innebära att kommissionärer saknar all b e h ö r i g h e t. Det finns andra behörighetsgrunder än fullmakt, och det är ju *om behörighet föreligger som är den centrala frågan* i sammanhanget. Kommitténs uttalande behöver därmed inte förstås som mer än ett terminologiskt klargörande av svenskt juridiskt språkbruk (vilket kommittén alltså ville stabilisera),[170] i form

[168] Förslagsvis ses yttrandet som ett performativ, med effekt att göra de tidigare utsagorna felaktiga för framtiden. Om de redan vid sin tid var felaktiga eller inte är en historisk fråga av begränsad betydelse för våra syften, men jfr i not 170 nedan.

[169] Se sålunda NJA II 1915 s 184: ”*Fullmakten* är en till tredjeman riktad viljeförklaring av huvudmannen, varigenom denne påtager sig följderna av den rättshandling ställföreträdaren å hans vägnar företager.”, respektive s 185 ”Den rätt att handla för fullmaktsgivarens räkning, som på grund av det bakomliggande förhållandet tillkommer fullmäktigen gent emot fullmaktsgivaren, kommer i det följande att betecknas med uttrycket befogenhet. Med fullmäktigens *behörighet* åter kommer att betecknas den rätt att handla för fullmaktsgivarens räkning, som på grund av fullmakten tillkommer fullmäktigen i förhållande till tredje man.” Se om terminologin även Ussing, Fuldmagd og bemyndigelse TfR 1930 s 1 ff, på s 3 (som vill tillskriva tyske Paul Laband (1838–1918) huvudäran för det terminologiska nyordnandet, jfr Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 1866 (vol 10) s 183 ff, se särsk s 203 ff). Se även Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s 119 ff, samt s 114 där han belägger terminologins nyhetsvärdighet bl a genom hänvisning till att ordet ”behörighet” i 1887 års prokuralag användes med en annan innebörd, och noterar: ”I litteraturen har uttrycken behörighet och befogenhet kallats en av fullmaktslärans ’största landvinningar’ och sagts [– numer –] tillhöra det ’juridiska allmängodset’.”, m cit fr Hellner, Avtals- och köprätt under 1900-talet, SvJT 1984 s 755 ff, s 760 (anala läsare noterar att Hellner skriver ”främsta” landvinningar) respektive Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap s 81, där den av Åhman citerade skrivningen föregås av: ”Valet av termer synes icke ha haft stöd i tidigare språkbruk. Trots detta har i stort sett avtalslagens terminologi snabbt slagit igenom och övergått till att betraktas som något självklart, något som hör till det juridiska allmängodset.”

[170] Kommittén förhöll sig till äldre (och nordisk, jfr om Stang i not 165 ovan) diskussion, där terminologin ofta var mer flytande. Man synes använt ’fullmakt’, ’ställföreträdarskap’, ’bemyndigande’, ’befogenhet’ och möjligen även andra termer (såsom mandat) ganska

av en begreppslig precisering om att fullmakt och kommission inte har överlappande denotationer. Orden betyder olika saker. Begreppen skiljer sig åt.

Det är därför inte ett så överraskande ställningstagande, som det vid första anblick kan framstå, om 2014 års dom läses som att kommissionären B var behörig att binda sin kommittent A, och om alltså detta vore förklaringen till att ”*det utomobligatoriska spåret*”[171] *var stängt* mot

---

omväxlande när man talade om det som nu företrädesvis omtalas som behörighet. Jfr t ex hur Trygger, Om fullmakt s 15 f använder ’befogenhet’, som vi nu skulle använda ’behörighet’, eller Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap s 82, som i anslutning till AvtL:s behörighet/befogenhet noterar att: ”Tekniken att arbeta med dubbla gränser för fullmakten är icke ett påfund av avtalslagens författare. Den tycks vara ett nära nog genomgående drag för utländsk fullmaktsrätt. Även i äldre rätt förekom en dylik spaltning, även om själva terminologien där icke var så fast.” (not utesluten.)

[171] *Metaforisk utsvävning:* Det är förvisso alldagligt (commonplace) att tala *om olika vägar, spår, eller linjer i argumentation*. (Hyfsat färska exempel: Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten, passim (mest linjer, men även vägar och spår) Rødvei Aagaard, Obehörig användning av e-legitimation och läran om misstagsbetalning, JT 2021–22 s 866 ff, på s 870 (vägar och spår); J Samuelsson, Rättsvetenskapens vetenskaplighet, Vänbok till Lena Olsen, passim (vägar, i flera bemärkelser); eller för all del O Mossberg, Avtalets räckvidd I, t ex s 261 (ff).) Dessa metaforer är ganska givna. De appellerar till topiskt tänkande, och den rumsliga grundmetafor som genomsyrar mycket av argumentationsteorin; de antyder rörelse och riktning, och att man inte bara följer något givet, eller yrar runt, utan vet vart man är på väg, hur man kommer dit, och var man längs vägen kan stanna till. Därigenom antyder metaforiken också *agens, kontroll och framförallt valmöjlighet*. I skadeståndssammanhang, när det handlar om just anspråkskonkurrens, synes också *spår* vara särskilt frekvent, vilket möjligen Lindskog bidragit till (se hans Något om rättslig flerspårighet, Festskrift till Lennander s 191 ff, samt därtill Munukka, Utomobligatoriska anspråk mot avtalsparts kontraktsmedhjälpare och mot avtalspart, JT 2015–16 s 410 ff, på s 426 f, och S O Johansson, Alternativa eller exklusiva skadeståndsregler, Festskrift till skadeståndslagen 50 år s 179 f; jfr även Lindskog, Preskription 5 uppl 2021 s 624 ff, ”Dubbelspårighet”). Som Johansson (a st) anmärkt finns dock även alternativa terminologier. I anslutning till det där med förutbestämda stopp, kan förresten noteras att *spårmetaforiken illustrerar också hur metaforer kan operationaliseras olika,* och hur man kan fånga upp någon annans metafor, och använda den för att refutera den andres mening. Spårmetaforen har nämligen använts för att framföra tämligen kritiska synpunkter. Se sålunda H Anderssons reflektioner i den kärnfullt betitlade artikeln: Den olycksaliga olyckan som olyckligt försäkringsrättsligt demarkationskriterium för ersättningsgilla försäkringsfall av typen olycksfall: Temakretsen kring externa, fatala, ödesdigra, oväntade och hastigt påverkande menliga händelser – och därmed vådligt orsakade skadefall … till skillnad från förfall och över tiden ofrånkomliga skador som successivt bara blir fallet utan att vara olycksfall, i H Andersson, B Bengtsson, Holm,

undertransportören C. Avsaknaden av fullmakt utesluter inte att *kommissionären har viss behörighet*.

Den svåra frågan är förstås *hur långt denna behörighet sträcker sig*, och vad fallet utvisar om svaret på denna fråga. Det här är en okänt snårig del av mellanmansrätten, som nog många gärna undviker.[172] En del av roten till snårigheten antyds också redan i blockcitatet ovan,[173] när det talas om att 'äganderätten till kommissionsgodset övergår direkt till kommittenten eller tredjeman'. I KommL följer detta av 23 § (motsv 53 § ÄKommL), som kodifierar den för sakrätten viktiga principen att kommissionären aldrig blir ägare till kommissionsgodset. Det kniviga är *hur regeln i 23 § KommL samspelar med framförallt 24 §,* som anger att tredjeman genom avtalet med kommissionären förvärvar rätt mot denne men inte mot

---

S O Johansson, Larsson Klevhill, Lindell-Frantz, Nydrén, Radetzki, van der Sluijs & Ullmann, Uppsatser om försäkringsvillkor (Stockholm 2015) s 40 f (jfr s 5), där han berör hur vissa bedömningar kan få något mekaniskt över sig, när man följer ett givet, redan utlagt, spår, så att bedömningen tryggt rullar på, i en förvisso säker, men föga nyhetsvärdig färd: "det blir lite som att stiga på tåget, och säga sig ha en metod, för att pröva tesen om att första hållplatsen blir Knivsta – och det bekräftas snart (vilket bevisar att metoden med färdiga schematiska frågor var bra, och nästan kan upphöjas till en teori) – varefter frågan ställs om tåget också kommer att stanna i Märsta (och åter får man bekräftelse på vilken praktisk och nyttig modell man skapat) och vid ankomsten till Centralen i Stockholm upptäcker man att det spår man byggt sin teori på är helt korrekt … och att spåret precis återger den räls som ligger där på banvallen (men vid en dylik analys går tåget säkert i motsatt riktning)." – Andersson har något helt annat för ögonen, och kritiken vore förvisso föga träffande för flerspårighetstänkandet, då poängen med detta ju inte är att man (okritiskt) "följer vissa spår", utan snarare att man längs rälsen kommer till järnvägskryss (krisis), där man bör uppmärksamma valmöjligheten och göra ett reflekterat val mellan de olika vägarna (jfr O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 88 ff m hänv). Givet att 'spår' är homonymt måste inte heller metaforen förstås som att spåren utgörs av *räls*. Istället kan man som en jägare följa spåren av något. (Det kunde tilltala såväl Lindskog, jfr Advokaten i rättssalen, JT 2007–08 s 563 ff, som Platon, se Sofisten 218 d (i t ex Stolpes översättning, Platon, Skrifter, Bok 4, Stockholm 2006, s 250, och därtill t ex J Samuelsson, a a s 211.) Då kunde poängen vara hur jägaren med jämna mellanrum måste välja, vilken av de kors och tvärs löpande viltstigarna han ska följa, eller om han rent av ska ge sig av rakt ut i riset!

[172] För egen del har jag svårt att tro, att skälet till HD:s underspecificerade motiveringsform i 2014 års fall var att det uppfattades vara en så enkel fråga att inget ens behövde sägas om den. Intrycket av att det hela uppfattades som kanske lite komplicerat stärks möjligen också av att ett av de dömande justitieråden fann det för gott att prestera ett tillägg för egen del som med 14 sidor packad text var väsentligt längre än själva domen.

[173] Alltså det vid not 167.

kommittenten. Reglerna samspelar även med 25 och 26 §§ (liksom förstås med KommL i övrigt) men de är mindre relevanta för den i 2014 års avgörande avgörande frågan om tredjemans rätt mot kommittenten, dvs den specifika frågan om undertransportören Cs invändningsrätt mot transportkunden As utomobligatoriska skadeståndsanspråk.[174] För denna fråga framstår 24 § som det centrala, då lagrummet kan läsas som att det borde utesluta också sådan ”rätt”.

Så enkelt som att HD:s dom är uppenbart lagstridig är det förstås inte, men det är här det blir lite snårigt, eftersom man behöver ”ta sig förbi” lagtextens synbarligen klara bud. (Det var ju där vi började, i 4.1 ovan.)

> Delvis är snårigheten en effekt av vissa källors receptionshistoria och av ämnestraditioner.[175] På kommissionsrättens område finns klara konstruktionsjuridiska tendenser, på ett sätt som gör att det blir just sådär komplicerat som konstruktionsjuridiken ofta beskyllts för.[176] Det finns också kvardröjande rester av äldre diskussioner, om problem som obligationsrättskommittén var väl medveten om, men inte föresatte sig att försöka lösa genom avtals- och kommissionslagarna.[177] Underlåtenheten därvidlag går

[174] Det var i målet inte fråga om något sådant konsumentfall som regleras i 25 §, eller om att kommissionär handlat i strid med uppdraget jämlikt 26 §, och båda lagrummen reglerar undantagssituationer, snarare än huvudfallen. Se, om 25–26 §§, S O Johansson, Kommissionslagen s 306 ff och 311 ff; Zackariasson, Konsuments direktkrav vid kommission – Nedslag i fragmentarisk reglering av praktiskt viktiga frågor, Vänbok till Lena Olsen, s 275 ff, samt Zackariasson, Gränser för ett direktkrav enligt kommissionslagen, SvJT 2019 s 312 ff.

[175] Hur ska man säga det här nu då? Jo, men, låt den intill omärklighet inarbetade tankefiguren (= naturaliserad rotmetafor) med de hithörande problematikerna som ett ”område” kompletteras, med en mer iögonfallande liknelse, där förmögenhetsrätten tänks som en religion. Då kan det aktuella området ses som helgad mark, och avtals- och kommissionslagarna med förarbeten som de heliga skrifter vartill nya generationer av dogmatiker har att alltid söka sig, för att avlocka texterna ny mening, till ledning i livet, för att försöka se systemet, och avtäcka skaparens vilja. (Ärligt talat är väl metaforen inte ens långsökt? Att arbeta med kommitténs produkter lär också vara bland det bästa man kan göra för att upparbeta en känsla för den klassiska obligationsrättens inre logik – och arbetet kan ge åtskilliga uppenbarelser.)

[176] Här avses ingen negativ laddning; det är en del av det som gör området så stimulerande. Vi ska dock inte gräva ned oss i det här. Se istället O Mossberg, Den konstruktiva riktningen och ”begreppsjurisprudensen”, TfR 2022 s 289 ff.

[177] Det är ingen slump att reglerna alltjämt förekommer i diskussioner om bl a besittningens betydelse för frågor om sakrättsligt skydd, godtrosförvärv, legitimation, täckningsfordringar, direktkrav, fordringsförvärv, anspråkskonkurrens, avtalets subjektiva

helt i linje med kommitténs såväl omvittnade som omhuldade pragmatism: det behövdes inte.[178] Men därmed hänger resterna kvar, som halvt glömda minnen vilka dock alltjämt orsakar spänningar i materialet och teoretiska bryderier hos dess läsare – just som diskussionerna gjorde innan lagarnas tillblivelse.[179] Att det var omdiskuterade, tidvis hett debatterade, frågor medförde nämligen att *kommittén inte alltid uttryckte sig i entydiga termer*,[180] om hur förhållandena i kommissionens trepartskonstellation egentligen var ordnade, eller vari grunden bestod till att de ordnades på visst vis.[181] Därmed lämnade kommittén tolkningsutrymme, och detta har sedermera utnyttjats på olika sätt.[182]

---

begränsningar, och så vidare: För att citera S O Johansson, Kommissionslagen s 15, som i sin tur dolt citerar (jfr not 105 ovan) Håstad, Konsekvens i rättssystemet, Festskrift till Strömholm s 409: ”Kommissionslagen är intressant också rent juridiskt. Lagen kan karaktäriseras som *en juridikens smältdegel*.”

[178] Jfr, om Almén, O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 340 f m hänv. Se även J Samuelsson, Pragmatism v. realism, i Kleineman (red), Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt, s 327 ff, samt specifikt om AvtL, J Samuelsson, Svensk avtalsrätt: Fullmaktsläran s 15 ff; Tamm, De nordiske aftaleloven – mellem megaloman chauvinisme og nordisk pragmatisme, s 17 ff och Blandhol, Bedre stykkevis og delt, enn fullt og helt? Avtalelovene og den nordiske rettspragmatisme, s 37 ff, både de sistnämnda i Andersen m fl (red), Aftaleloven 100 år.

[179] Här förbigås väsentligen diskussionernas närmare innehåll, då de (skräll) är ganska komplicerade och dessutom spänner över såväl lands- som språkgränserna, delvis i anledning av det nära förhållandet till framförallt tysk rätt men också till andra kontinentala rättsordningar. En ingång, som kan ge något slags känsla för debatten, finns i Hult, Om kommissionärsavtalet s 13 ff, som dock är ibland anmärkningsvärt illojal mot lagförarbetena och har en tendens att argumentera i rakt motsatt riktning mot vad som där förfäktas.

[180] Saken kan möjligen uttryckas som att kommittén inte genomförde en helt konsekvent systemsättning och därigenom erbjöd fragment som kan tolkas som hänförandes saken till olika paradigm.

[181] Så har man t ex diskuterat om besittningen till kommissionsgodset är grunden för kommissionärens möjlighet att förfoga över detsamma också i strid med uppdraget (som obligationsrättskommittén menade, NJA II 1914 s 274 f), eller om kommittentens bundenhet borde tillskrivas något annat. Se, om uppdragets resp legitimationens betydelse t ex Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 474 ff m omf hänv, bl a till Zackariasson, SvJT 2019 s 312 ff, som faktiskt noterar betydelsen av ”– framför allt – *de outtalade* regler som torde utgöra bakgrund” (min kurs) till bestämmelsen i 26 § KommL om kommissionärens uppdragsöverskridande.

[182] Det främsta exemplet är kanske *direktkravsdiskussionerna*, där vissa författare tenderat förhålla sig fritt till lagmotiven. Hults kritiska läsningar av AvtL- och KommL-motiven är viktiga exempel (se Hult, Om Kommissionärsavtalet I, och därom O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 731 ff, särsk 733 ff m hänv), liksom hans förhållningssätt till GFAL-motiven, i avhandlingen (Bidrag till läran om försäkring av tredje mans intresse, från 1927, dvs

Det är när man ska ”ta sig förbi” lagtexten komplikationer tillstår. Drar man i en tåt uppstår snart spänningar i andra delar av väven. För att inte riskera att repa upp för mycket, nöjer vi oss med att försiktigt följa tre trådar, vilka här löper samman, nämligen: (I) *förhållandet mellan 23 § och 24 § KommL*; (II) *frågan om kommissionärens behörighet*, samt, (III) *gränsen mellan sak- och obligationsrätten*. De tre trådarna är sammanbundna, med varandra och andra. Det här kunde man förvisso skriva långt om …[183] men vi håller det kort och textnära, genom att till att börja med påminna om citatet från AvtL-motiven:

> ”*I vissa avseenden* kunna kommissionärens rättshandlingar medföra rättsverkningar direkt mellan huvudmannen och tredje man. När *t. ex.* kommissionären säljer eller köper gods för sin huvudmans räkning, övergår äganderätten till godset direkt från huvudmannen till tredje man resp. från tredje man till huvudmannen. […] Det rättsförhållande, som genom kommissionärens rättshandling grundlägges, är ingalunda av samma omedelbara beskaffenhet som det, till vilket en i huvudmannens namn företagen rättshandling giver upphov; även om vissa rättigheter kunna av kommissionärens huvudman förvärvas direkt från tredje man och vice versa, kräves dock *i allmänhet* för deras realiserande kommissionärens medverkan i en eller annan form.”[184]

---

samma år som GFAL), där han, i den centrala frågan om försäkringsavtalet utgör ett tredjemansavtal, intar rakt motsatt position i förhållande till GFAL-motiven (enligt vilka det utgjorde ett sådant). Vad gäller kommissionslagarna är den motivkritiska traditionens främsta nuvarande exponent Lindskog, som i vart fall i delar har sällskap av den dock mer försiktige S O Johansson, se bl a hänv i not 114 ovan och jfr om Lindskogs högst medvetet kritiska hållning till ”lagpositivism”, O Mossberg, a a s 737 ff m hänv (han har uttalat sig om det på flera olika ställen, på a st samlas och kommenteras källorna).

[183] Alltså, *kan inte någon skriva en fet monografi om kommission snart?* S O Johanssons lagkommentar i all ära – den är stabil och nyttig, men det är just en lagkommentar, där han förhåller sig lojalt mot genrens villkor. Jag vill se en tung vetenskaplig monografi! Tänk: minst 700 sidor; rejält källat, också med utländska källor; inget fusk med historian; konstruktionsproblem tas på allvar; linjerna dras ut konsekvent, och man tar i rubbet, istället för att köra avgränsningar och status translationis-bortstötanden. Sådana är förvisso både legitima och nödvändiga i många sammanhang, men inte nödvändigtvis i monografiska sådana. (”Ja, men det får man aldrig forskningsmedel för!” – Vad säger i så fall det om forskningsfinansieringssystemet? Och det tror jag visst man kan!)

[184] NJA II 1915 s 190 (mina kurs). Se även Almén & Eklund, Lagen om avtal 5 uppl s 47 (jfr i not 167 ovan).

Märk hur det, tydligt, uttryckligen, och två gånger, framgår att kommissionärens rättshandlingar kan medföra rättsverkningar direkt mellan huvudmannen och tredje man. Det specificeras visserligen som att äganderätten till kommissionsgodset övergår direkt mellan huvudmannen och tredjeman, och vice versa (23 § KommL; 53 § ÄKommL), men detta anges endast *som exempel* (”t. ex.”), och *även annat än äganderätten kan alltså förvärvas direkt* – utan hinder av 56 § ÄKommL/24 § KommL. Detta bekräftas också när det i sista meningen efter semikolonet talas om att ”vissa rättigheter kunna av kommissionärens huvudman förvärvas direkt från tredje man och vice versa”. Det sägs i en ”även om”-sats, som avslutas med att ”kommissionärens medverkan i en eller annan form” – obs: ”i allmänhet” –[185] ”kräves”, ”för deras realiserande”. Icke desto mindre framgår dock att även andra rättigheter än äganderätten kan förvärvas direkt mellan huvudman och tredjeman, och detta förutsattes alltså redan av obligationsrättskommittén. (Såväl min som kommitténs påtagliga tydlighet på denna punkt motiveras av att det, inte minst i ljuset av 24 § KommL, finns en uppenbar risk för missförstånd.)[186]

Frågan är *vilka rättigheter* tredjeman kan förvärva mot kommittenten, genom att rättshandla med kommissionären – vilket är ett annat sätt att fråga efter omfattningen av kommissionärens behörighet.

4.5.2 Rättighetstypologiska utkast och om invändningsrätt(ighet)er

Det synes rimligt att *göra skillnad mellan olika typer av rättigheter*, då en behörighets omfattning kan inbegripa förvärv av vissa rättigheter, men inte andra. De skrivningar som citeras i slutet av föregående avsnitt är från 1914. Svensk rätt saknade dåförtiden, och saknar väl även nuförtiden, en utvecklad lära om olika rättighetstyper. Det finns *ingen uttömmande typologi över förmögenhetsrättsliga rättigheter*, än mindre någon vedertagen

[185] I denna lilla brasklappsliknande formulering – ”i allmänhet” – har vi ett embryo till direktkravsdiskursen, som den utvecklats, i vart fall vad gäller kommissionsfallen (som i Sverige varit centrala). Temat har dock diskuterats annorstädes, för egen del till leda (åtminstone för stunden), och här är det alltså en annan del av skrivningen som är av intresse.

[186] Jfr t ex Grönforsutredningens uttryckta uppfattning, ovan i 4.3 vid not 86.

sådan. Även om det inte vore för att avtalsfriheten medger för många möjliga variationer,[187] så är det *inte så vi jobbar.*[188]

Med det är dock inte sagt, att tomheten är total, eller att lakunen leder till fullständig löslighet. Det finns vissa utkast, som kastats ut i olika sammanhang och syften,[189] och därtill finns det faktiskt ett antal åtminstone ganska vedertagna skiljelinjer, mellan olika grundläggande rättigheter – inte minst till följd av obligationsrättskommitténs eget arbete. Även om en rättighetstypologi kan göras omfattande och komplicerad,[190] ska vi nöja oss med *några grundläggande drag i en rättighetstypologi*. Redan detta innebär dock lite utläggning. Därav detta avsnitt.

Till att börja med skiljer vi mellan *sakrätter och obligationsrätter*.[191] Med sakrätt avses då anspråk mot en begränsad del av en förmögenhetsmassa, det vill säga anspråk som gäller (på något vis) bestämda saker, vari någon alltså har en rätt; *sakrätten handlar om relationen mellan personer och objekt* (det är ingen slump att besittning, till objekt, haft så stor bety-

[187] När det är fantasin som sätter gränserna kan typologisering bli en utmaning, då fantasiprodukter kan vara omvittnat svårkategoriserade; jfr sålunda t ex Foucault, The Order of Things, s xvi (om den kinesiska encyklopedien).

[188] ”Det är sådär som tyskarna håller på…” – ”Den nordiska hållningen till dylika, mer formaliserande, ambitioner har av hävd varit avvaktande. Det gäller framför allt under 1900-talet, och alltså till stor del efter obligationsrättskommitténs arbete, då de pragmatiska, och realistiskt anti-formalistiska, strömningarna förstärkts. Att uppställa en rättighetskatalog, av det slag varom här är frågan, förutsätter urskiljbara formella strukturer, och medan den nordiska pragmatismen varit relativt obrydd om sådana har realismen fullt regelmässigt ägnat sig åt att destabilisera dem.” – Bla, bla, bla – det här vet väl alla redan?

[189] Ett schema som ibland ansetts hjälpsamt finns i den amerikansk-analytiska jurisprudenten Wesley Newcomb Hohfelds lika omfattande som berömda artikel Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning, Yale Law Journal 1913 (vol 23) s 16 ff, där idén beskrivits som briljant, och läsningen som att tugga sågspån, så Schlag, How to do things with Hoheld, Law and Comtemporary Problems 2015 (vol 78) s 185 (ff). Se om schemat även Schlag, Hohfeldian Analysis Liberalism and adjudication (some tensions), University of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 17-2, eller på svenska t ex Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 258 med not 777, och C Ramberg, Bisarr rättsfilosofi s 45. Se även i not 148 ovan.

[190] Jfr sålunda C Ramberg som, i noten ovan a st.

[191] Se till det följande t ex Rodhe, Obligationsrätt s 2; Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s 15; Zackariasson, Direktkrav s 54 ff; Lindskog, Kvittning 3 uppl s 37 f (1.4.1.1), eller Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt, bl a s 119 f, 138, 171, 297 med not 958 och 527, de flesta m v hänv.

delse i ämnets tradition).[192] *Obligationsrätten handlar istället om relationer mellan personer*, och rör anspråk mot just person, eller med andra ord en gäldenärs förmögenhet i allmänhet.[193] Händelsevis överensstämmer detta med den traditionella gränsen mellan rättsområdena, i bemärkelsen *ius in re* (rätt i sak) och *ius in personam* (rätt mot person).

Denna gräns var också en del av bakgrunden till 53 och 56 §§ ÄKommL. Då dessa regler har vidareförts genom 23 och 24 §§ KommL bör även de betraktas mot den av gränsen beredda bakgrunden. Gränsens instabilitet och marginalisering i det nutida samtalet bidrar möjligen också till områdets snårighet.[194]

> Gränsen synes ha förlorat vikt och tillskrivas mindre diskursiv betydelse; i den mån man tänker på en gräns mellan sak- och obligationsrätten tänker man nog oftast på en a n n a n gräns. Det har säkert delvis att göra med att sakrätten i Sverige främst kommit att handla om dynamisk sakrätt,[195] där förhållandet mellan obligationsrätt och sakrätt främst aktualiseras på tal om *fång*,[196] och då gärna i termer av ett slags tvåstegsraket, där en sakägande borgenär först måste ha ett obligationsrättsligt giltigt anspråk, och sedan, också, ”särskilt i händelse av gäldenärens konkurs,” måste ha ett sakrättsligt

[192] Se om besittningsbegreppet och dess betydelse på senare tid särsk Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 184 ff.

[193] Se hänv i not 191 ovan. Jfr (dock) Lindskog, Om opersonliga fordringar, Festskrift till Gösta Walin, s 379 ff, som skulle kunna läsas som en modern dekonstruktion av distinktionen mellan sak- och obligationsrätten.

[194] Besväras du också av den blandade metaforiken (gränser/snår)? Så här då: När trädgårdsmästaren inte bemödar sig om att ansa utväxter eller rensa kantlinjer kan det ena börja växa in i det andra, och vice versa; snåret blir svårgenomträngligt och till slut ser man inte var det ena börjar och det andra slutar.

[195] Åtminstone framstår det så för mig, som är sakrättsligt intresserad, men inte anser mig förtjänt av titeln sakrättare. Jfr t ex den stora symbolen för den moderna sakrätten, Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s 17 f, 24. Se även Zackariasson & Strömgren, Sakrätt avseende fast egendom, bl a s 21 f.

[196] Det är klart att det finns undantag, inte minst när sakrättsliga frågor figurerat i anslutning till straffbestämmelser, varvid man väl oftast berör statisk sakrätt (se senast Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt, bl a s 43, 133 ff (137), 148 f, 668, och passim). När så sker, så finns det nog dock en tendens att se det som just straffrätt, snarare än sakrätt eller civilrätt dit sakrätten ju av tradition förs. (Kunde man tänka sig en straffsakrätt? Ja, varför inte? Det ligger i linje med Almkvist. Frågan är dock vad som därmed vore vunnet och förlorat.)

skyddat anspråk, för att faktiskt få sin sak.[197] Detta är förstås sant, i den bemärkelsen att det utgör en adekvat beskrivning av vad som fordras för bättre rätt till förvärvad egendom. I sig är det heller inte särskilt problematiskt att tänka på det viset (särskilt inte för att i undervisningssammanhang förmedla en struktur för konkret problemlösning, med en fråga A, en fråga B, och så vidare).[198] Tankesättet är dock ägnat att få förhållandet mellan områdena att *framstå som ett slags nivåspel, snarare än som att det rör olika arter av anspråk*.

Så tycks till exempel HD i NJA 2014 s 760 tänka på nivåsättet, när den (i p 18) skriver att ”[d]et kan diskuteras om [speditörens] uppdrag låter sig kvalificeras som kommission i sakrättslig mening. I obligationsrättsliga frågor behöver emellertid klassificeringen inte vara av samma omedelbara betydelse.” Skrivningen implicerar ju, särskilt i ljuset av källkontexten, att man på den första obligationsrättsliga nivån kan vara relativt liberal vad gäller att klassificera ett förhållande som kommission, e f t e r s o m klassificeringen inte per automatik leder till att den som eftersträvar en sådan klassificering vinner också på den andra, svårare sakrättsliga nivån. Det g å r väl också att tänka så.[199] Då dock ingen av parterna i fallet gått i konkurs,

[197] Se och jfr t ex NJA 2007 s 413: ”Tradition liksom registrering enligt lösöreköpslagen är [sakrättsliga] moment fristående från den bakomliggande rättshandlingen. Detta medför att det vid bedömning av frågan om tradition har skett i princip inte skall prövas, huruvida en överlåtelse i det enskilda fallet utgör en skenrättshandling eller annars skett i undandragande syfte. Sådana omständigheter skall i stället beaktas vid en bedömning av den bakomliggande rättshandlingens giltighet (jfr 4 § lösöreköpslagen) […]” jfr även t ex NJA 1998 s 379 (Masters Möbler) och NJA 1996 s 700 (flytdockan), som kan ses som uttryck för samma tankestruktur (vilken man väl dock med bara lite projicering kan läsas in redan i LkL), och allmänt t ex JustR Håstads tillägg i NJA 2008 s 684 (Sannäs räkor).

[198] Och kanske en fråga C också, om återvinning – citatet från NJA 2007 s 413 i not 197 ovan fortsätter så: ”[…] eller vid en tillämpning av återvinningsbestämmelsen i 4 kap. 5 § konkurslagen.” (Man kan förstås diskutera även annat, såsom återbäringsskyldighet enligt ABL, men då bör nog även frågornas ordning diskuteras; allmänt bör man väl också akta sig för att förväxla frågor om ämnesdidaktik och rättslig metod.)

[199] Principiellt sett är det väl dock felaktigt. Antingen ä r det kommission eller så är det i n t e det. Eftersom parterna i rent obligationsrättsliga tvister (där borgenärsskyddsskäl inte gör sig gällande) disponerar över sitt interna förhållande synes det dock, i avsaknad av tvingande hänsyn (t ex borgenärsskyddshänsyn eller tvingande regler) som talar däremot, inte storligen problematiskt att vara mer tillåtande vad gäller kommissionsklassificeringen i sådana fall. Den som är tvångsmässig i sitt systemtänkande skulle, för det fall det inte skulle kunna klassificeras som kommission i egentlig mening, dock ändå kunna ”få ihop det”, genom att tänka sig att det av parternas avtal får anses följa att de avtalat om att kommissionsregler ska ”fylla ut” avtalet, trots att det inte är kommission ”på riktigt”.

och då det inte heller i övrigt rörde någon sakrättslig konfliktsituation, får väl HD:s uttalande betraktas som *ett klargörande obiter dictum:* en subtil instruktion till framtida tvisteparter om att säkra sin sak genom att ordentligt inventera argumenten för och emot att klassificera rättsförhållanden som kommission.[200]

Annorlunda uttryckt kan man genom kvalificerad individuell utfyllning åstadkomma en integrerande referens till vissa rättsregler, vilka införlivas i avtalet på grund av referensen (det röre sig alltså om tolkning, exklusive utfyllning). En sådan konstruktion måste dock ofta framstå som långsökt, och möjligen är det lämpligare att rakt av fylla ut med kommissionsreglerna ”analogt”, då de, givet avtalsinnehållet i övrigt, situationen och frågan, synes ligga nära till hands.

[200] Det är en rätt kul fråga, och i praxis synes man ibland ha blandat ihop olika frågor på ett sätt som riskerar göra att saken nu framstår som onödigt svårgenomtränglig. För att det ska röra sig om kommission bör rimligen krävas att det rör sig om (1) ett uppdrag att rättshandla (varvid rättshandlingsbegreppet förmodligen bör förstås i vid bemärkelse såsom handling, eller undantagsvis även underlåtenhet, som medför rättslig verkan, jfr kring not 215 nedan), (2) i eget namn, (3) för annans räkning. *Uppdragsrekvisitet* är uppfyllt om det finns ett avtal mellan huvud- och mellanmannen enligt vilket den senare kan anses ha åtagit sig att rättshandla på det sätt som skett. Avgörande för *i vems namn* mellanmannen agerar är hur saken framstår för tredjeman (det finns gott om utrymme att tematisera det hela i termer vad tredjeman haft för intryck, och om detta varit befogat), in dubio bör man dock förmodligen anse att mellanmannen agerar i eget namn (jfr O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 765 ff m hänv). Frågan om *för vems räkning* rättshandlande skett är den som fått mest uppmärksamhet i källorna, se främst NJA 2012 s 419 (”Bedömningen måste göras efter en sammanvägning av samtliga relevanta omständigheter.”); NJA 2010 s 154; NJA 2000 s 685; NJA 1940 s 312; NJA 1940 s 164; NJA 1937 s 591; prop 2008/09:88 s 29 ff och 86 ff; SOU 1988:63 s 49 ff; Zackariasson, Borgenärsskydd och specialitet s 495 ff (med ytterligare praxis); S O Johansson, Kommissionslagen s 59 ff; Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 483 ff (jfr även bl a s 384 ff); Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s 147 ff, samt t ex Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt 7 uppl s 335 ff; Moravetz, Separationsrätt i kommissionsförhållanden: Särskilt om kommittentens separationsrätt i fall av s.k. kommission i vidsträckt mening, Vingestipendiet 2013, s 251 ff, och Frank, Leverantörers rätt till osålt varulagar – är det dags att avskaffa den så kallade förfoganderegeln vid uppställt äganderättsförbehåll, JP 2016 s 295 ff, särsk s 307 ff. Ett möjligt sätt att tematisera (*frame*a) bedömningen, kan vara om den presumtive kommissionären, givet uppdraget och omständigheterna, kan anses ha en endast *förmedlande roll* (jfr, utöver 2014 års fall även NJA 2000 s 685). Det avgörande är dock om rättshandlingen skett ”för annans räkning” och inget annat, varför eventuella tematiserande omskrivningar inte bör tas på för stort allvar; rekvisitet är rekvisitet! Potentiella bedömningsfaktorer kan vara, bl a: (3a) vad parterna betecknat sitt avtal som (vilket kan ha visst bevisvärde, men knappast är avgörande); (3b) uppdragsavtalets närmare innehåll; (3c) hur parterna i ”kommissionärsavtalet” uppfattat saken vid dettas ingående; (3d) vad mellanmannen avsåg vid

> Icke desto mindre är det del av ett större mönster ägnat att destabilisera en distinktion byggd på artskillnaden mellan olika anspråk, eftersom det bidrar till att omformuleringsvis ersätta den med en annan distinktion.

Men sak- och obligationsrätt alltså, som en första grundläggande distinktion i typologin med förmögenhetsrättigheter. Ytterligare distinktioner finns. Vi skiljer mellan *olika typer av rättigheter*. Till att börja med har vi *sakrättens numerus clausus.*

> … med äganderätt, panträtt, och så vidare, i en mer eller mindre omfattande rättighetskatalog,[201] där dock alla dessa ”sakrättsliga anspråk” har en gemensam egenskap i att de alla avser sådant som låter sig konstrueras som rättsliga *objekt*, och således är just *sakanspråk*.[202] Sakanspråken delas dock in inte bara med hänsyn till sitt slag (typen av clausula), utan även med hänsyn till objektet och bestämningen därav; även bortsett från att olika objekt kan vara underkastade olika regelregimer (tänk: pantsättning av flygmotor; överlåtelse av fastighet; säkerhetsöverlåtelse av ideell andel i labradoodle), så kan objekten bestämmas på olika sätt, till exempel till species (”labradoodlen Penny”) eller endast generiskt (”Ett kilo mjöl!”).

”kommissionärsavtalets” ingående, om det undantagsvis kan anses bevisat; (3e) om det finns likheter med ett (omfattande) sysslomannaskap, vilket dock möjligen snarare bör betraktas som en alternativ tematisering än som en självständig bedömningsfaktor; och (3f) mellanmannens grad av självständighet, särskilt vid långvariga uppdragsförhållanden. Den främsta faktorn är dock kanske (3g) *i vems ekonomiska intresse* ”kommissionärsavtalet” ingås – vilket kan bedömas bl a med hänsyn till vem som står *affärsrisken* (risken för att stå med Svarte Petter om affär uteblir, varvid vid försäljningskommission mellanmannens eventuella rätt att returnera osålda varor är betydelsefull) respektive *affärsintresset*, och alltså vem som tjänar (mest) på att affären blir av; en *etymologisk förklaring till termen kommission*, är att kommissionären ska ha provision (jfr engelskans *commission*), varför det alltså skulle tala emot en kommissionsklassificering, om han får mer än så.

[201] Se t ex Hessler, Allmän sakrätt (Stockholm 1973) s 17 ff, s 42 ff; Håstad, Sakrätt avseende lös egendom s 23 ff, jfr s 441; Undén, Svensk sakrätt I s 6 (och kapitelindelningen); Forsell, Tredjemansskyddets gränser s 31 ff (varom Håstad, SvJT 1976 s 715 ff). Jfr även eller Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden s 30, 435; Sjöman, Hembud, förköp och samtycke 5 uppl, avsn 1.4.3; Nial, Nya sakrätter, SvJT 1940 s 673 ff; Rodhe, Handbok i sakrätt s 609 f; Lindskog, Kvittning 3 uppl s 37 f (1.4.1.1).

[202] Jfr O Mossberg, Gröna löften och förmögenhetsrättens tillkortakommanden, de lege 2022 s 237 ff m hänv.

Därtill finns olika primärt obligationsrättsligt relevanta sätt att skilja mellan rättigheter.[203] Vi nöjer oss med tre övergripande kategorier av betydelse för mellanmmäns varierande behörighet (som ju är temat, här i 4.5). För det första har vi *anspråk på prestation*. De kan vara bestämda antingen *i pengar* eller *i natura*, men analytiken kan i princip drivas längre.

> Särskilt vad gäller anspråk på naturaprestationer, där vi t ex gör skillnad på *saker och tjänster*, och därmed operationaliserar en distinktion som, synbarligen i kraft av sin naturlighet, varit i spel sedan antiken (*dare/facere* – ge/göra). Då kan vi även notera hur det är lätt att tänka sig sakrättsligt skyddade anspråk på att få saker, när den som ska prestera dem gått i konkurs, men svårare att tänka sig sakrättsligt skyddade anspråk på att få en tjänst gjord, när utföraren går i konkurs – varvid svårigheterna tycks följa just av det är skillnad på sak och tjänst.[204] Som nämnts kan vi för sakprestationer skilja mellan anspråk som är bestämda till species, och de som är endast fungibelt bestämda, samt därmed anknyta till en spjälkning som för tjänsteprestationer har sin motsvarighet i distinktionen mellan resultatförpliktelser och omsorgsförpliktelser, såtillvida att de förra (species, resultat) är bestämda till viss art och identitet, medan de senare (fungibelt, omsorg) snarare är bestämda till visst slag (kvalitet) och kvantitet. Märk förresten även hur den grundläggande *divisionslogiken gör att anspråkstyperna definieras av sina respektive motsatser*. (En tjänst är inte en sak; ett fungibelt bestämt anspråk är inte bestämt till species, osv.)

För det andra har vi *anspråk på ersättning*.[205] Dylika kan, men måste inte, hänga ihop med anspråk på prestation. Exempelvis kan ett underlåtet uppfyllande av en prestationsplikt föranleda ett ersättningsanspråk på grund av avtalsbrott, varvid den presterade ersättningen ersätter den

[203] Givet den traditionella distinktionens destabilisering är de dock inte utan betydelse också som byggstenar för modern sakrätt.

[204] Märk också hur problem vid *tillverkningsköp* kan hanteras genom att klassificera avtalet som antingen köp eller tjänst.

[205] Distinktionen mellan anspråk på prestation, och den däremot korresponderade prestationsplikten, respektive anspråk på ersättning, och den däremot korresponderande ersättningsplikten, överlappar delvis med tysk rätts skillnad mellan *Leistungs-* och *Haftungsplicht*, men man bör akta sig för att dra förhastade slutsatser utifrån ytliga likheter. En färsk undersökning som tangerar tematiken finns i Oulis, Värdeersättning vid återgång (Uppsala, 2021).

egentligt avsedda prestationen. Ett anspråk på skadestånd på grund av avtalsbrott är alltså ett ersättningsanspråk, medan ett anspråk på betalning av avtalat pris är ett (till/i pengar bestämt) anspråk på prestation.[206]

Analytiken kan drivas längre. Det gäller väl i och för sig alltid, att man kan anamma analytikerns anda och således söka spjälka sönder saker, identifiera differentieringar och distinktioner, och på det hela taget instansiera *divisionens logik* så långt som fantasin eller lusten räcker.[207] Här nöjer vi oss dock med bara en ytterligare kategori, på samma nivå som prestations- och ersättningsanspråk, och får därmed en tredelad typologi med förmögenhetsrättigheter.[208] Den tredje kategorin samlar (materiella) *invändningsrätter* – vilka alltså kan konceptualiseras som rättigheter, låt vara med den reservationen att en sådan konceptualisering nog inte är okontroversiell.[209]

Det kontroversiella följer dock främst av att rättigheter brukar tillskrivas vissa egenskaper,[210] och att det kan diskuteras *vilka rättighetsegenskaper som bör tillskrivas invändningsrätter*. Invändningsrätter har, till exempel, ett ekonomiskt värde, givet att den som kan rikta invändningar mot ett anspråk därigenom kan bespara sig kostnaden att behöva fullgöra (i fullo). Invändningsrätter kan också efterges,[211] även genom passivitet (om inte annat så därför att få invändningar ska beaktas ex officio). Innehavaren kan således disponera över dem. Dispositionsmöjligheten är dock begränsad till följd av att *invändningsrätten är osjälvständig;* invändningar låter sig sällan konstrueras som självständiga objekt, kan (därmed) inte överlåtas, och är egentligen bara relevanta som ett slags sköld mot det anspråk på prestation eller ersättning varemot invändningen gäller.

[206] Märk att den internationellt uppmärksammade frågan om rätten till ”specific performance” kan förstås som en fråga angående ”omvandlingsmöjligheten” av ett prestationsanspråk till ett ersättningsanspråk.

[207] Möjligen borde något sägas om vad som kan eller bör vara bestämmande för vilka distinktioner man gör. Det är dock en stor fråga, som jag avser återkomma till i en kommande artikel om Skillnadsgörandets form och former.

[208] Det behöver dock inte vara någon trikotomi, eftersom tredelningen inte behöver vara uttömmande.

[209] Händelsevis uttryckte sig även obligationsrättskommittén lite svävande, vilket också, genom efterföljande exegeters insatser, bidragit till områdets snårighet.

[210] Jfr om saken och dess egenskaper, O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 542 m hänv.

[211] Jfr t ex skuldebrevslagens förarbeten i SOU 1935:14, t ex s 43 f, där det framgår att gäldenären kan ”eftergiva sin rätt till invändning”.

På rättsföljdssidan är detta den centrala skillnaden mellan å ena sidan invändningsrättigheter och å andra sidan prestationsanspråk och ersättningsanspråk: *invändningar är blott negerande*, de fungerar refutationsvis och tillbakavisar anspråk, medan prestations- och ersättningsanspråk har positiv verkan och grundar anspråk.[212]

> På det typologiska temat kan i övrigt sägas att *invändningsrätt i sin tur är en samlingskategori*, som innehåller underkategorier vilka skiljer sig åt på såväl rättsfaktumsidan som rättsföljdssidan. Det illustreras redan i t ex 15–17 §§ SkbrL, som skiljer mellan olika invändningar med hänsyn både till deras olika grunder (t ex starka och svaga ogiltighetsgrunder) och varierande verkningar (extingibla eller bestående). Invändningsrättskategorin samlar dock även andra typer av invändningar, inklusive sådana ”avtalsinvändningar” som brukar diskuteras i anslutning till 1 § SkbrL.[213]

För att då vända åter mot frågan om mellanmäns behörighet, kan sägas att en med fullmakt försedd representant, i avtalslagens begreppsvärld, som utgångspunkt är behörig att binda sin huvudman så långt som huvudmannen kunnat binda sig själv (”full makt”).[214] Normalt kan fullmäktigen ådra huvudmannen prestationsplikter och ersättningsplikter, samt ge motparten diverse invändningsrätter, och även i övrigt företa för huvudmannen bindande rättshandlingar (se 10 § 1 st AvtL).

[212] Ibland talas förvisso om ”kvittningsinvändning”, varvid alltså en motfordran åberopas invändningsvis. Fordringar kan förstås också överlåtas, och de konstrueras som självständiga objekt. Märk dock att ’kvittningsinvändning’ är också, och kanske främst, en processuell term, i det att den fyller sin främsta funktion i processrättsliga sammanhang, där man skiljer mellan å ena sidan att en fordran åberopas kvittningsinvändningsvis, och å andra sidan att den åberopas som grund för ett självständigt genkäromål. Här finns också en skillnad på rättsföljdssidan, då en motfordran som är större än fordran vid kvittningsinvändning aldrig kan göra mer än att negera en omstridd rätt, och alltså leda till att käromålet ogillas, medan den vid genkäromål (som förutsätter stämning) kan leda till att genkäranden får positiv utdelning. I denna skillnad märks *invändningens negerande effekt*. (Från de komplicerade rättskraftsproblemen bortses här.)

[213] Jfr t ex NJA II 1936 s 16; Mellqvist & Persson, Fordran och skuld 12 uppl s 120, eller Walin & Herre, Skuldebrevslagen mm, kommentaren till 1 § passim.

[214] Sitt kanske tydligaste uttryck finner denna princip i avtalslagens 22 och 23 §§, varav ju framgår att fullmakten sträcker sig lika långt som huvudmannens förmåga till självbindning. Se om fullmaktsbegreppet J Samuelsson, Svensk avtalsrätt: Fullmaktsläran s 66 ff.

> *Terminologiskt påpekande:* För att det ska vara fråga om en fullmakt krävs i princip att fullmäktigen, genom en till tredje man riktad viljeförklaring, *getts behörighet att r ä t t s h a n d l a* (för huvudmannens räkning, i hans namn), på ett sätt avsett att binda huvudmannen. I teorin kan man tänka sig att en behörighet görs mer inskränkt än så (”Representanten får agera för min räkning i mitt namn, men inte rättshandla!”). Om dock rättshandlingsbegreppet förstås vitt, vilket var avsikten i avtalslagens motiv,[215] så finns inget behov av detta, eftersom rättshandlingsbegreppet fångar upp alla dispositioner vilka som sådana påverkar det förmögenhetsrättsliga rättsläget.[216] Det är själva poängen med rättshandlingsbegreppet, sådant det används i avtalslagen.[217]

Andra behöriga representanter än fullmäktiga kan ha en mer inskränkt behörighet, och man ska alltså förstå påpekandet i avtalslagsmotiven, om att kommissionärer inte har fullmakt, som att de bara inte har en lika långtgående behörighet som en regelrätt fullmäktig. Därmed är dock inte sagt att de inte har n å g o n behörighet – det har de: *Kommissionärer har viss behörighet*, och med det är vi tillbaka vid den fråga som avslutade förra avsnittet.

[215] *Standardreferensen:* ”Se Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (Stockholm 1914) s 116: ’Att i lag söka definiera begreppet rättshandling kan naturligtvis icke ifrågakomma. I förslaget användes uttrycket i så vidsträckt bemärkelse, att därunder innefattas alla viljeförklaringar, vilka hava till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande, som faller inom förmögenhetsrättens område.’ ”

[216] Den kanske mest brännande frågan är om en mellanman som gjorts behörig att förhandla, men inte att sluta avtal, ska räknas som fullmäktig. Det kan diskuteras. Räknar man förhandlaren som en fullmäktig så kan förhandlingsbud, mm, som kan leda till ansvar för t ex *culpa in contrahendo* (jfr möjl NJA 1963 s 105) eller som figurerar i olika *passivitetsregler* (jfr t ex NJA 2006 s 638) ses som rättshandlingar. Det kan vara tilltalande, då förhandlarens agerande i en mening påverkar rättsläget. Agerandet gör det dock inte ensamt, och heller inte i kraft av någon egentlig viljeförklaringskaraktär, av det slag som är definierande för rättshandlingar, utan snarare i kombination med, och på grund av, andra faktorer (såsom culpa, passivitet, något mått av ond tro). Det kan tala emot att se dem som rättshandlingar, annat än möjligen analogt. Det verkar inte heller nödvändigt att se dem som rättshandlingar för att ”komma åt” ogiltighetsreglerna, eller för den delen återvinningsreglerna i KonkL. Om nämligen inte förhandlandet, i sig, medför några verkningar, så tycks det saknas såväl skäl att ogiltigförklara eller återvinna något, som något att rikta klandret emot.

[217] Se *om relationen mellan fullmaktsbegreppet och rättshandlingsläran* särsk J Samuelsson, Svensk avtalsrätt: Fullmaktsläran.

4.5.3 (Något om) kommissionärens behörighet

Frågan om kommissionärens behörighet hänger som nämnts samman med förhållandet mellan 23 och 24 §§ KommL. Detta förhållande ställs på sin spets av domen i NJA 2014 s 760, då de ”allmänna kommissionsrättsliga grundsatser” HD åberopade har med lagrummen att göra. Om fallet läses i linje med det här aktuella tolkningsalternativet säger det något om *vilken behörighet kommissionärer har*. Specifikt, att kommissionären kan binda kommittenten till avtalsvillkor om korttidspreskription vilka får verkan också för kommittentens utomobligatoriska rätt mot tredjemannen (under förutsättning, förstås, att villkoret ska tolkas som att det omfattar också utomobligatoriska anspråk).[218] I vart fall i

[218] Det är alltså *en separat avtalstolkningsfråga.* Och här gäller förstås vanliga allmänna regler, om ogiltighet, jämkning, och så vidare, och långtgående friskrivningar kan alltså åsidosättas eller jämkas (jfr allmänt på temat NJA 2017 s 113). Det var väl knappast givet att avtalstolkningen skulle utfalla som den gjorde i 2014 års fall. HD:s resonemang finns i p 20–21 och innebär att det undantag från standardavtalets ansvarsregler som finns i NSAB 85 § 4 inte var tillämpligt, synbarligen därför att *preskriptionsvillkoret inte ansågs utgöra en ansvarsbegränsning* (domen är varken entydig eller övertydlig – se dock Lindskogs tillägg, p 6, 33, 39, jfr även p 32 och 47). Därmed omfattades preskriptionsvillkoret inte av undantaget, och gällde då oavkortat. Bedömningen har beskrivits som överraskande (Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt 12 uppl s 225). Det är klart att ett villkor om korttidspreskription i en allmän mening kan sägas ”begränsa ansvaret”, relativt vad som gällt utan preskriptionsvillkoret. Möjligen är tanken att villkoret inte begränsar ”ansvaret” som sådant, utan endast den ”tid” under vilken ansvaret ska gälla (jfr tingsrätten i målet, och Munukka, JT 2015–16 s 413). Det vore väl i så fall förvisso ordagrant, men därmed också lite formalistiskt. Denna del av domen torde dock ha begränsad räckvidd. Den rör endast tolkningen av specifika skrivningar (§ 4 jfrd med § 29) i ett specifikt avtal, där tolkningen rimligen påverkades av avtalssystematiken också i övrigt. (Man kan förstås spekulera i om även något annat spelat in – t ex önskan att nå överensstämmelse med Konventionen den 19 maj 1956 om fraktavtalet vid internationell godsbefordran på väg, CMR; jfr allmänt J Ramberg, Spedition och fraktavtal s 124 ff, bl a på s 126 om ”det övergripande önskemålet att så långt möjligt följa de regler som gäller enligt vägtransportlagen och CMR.”, samt Lindskog, Preskription 3 uppl s 156 m hänv – men därom går inte att något utläsa ur domskälen.) NSAB:s standardavtalskaraktär talar visserligen för att domen får betydelse även för andra speditionsförhållanden (NSAB har ju rent av ansetts utgöra handelsbruk, se i not 45 ovan), men *domen kan knappast tas till intäkt för att HD generellt fastslagit att preskriptionsvillkor inte är ansvarsbegränsningar*. Den frågan är omdiskuterad, jfr S O Johansson, Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi i dag med ansvarsfriskrivningar?, JT 2015–16 s 50 ff, på s 53 (kritisk till domen), samt Lindskog, Preskription 4 uppl s 542 f (mer bejakande, ger även v hänv). Av mer allmän räckvidd är HD:s konstaterande att det inte kan ”anses vara en allmän rättsprincip att

speditionsfall, men förmodligen i kommissionsfall i allmänhet.[219]

Hur går det ihop med KommL då? Förfäktaren av det aktuella tolkningsalternativet kan göra gällande att det egentligen är ganska enkelt. Till att börja med utesluter inte 24 § all behörighet för kommissionären. Den föregående regeln, i 23 §, bygger på kommissionärens *förfogandebehörighet*, innebärande att kommissionärens förfogande över viss huvudmannens egendom blir bindande för densamme såtillvida att tredjeman förvärvar äganderätt till egendom som kommissionären förfogar över inom ramen för sitt uppdrag (kommissionsgodset).[220] (Märk att också vissa förfoganden utom ramen för uppdraget kan bli bindande för huvudmannen och att även det kan förklaras i termer av kommissionärens förfogandebehörighet,[221] eller möjligen hans legitimation.[222]) *Förfogandebehörighet är en särskild och snäv behörighetsform* av närmast traditionellt sakrättsligt slag; den ger makt att förfoga över viss bestämd egendom, i form av kommissionsgodset,[223] men medför, till skillnad från fullmakt, inte någon rätt att belasta huvudmannens förmögenhet *i allmänhet*.[224]

Redan i anledning av vad som följer av att man i ett klart fall tillämpar 23 § är det därmed tydligt att 24 § inte kan läsas som uteslutande all ”rätt” mot kommittenten. Därmed dock inte sagt att lagrummet ska läsas ”i strid med sin lydelse”, eller liknande, utan endast att ordet ”rätt” måste förstås på rätt sätt, och således i en snävare mening än den som

---

avtalsbestämmelser om korttidspreskription genombryts vid *krav grundade på otillbörligt handlande*” (min kurs; jfr HovR:n, som fann att ett utomobligatoriskt anspråk borde vara möjligt när en avtalspart uppsåtligen vållat skada *genom brott*, då det kunde framstå som stötande att tillåta den brottslige att åberopa ansvarsbegränsningar; märk dock att brottslingarna var undertransportörens Cs anställda, och att C alltså inte själv var tjuven, jfr Lindskog, Preskription 4 uppl s 542 med not 1555).

[219] Jfr om generaliserings-/specificeringsstrategier hänv i not 117 ovan.

[220] Zackariasson, Direktkrav s 54 f(f), jfr även s 75 ff.

[221] Se och jfr Zackariasson, Direktkrav s 55, om 54–55 §§ ÄKommL. Jfr även Zackariasson, Gränser för ett direktkrav enligt kommissionslagen: Betydelsen av att kommissionären överskrider sitt uppdrag, SvJT 2019 s 312 ff; S O Johansson, Kommissionslagen s 311 ff, och Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 480, alla m v hänv.

[222] Se NJA II 1914 s 275, och jfr Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 472 ff.

[223] Jfr den packade texten strax nedan, mot slutet.

[224] Zackariasson, Direktkrav s 54 f(f), jfr s 196 f.

följer av en förment allmänspråklig läsning som gör sig blind för nyanser, förarbeten och lagtexten i övrigt.[225]

> Ett förklaringsförsök, till lagtextens för breda formulering, kunde vara att se den som *närmast ett redaktionellt misstag under lagstiftningsarbetet:* Ingen ändring i relation till vad som gällde enligt 56 § ÄKommL var avsedd, men lagstiftarens tal om ”rätt”, istället för som tidigare om ”fordringsrätt”, gör att lagtexten lätt kan missförstås – inte minst om den läses i ljuset av de förarbeten som tydligast uttalar sig om frågan, nämligen Grönforsbetänkandet från 1984, som närmast ger vid handen att den regel som nu finns i 24 § ska förstås på just det vida sätt som ordalydelsen ger vid handen, såsom *ett uteslutande av all rätt*, i bemärkelsen: ”varje slag av obligatorisk rättighet som kan tillkomma en säljare mot en köpare och vice versa”.[226] Ska man dock gestalta detta som just ett missförstånd, föranlett av ett misstag, kan man ta fasta på vad Grönfors efterträdare Håstad (vilken som nämnts på flera olika sätt och över lång tid var involverad i den nya KommL:s tillblivelse) uttalat om *den beklagliga utformningen av regeln i 24 § KommL*. Han har ondgjort sig över att KommL inte fick någon regel motsvarande ÄKommL:s 56 § 2 st, enligt vilken tredjeman inte får ta över kommissionärens täckningsfordran. En sådan regel hade föreslagits, i form av en andra mening i 24 § KommL.[227] Specifikt skriver Håstad: ”Denna mening borde inte ha strukits […]. Någon saklig ändring är dock inte avsedd; snarare vittnar strykningen om *en förfelad strävan att till varje pris förkorta lagtexten.*”[228] – Och möjligen kan alltså den omvittnade strävan förklara också det faktum att ”fordringsrätt” fick gå

[225] Jfr O Mossberg, Avtalets räckvidd I, not 1542.

[226] Se SOU 1984:85 s 68 och jfr 4.3 ovan.

[227] Se SOU 2005:120, de föreslagna 23 § 2 st och 25 §. Jfr även SOU 1988:63 s 265 ff.

[228] Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt 6 uppl s 330. Jfr även 7 uppl s 363 ff, där han skriver: ”Förklaringen till utlämnandet är att departementet ansåg att 24 § 1 st. innebär att tredje man inte heller har någon rätt till kommissionärens täckningsfordran etc.”, och sedan i en not anför vad som får karaktäriseras som svagt stöd: ”Muntligt svar från dåvarande rättschefen Dag Mattsson.” Ingen skugga över Mattson, och möjligen är det avsett som kuriosa(?). Som stöd betraktat är det dock alltså anekdotisk bevisning om hur man, enligt muntlig uppgift, lämnad under oklara omständigheter, tänkte på departementet. Givet att uppgiften inte fanns med i bokens föregående upplaga, får man väl också anta att det bygger på en minnesbild om hur man tänkte, 15 år tidigare. I sak är jag benägen att dela Håstads mening (se O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 731 ff), men inte på grundval av det stöd han anför.

> bort, till förmån för det förvisso kortare ”rätt” – varvid alltså omtalandet av strävan att korta kan bidra till att gestalta ändringen som *en liten malör*.[229]

24 § utesluter alltså endast viss rätt, för tredjemannen mot kommittenten. Som ett litet uppkast, föreslås således följande:[230] Man kan *läsa 24 § KommL som uppställande en huvudregel*, innebärande att kommissionären inte kan ådra huvudmannen *obligatio*, i bemärkelsen binda hans förmögenhet i allmänhet:[231] I sin egenskap av kommissionär saknar mellanmannen behörighet till rättshandlingar som grundar anspråk på prestation mot kommittenten – dvs det slags avtalsgrundade fordringsrätter som avsågs i 56 § ÄKommL. Däremot hindrar inte 24 § att tredjeman genom kommissionärsrättshandlingar vinner invändningsrätter som kan göras gällande mot såväl kommittent som kommissionär. (Annars går 2014 års fall inte ihop.)[232] Med en sådan läsning kan 23 § KommL (samt 25 och 26 §§) läsas som *anvisning(ar) om undantag från denna huvudregel*, då de innebär att kommissionären, i de fall som faller under lagrummet(/-n), kan binda den specifika del av huvudmannens förmögenhet som utgör kommissionsgods (i vid mening). Härav torde även följa att tredjeman i vissa fall kan få vissa ersättningsanspråk mot kommittenten.[233]

[229] Det är inget annat än en fördomsbaserad spekulation, för vilken här inte anförs något som helst stöd, men det är ändå inte utan att den däremot redan misstänksamme kan tycka sig ana den sedvanligt oprecisa och även i övrigt kulturarvsaversiva klarspråkskultens klåfingrighet. (Låt vara att det tar emot att kalla 24 § för en k l a r bestämmelse.)

[230] Uppkastet sker i ärlig förhoppning om att någon, får tillfälle att *behandla frågan om kommissionärens behörighet mer fullödigt*. Frågan är komplicerad, och hänger ihop, eller borde rimligen hänga ihop, med frågor om sakrättsligt skydd, kvittning, den kommissionsrättsliga avtalsprincipens räckvidd, godtrosförvärv och olika legitimationsgrunders möjliga betydelse, samt säkert något ytterligare.

[231] Man kan diskutera om förhållandet mellan 24 § samt 23, 25 och 26 §§ KommL ska förklaras i termer av huvudregel och undantag, eller om det bara är *olika regler, som tar sikte på olika fall.* Ställningstaganden i den frågan måste dock bero av vad man menar med ’huvudregel’ och ’undantag’, och för den delen med ’regel’ – vilket är en i sig inte okomplicerad fråga.

[232] Så måste man väl också förstå Lindskogs tillägg, se särsk p 46.

[233] En sådan läsning av KommL kan underbyggas med hänvisning till vad den vid not 167 citerade passagen från AvtL-motiven, vilken väl i princip sammanfattar läget enligt 23 § och 24 §§ KommL. Se på temat Zackariasson, Gränser för ett direktkrav enligt kommissionslagen, SvJT 2019 s 312 ff.

Medelbart är ett nyckelord i sammanhanget, som markering om hur förhållandet mellan tredjeman och kommittent är indirekt och osjälvständigt.[234] I allmänhet måste det medieras medelst kommissionärens medverkan; det är *inget verkligt fordringsförhållande* – därav ÄKommL:s skrivning om att tredjeman inte fick någon ”fordringsrätt” mot kommittenten, liksom, synbarligen, att HD i 2014 års fall gestaltar det ”som om” *(qua si)* det uppkom en obligationsrättslig relation mellan kommittenten och tredjeman.[235]

> I obligationsrättskommitténs begreppsvärld var nog *den relation som uppkommer mellan kommittent och tredjeman i första hand sakrättslig,* i äldre kontinentalt inspirerad mening.[236] Distinktionen mellan sak- och obligationsrätt bygger ju, som berörts, på att ett anspråk – en rätt, en rättighet – antingen kan gälla mot person (in personam) eller i sak (in re), och genom kommissionärsrättshandlingar kan tredjeman primärt endast förvärva rätt i *sak*.[237] ”Sak” får dock förstås vitt. Därmed avses rättigheter till rättsliga ”objekt” vilka kan förvärvas, och därmed konceptualiseras som *redan befintliga rättigheter* vilka kan förvärvas från annan, som förvärvsobjekt, snarare än som rättigheter som uppstår i kommittentens egen person.[238] Det ska

[234] Visst, rent språkligt kan väl läsa passagen, ”ingalunda av samma omedelbara beskaffenhet” (se vid not 167), som att det uppkomna rättsförhållandet skulle vara av en *annan* omedelbar beskaffenhet, men det framstår som mer långsökt än att kommittén skulle ha haft den för mellanmansrätten centrala distinktionen mellan omedelbart och medelbart ställföreträdarskap i åtanke, då gränsen däremellan traditionellt anses svara mot gränsen mellan fullmakt och kommission. Den svenska diskussionen har historiskt präglats av den kontinentala rättsutveckling, inte minst tysk, där distinktionen beskrivits som helt grundläggande för kommissionsrätten, se t ex Schmidt, Handelsrecht 5 Aufl s 856 (”Das deutsche Kommissionsrecht lebt ganz aus dem Gegensatz von unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung.”).

[235] Se NJA 2014 s 760, p 17 (”[…] som om det i stället var kommittenten själv som var bunden av avtalet med den tredje mannen”).

[236] ”Den äldre mening som ännu inte påverkats av det realistiska funktionalistiska dekonstruktionsprojekt som lett till att det nu finns ett mer än tidsmässigt avstånd till de äldre källorna”, kunde en ilsk postrealist frestas påstå. Densamma vore dock, i så fall, betjänt av att jfra Undén, Svensk sakrätt I s 5 f. Se om historiska aspekter på distinktionen även bl a Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt, bl a s 119 f, 138 f och 171 f m hänv.

[237] Se 4.5.2 ovan.

[238] Vid tiden för obligationsrättskommitténs arbete var distinktionen mellan befintliga/nya rättighetsobjekt central för teoribygget, även om den numer kan framstå som ganska esoterisk. (”Kan man inte bara säga att det uppstår en ny äganderätt, hos kommittenten, eller vadå, vad spelar det för roll?”) Distinktionen var också operativ, bland annat i att

alltså röra sig om derivativa fång till befintliga saker, snarare än originärt uppkomna rättigheter.[239]

Sägs rättsläget innebära att tredjeman respektive kommittenten genom kommissionärsavtalet kan förvärva rättigheter till kommissionsg o d s e t,[240] så må ock markeras att den sista termen bör förstås så vitt att den inbegriper även immateriell egendom (tänk fondkommission, mm),[241] varvid det materiellt klingande ”gods” blir närmast en metafor eftersom därmed denoteras lös egendom, snarare än endast gods i bemärkelsen lösa saker.[242]

I tillägg till de av kommissionärens förfogandebehörighet följande sakrättigheterna, kan dock tredjeman genom kommissionärsrättshandlingar

---

skilja mellan t ex överlåtelse och upplåtelse (se i not 239 nedan) samt mellan kommission och tredjemansavtal. Kommission, å ena sidan, innebär att kommittenten förvärvar äganderätten till objekt, och således kan separera sådana ur kommissionärens konkurs (osv; märk dock att även fordringar kan konceptualiseras som objekt, och att det hela därmed blir komplicerat – ergo: debatten om täckningsfordringar). Tredjemansavtal, å andra sidan, innebär att den berättigade tredjemannen får en *ny* rättighet, i form av den fordran vilken tredjemansavtalet ger upphov till, som uppstår omedelbart i tredjemannens person. Det senare är förklaringen till utgången i t ex NJA 1995 s 197, NJA 1996 s 400 och NJA 2001 s 48, se därom t ex Walin, Försäkring och konkurs, SvJT 1997 s 573 ff, och ingående O Mossberg, Avtalets räckvidd I, kap 4. Se även Lindskog, Betalning 3 uppl not 837, vars invändning om att ett tredjemansavtal mycket väl kan innebära att A ställs som singularsuccessor till Bs rätt mot C framstår som missriktad. Det är klart att B och C genom sitt tredjemansavtal kan bestämma den rätt som enligt avtalet tillkommer A på detta sätt. Formellt sett är det dock en annan sak, än att A faktiskt härleder sitt anspråk från B. I praktiken blir det nog ringa skillnad i ett okomplicerat A–B–C-fall, men det kan tänkas bli det i andra fall.

[239] Jfr NJA II 1914 s 272 ff, och hur detta hela tiden förutsätts. Jfr även Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom 3 uppl s 5 ff, som noterar det problematiska i att hänföra förvärv av ännu icke existerande saker, och särskilt emptio spei, till köpbegreppet, samt, på s 8, utnyttjar (bl a) befintlighetskriteriet för att dra gränsen mellan överlåtelse och upplåtelse: ”Genom en överlåtelse inträder ett nytt subjekt för en redan tillvarande rättighet; genom en upplåtelse konstitueras en ny rättighet […]”

[240] Vem av dem det blir beror förstås på om det är försäljnings- eller inköpskommission.

[241] Jfr därom SOU 2005:120, särsk s 177 ff, där fondkommissionsutredning motsatte sig att bryta ut fondkommission och värdepappershandel ur kommissionslagens tillämpningsområde.

[242] Se 1 § KommL och därom t ex S O Johansson, Kommissionslagen s 47 ff, särsk s 78 ff m hänv samt 4 § ÄKommL och därom NJA II 1914 s 168 f(f). I Grönfors-utredningen föreslogs att inskränka KommL:s tillämplighet till köp av varor (se SOU 1984:85 s 95 ff), men det avvisades i fondkommissionsutredningen, se hänv i not 241 ovan.

även få, dels, vissa till godset knutna ersättningsrätter,[243] dels, som illustreras i 2014 års fall, *invändningsrätter*. Avgörande för avgränsningen av de senare bör vara att de inte kan ligga till grund för självständiga anspråk,[244] utan endast fyller en negerande funktion.[245]

5 Tystnad och tal – talande tystnad

Att man aldrig kan säga allt, innebär förstås inte att man aldrig kan, eller bör, säga n å g o t. För den som försöker ge ledning, för exempel till rättstillämpningen, är det nog också frestande att försöka säga så mycket som möjligt, för att därmed ge så mycket ledning som möjligt.[246] Det är väl en del av förklaringen till det Bertil Bengtsson karaktäriserat och problematiserat som *Högsta domstolens nya skrivsätt*,[247] och då bland annat skrivit:

> ”Ännu för omkring 20 år sedan behöll dock domstolen i regel ett koncist skrivsätt, som visserligen klargjorde domstolens resonemang men brukade gå direkt på målet utan några utvikningar. Mera teoretiska diskussioner förekom huvudsakligen i särskilda yttranden av enskilda ledamöter, knappast i själva domskälen. Att få den dömande avdelningen att enas om formuleringarna i sådana resonemang ansågs ofta så svårt att kortare, mindre tillspetsade domskäl framstod som nödvändiga, även när frågan var så besvärlig att den i och för sig skulle ha motiverat långa utläggningar. Domstolen utgick från att i varje fall en mer ingående redogörelse för förarbeten och litteratur inte

[243] Det kan diskuteras om det bör ses som ett *accessorium* till avtalet, eller godset, vilket möjligen kan vara träffande i något fall, men ofta måste det nog framstå som en onödig konstruktion. Utrymmet medger här inte fördjupning.

[244] Kvittningsinvändningar bör rimligen analyseras separat, såsom underkastade särskilda regler, jfr i not 212 ovan.

[245] Den gränsdragningen torde dock kunna bli flytande. Jfr t ex det otillräckligt omdiskuterade NJA 1997 s 866, där en i ett leveransavtal intagen skiljeklausul ansågs binda den som förvärvat rättigheter enligt avtalet, vilken alltså, *i anledning av sitt rättighetsförvärv blev skyldig* att delta i skiljeförfarande, eller lida ”påföljden” att inte kunna bevaka sin rätt.

[246] Jfr O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 504 ff m omf hänv, samt det specialnummer som finns i SvJT 2022 s 419 ff, inte minst Lindskog, Några aspekter på prejudikatnytta och prejudikatbildning, SvJT 2022 s 590 ff, som väl åtminstone delvis förespråkar just det som Bengtsson (JT 2012–13 s 743 ff) är kritisk emot.

[247] Diskursen på temat växer, men här favoriseras Bengtssons bidrag, då det är bra och tjänar mina syften.

> var nödvändig, ibland inte ens för tidigare rättspraxis; *läsaren förutsattes ha förtroende för dess analys av rättsläget* utan att materialet behövde särskilt redovisas. Det kunde vanligen räcka med att en hänvisning skedde till en och annan viktig rättskälla vid sidan av aktuella lagrum. Allt detta ledde till att domskälen ännu för omkring 20 år sedan kunde bli förhållandevis korta, även om det naturligtvis fanns undantag."[248]

Bengtsson målar upp historiska kontraster och påminner (nostalgiskt?) om en tid då Domstolen ännu bevakade sin *brevitas*,[249] genom att säga allt som var nödvändigt, men inte mer.[250] (*Eloquentia* mer som att få mycket sagt, än att säga mycket.) Med tidens obönhörliga gång kommer dock saker att förändras, och normer att förskjutas. Bengtsson beskriver det själv som svunnen tid, och som att HD med tiden anammat nya, mer ordrika, strategier för domskrivning.

Förändringarna är rimligen flerfaldiga; förbundna med också andra förskjutningar – i en komplicerad kulturell väv där fler normer ändrats än en. När Bengtsson ska sätta fingret på vad som förändrats pekar han på en aspekt som rör *förtroende* mellan talare och publik. Han menar ju att, förr, förutsattes publiken ha sådant förtroende för *auctoritas* att *ratio* inte behövde artikuleras fullt ut. Publiken antogs lita på att domstolen visste vad den höll på med, och hade den då skrivit ut för mycket hade det kanske riskerat att bara ge ett nervöst intryck (som ett vittne, vilket av rädsla för att inte trodd börjar babbla).[251] För den som vill ge ledning, är det förstås också viktigt att ha ett trovärdigt *ethos*, till undvikande av att ens ord tas för vad filosofen Harry Frankfurt med en teknisk term

[248] Bengtsson, Om Högsta domstolens nya skrivsätt, JT 2012–13 s 743 ff, på s 743 f (min kurs).

[249] Bengtsson, Om Högsta domstolens nya skrivsätt, JT 2012–13 s 743 f, sätter domskrivningskulturen i samband med mer allmänna skrivarideal: "Över huvud taget framstod förmågan till ett kort och koncist resonemang då för tiden som kännetecknet på en skicklig jurist; vid juristundervisningen anfördes HD:s sätt att resonera som ett mönster. Varje ord antogs vara valt med omsorg. På de flesta håll torde man också ha uppskattat, eller åtminstone godtagit, att HD på detta kortfattade sätt slog fast en allmän princip."

[250] Se därom t ex Quintilianus, Institutio oratoria 4.2.46 (ff). Jfr Cicero, De inventione 1.28 (ff); Ad Herennium 1.14 (ff) och jfr O Mossberg, Avtalets räckvidd I s 230 f.

[251] "Är du så jäkla bra själv då, som skriver så långt?" – Men, det här väl inte samma genre som den vari HD verkar? Det är inte ens samma verksamhet! Jfr, för en tankeväckande reflektion över relationen mellan rättsvetenskapare och domare, Schlag, Anti-intellectualism, i boken Laying Down the Law, s 133 ff.

kallat *bullshit*.[252] För Sveriges Högsta domstol är den risken liten, mindre än förvinnande så, men poängen är alltså att den domskrivningsmässiga kulturförskjutningen, där skälen blir längre, kan tas som ett tecken på en omförhandling av förhållandet mellan auctoritas och ratio, och som att ”mer” rationes nu fordras, för att kompensera för ett antaget svagare ethos.[253] (I en självförstärkande spiral?)

Det vore ett möjligt sätt att avläsa den ytmässiga förändringens mer djupt liggande förklaringar. Förtroende är väl dock en ömsesidig sak. I förändringen kan möjligen skönjas även ett annat förtroendetapp. Att domstolen känner sig manad att vara mer explicit – *att skriva ut mer* – kan tas som en signal om ett förlorat förtroende för publikens förmåga att tillgodogöra sig mer subtila, implikationsvisa, antydningar.[254] Kanske anses publiken numer blind för det sublima.[255] Kanske är det i så fall en effekt av hur institutionella förändringar, eller allmän bildningsnivå uppfattas.[256] Kanske är det rättsvetenskapens fel. Förmågan till bety-

[252] Se Frankfurt, On Bullshit (Princeton 2005), och för rättsvetenskaplig operationalisering därav t ex Rönnelid, What legal research in sustainable development could become, de lege 2022 s 267 ff, på s 274 ff.

[253] Den direkta anspelningen är förstås på Bergholtz, Ratio et auctoritas: ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål (Lund 1987).

[254] *Anekdot:* Under min grundutbildning föreläste en redan då emeriterad professor i bolagsrätt. Ämnet var nog egentligen enkla bolag och handelsbolag, men som seniorer ofta gör undfägnade han oss olika intressanta utvikningar, om närliggande ämnen, och om saker man i övrigt kunde komma att tänka på. Bland annat kom han, på ett sätt jag minns som plötsligt, in på lagstiftningsarbetet med den nya aktiebolagslagen (dvs 2005 års ABL). Han ondgjorde sig över resultatet: lagen var onödigt omfattande, detaljnivån var överdriven, mycket var ”rena självklarheter”, och antalet paragrafer (typ 800?) var klart i överkant. Särskilt minns jag en formulering mot slutet: *”Bah! Lagstiftaren tror visst att man kan lösa alla problem genom att skriva om dem!”* – I stunden förstod jag inte alls. (”Ja… det kan man väl? Och det är väl bra?”) Förmodligen förstår jag fortfarande inte helt. Men formuleringen har dröjt kvar, som en upplevd paradox, och bevingade ord, och som många paradoxer tycks den utmana invanda föreställningar.

[255] Ett problem här är förstås att publiken är så multiform, då domstolar, och inte minst HD, måste adressera flera publiker samtidigt, vilka dessutom kommer att läsa i olika ärenden. Att tillfredsställa alla är knappast görligt.

[256] Jfr Strömholms (A Short Introduction of Legal Thinking in the West (Norstedts 1985) s 7 f, min kurs) dystopiska iakttagelse om hur man *ej längre kan lita på att studenterna kan något:* ”I have come to the grim but firm conclusion that discussing – superficially or at depth – the contents of jurisprudential thinking without numerous, elementary, but often lengthy references to the intertwined growth of political, religious, social,

delsebejakande utläggning av prejudikat är ju klart varierande, och det är långt ifrån alltid domstolens förtroende förtjänats. Det är väl dock tilldels en effekt av att akademins uppgift inbegriper att kritisera; en okritisk hållning är oförenlig med akademiska ideal.[257] Jag vore heller inte den första att i utvecklingen ana en förändrad funktionsfördelning, eller åtminstone arbetsfördelning, mellan domstol och akademi,[258] där uppgifter som traditionellt hört akademin till i högre grad kommit att utföras i (Högsta) domstolen, när justitieråd, själva,[259] eller i förening som Domstolen, tagit på sig att genast lägga ut sina avgörandens betydelse.[260]

Kanske har det därmed inte hänt något med *brevitas* själv, utan snarare med den miljö där hon ska manifesteras.[261] Vad domstolen säger, säger något om vad som uppfattas som *nödvändigt* att säga. Att utvecklingen

---

economic and intellectual history, is like distributing caviar to the starving masses. […] Today, a full supply of historical information is absolutely necessary. *Nothing can be taken for granted.*" – *allt må sägas.*

[257] Därmed inte sagt att felfinneri är gott akademiskt skick. Felfinneri är knappt ens kritik.

[258] Det har förstås även diskuterats om HD:s agerande innebär en *omförhandling av funktionsfördelningen mellan domstolar och lagstiftare*, då HD:s "aktivism" ansetts innebära att den försöker fånga "normbildningsinitiativet".

[259] Här är JustR Lindskogs tillägg i målet ett av de kanske främsta exemplen, dels redan på grund av dess omfattning, men dels också pga dess resonerande form. Det är lätt att läsa, och uppskatta, tillägget som ett rättsvetenskapligt inlägg. Som ett yttrande gjort av en domare, i just sin roll som domare, är det dock iögonfallande – oaktat att tilläggen är ett av få fora där det är *comme il faute* att kommentera domar man deltagit i. Då det uppfattats kunna bidra till förtroendet för rättsstaten har väl principen i övrigt varit att hålla tyst – även om man kan få för sig att också denna tystnadskultur är under uppluckring (och nu har jag inte Lindskog i åtanke).

[260] Det givna (skräck)exemplet är kanske NJA 2017 s 938, där HD i en omfattande inledande lista om sexton strecksatser sammanfattar vad man kommit fram till – hellre än riskera att någon läsare försöker komma fram till det själv. Det måste väl dock ha varit en testballong? Den har i varje fall beskjutits skarpt, bl a i en kommentar av H Andersson, Ett tämligen onödigt (och misslyckat) prejudikat om ideell ersättningsbestämning (HD:s ersättningsrättsliga domar/beslut år 2017, Del 6 (Infotorg 2018-01-31).

[261] Det är frestande att vilja förklara t ex Obligationsrättskommitténs kärnfullhet ("pragmatism"), eller dess samtida HD:s dito, med hänvisning till att det helt enkelt fanns mindre material. (Övning: Tidsresa. Du återvänder till 1913. Vad väljer du som kurslitteratur för juriststudenterna?) Alltså ungefär så: "Den mindre mängden material borgade för överskådlighet, och för att det som faktiskt fanns lästes mer noggrant." – Det vore väl dock inte helt sant, då man i princip förväntades läsa flera språk, och, om nu problemet är materialmängdens mångfaldigande, så är väl inte lösningen att skriva *ännu* mer?

antyder att detta numer anses vara desto mer, än förr, talar inte till vår fördel.

Mot den bakgrunden är det lite befriande – upplyftande rent av – att HD i 2014 års fall väljer bort pleonasmer, till förmån för den underspecificerade form som föranlett hela den här texten.[262] Fler ord behöver heller inte innebära mer ledning. Alla som någon gång frågat om vägen, och till svar fått en väl vidlyftig beskrivning, vet att sådana i praktiken sällan är särskilt hjälpsamma. Domskälens form medger förvisso tolkningsutrymme, och formen kan förstås ha andra förklaringar.[263] Formen k a n dock tas som ett tecken på tillit. Domen kan läsas som att domstolen då, för nu drygt åtta år sedan, ännu litade på sin publik – på oss – och på vår förmåga att själva tillgodogöra oss också mer subtilt förmedlade poänger. Att domstolen valde bort explicitismen, för att istället lämna åt läsaren det som läsaren själv kan göra, konstituerar väl dess läsare i ett mer gynnsamt ljus. Formen må föranleda flertydighet och överlåta till oss att hantera densamma – men det kanske inte måste vara ett problem?

[262] Emancipation måste väl också vara ett gott resultat, av terapi? Jfr 2 ovan.

[263] Den kan t ex vara ett resultat av nödvändiga kompromisser, då olika justitieråd velat se domen grundad på olika premisser – jfr 1 ovan, och Bengtsson-citatet som inleder detta avsnitt.