

Ingen resning i emissionsgarantiärendet

1. Inledning

Redaktionen har bett mig anmäla HD:s beslut 19 april 2017 (Ö 5886-16) att inte bevilja resning i ärendet om HD gjort sig skyldig till domvilla i det s.k. emissionsgarantimålet, NJA 2016 s. 107.

Bakgrunden är i korthet¹ att Labs2 beslöt göra en nyemission av aktier riktad till befintliga aktieägare, varvid vissa personer garanterade att teckna emissionen till angiven kurs om den inte blev fulltecknad av aktieägarna. Aktieägarna fulltecknade inte emissionen. Labs2 gjorde emellertid inte gällande garantin utan lät ett Labs2 närstående bolag, Trygghetsbolaget (TB), som inte var aktieägare i Labs2, teckna och tilldelas återstående aktier.

TB väckte sedan talan mot garanterna med yrkande att dessa skulle betala enligt garantin mot erhållande av motsvarande antal aktier. Som grunder åberopades enligt tingsrättens dom *att* emissionen inte hade blivit fulltecknad, *att* svarandena därför var skyldiga att teckna aktier, *att* svarandena inte hade följt garantiavtalen *och att* emittenten hade överlåtit sina krav enligt garantiavtalen, vilket sades ge TB rätt till *fullföljd*. Under samma rubrik, Grunder, finns i tingsrättens dom vidare antecknat följande besked av TB: ”Det är i målen *inte fråga om någon skadeståndstalan.*”

Garanterna bestred yrkandet i första hand på två grunder, nämligen att emissionen hade blivit fulltecknad, varigenom garantin hade upphört att gälla, och att en förvärvare av en fordran inte får bättre rätt än överlåtare. I andra hand åberopades att garantin inte uppfyllde vissa formkrav i ABL (jfr NJA 1918 s. 394).

Tingsrätten och hovrätten ogillade TB:s yrkanden med motiveringen att garantin upphört att gälla genom att TB fulltecknade garantin.

HD biföll dock TB:s yrkanden och ålade garanterna att betala teckningsbeloppen mot utfående av aktierna. I domskälen angavs först att TB:s talan gick ut på att var och en av garanterna skulle förpliktas att ta över de aktier som han eller hon enligt garantiavtalen hade tecknat mot en betalning som svarade mot det tillskottsbelopp som belöpte på honom eller henne. Sedan HD förklarade att det på grund av formkravet i aktiebolagslagen och NJA 1918 s. 394 var tvivelaktigt att en garant, som inte lämnat garantin på en teckningslista, skulle kunna åläggas att teckna aktier, angav HD att målet emellertid inte gällde om ett teckningsåtagande kan genomdrivas rättsligt. Frågan i målet var i stället om ett underlåtet infriande av en teckningsutfästelse kan utgöra ett *skadeståndsgrun-*

¹ För en fullständig redogörelse för målet och de processrättsliga frågeställningarna, se min artikel Emissionsgarantimålet NJA 2016 s. 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig domstol för vissa extraordinära ärenden, JT 2016–17 s. 605 ff.

dande avtalsbrott. Sedan HD besvarat den frågan jakande (således oavsett om utfästelsen förpliktade garanterna till fullgörelse), slog HD fast att TB genom sin betalning till Labs2 övertagit den rätt som Labs2 på grund av garantiavtalen hade mot garanterna i ögonblicket före fyllnadsteckningen. Eftersom aktierna hade emitterats och innehades av TB hade TB vid utövandet av det övertagna *skadeståndsanspråket* rätt och skyldighet att föra över aktierna på garanterna, varvid *skadeståndsbeloppet* svarade mot den (av TB) erlagda teckningslikviden. I domslutet förpliktades var och en av garanterna att till TB betala det teckningsbelopp som belöpte på garanten mot utfående av ett motsvarande antal aktier.

Garanterna klagade över domvilla.

Sedan HD:s dömande avdelning avgett ett yttrande avslög HD i annan sammansättning (5 JR) domvillocklagen (beslut 19 september 2016, Ö 1810-16). Som skäl angavs följande:

1. Klagandena har åberopat 59 kap. 1 § första stycket 4 rättegångsbalken och gjort gällande att det har förekommit flera grova rättegångsfel som vart och ett kan antas ha inverkat på utgången i målet. Klagandena har anfört att Högsta domstolen genom att tillämpa skadeståndsrättsliga regler har lagt omständigheter till grund för domen som inte har åberopats av Trygghetsbolaget till stöd för bolagets talan. Enligt klagandena borde Högsta domstolen i vart fall inte ha tillämpat skadeståndsrättsliga regler utan att dessförinnan ha berett parterna tillfälle att yttra sig över detta. Klagandena har därutöver anfört bl.a. att domen i vissa avseenden bygger på spekulationer från domstolens sida och att Trygghetsbolaget inte längre innehar de aktier i Labs2 som klagandena enligt domslutet ska lösa från Trygghetsbolaget.

2. Högsta domstolen har i domen redovisat hur Trygghetsbolagets talan har uppfattats² och vilka huvudfrågor bolagets talan och de invändningar som riktats mot den aktualiserat (p. 12 och 13). Högsta domstolens prövning av målet har inte inneburit att domstolen i strid med bestämmelsen i 17 kap. 3 § rättegångsbalken grundat domen på andra omständigheter än de som åberopats av bolaget till grund för dess talan. Den nämnda bestämmelsen hindrar nämligen inte domstolen från att tillämpa andra rättsregler än de som parterna har hänvisat till. Något grovt rättegångsfel har alltså inte förekommit i detta avseende.

3. Det förhållandet att Högsta domstolen inte beredde parterna tillfälle att framföra synpunkter rörande tillämpningen av andra rättsregler än de parterna hade hänfört sig till, innebär inte att det har förekommit ett grovt rättegångsfel som kan antas ha inverkat på målets utgång (jfr NJA 1999 s. 629 med hänvisningar).

4. Klagandena har inte heller i övrigt visat någon omständighet som utgör domvilla. Klagan över domvilla ska därför avslås.

Garanterna begärde därefter resning med påstående att HD:s domvillobeslut uppenbart stred mot lag med åberopanden som framgår av p. 7 och 8 i resningsbeslutet.³

² Det är tänkbart, men förvånande, att den dömande avdelningen uppfattade TB:s talan så att TB åberopade skada som ett rättsfaktum eller att TB förde en skadeståndstalan. Den relevanta frågan för domvilloavdelningen var emellertid hur den dömande avdelningen *borde* ha uppfattat TB:s talan. Se t.ex. NJA 2014 s. 212 och en stor mängd tidigare rättsfall.

³ Utelämnas här med anledning av vad som står i p. 10 i resningsbeslutet.

2. Resningsbeslutet

HD har nu i en tredje sammansättning (5 JR) beslutat i resningsärendet.

HD anger i punkt 9 att resning enligt 58:1 första stycket 4 RB kan beviljas bara om rättstillämpningen är ”klart och oemotsägligt oriktig”. I punkt 10 framhålls att HD i resningsärendet kan pröva bara de omständigheter som anfördes i domvilloärendet.⁴ ”Därmed blir det i ett första led fråga om att pröva samma omständigheter och argument⁵ som anfördes i domvilloärendet ... Även om prövningen skulle falla ut på så sätt att Högsta domstolen anses ha begått ett grovt rättegångsfel i tvistemålet kan resning inte beviljas om inte bedömningen i domvilloärendet får anses ha varit uppenbart i strid mot lag.”

Sedan gör HD sin bedömning i punkterna 11–18.

11. Trygghetsbolaget hade i tingsrätten förklarat att det inte var fråga om en skadeståndstalan. De faktiska omständigheter som konstituerade garanternas avtalsbrott (och därigenom, enligt Högsta domstolens dom, även Labs2:s rätt till skadestånd) hade emellertid behandlats av parterna som en del i det händelseförlopp som ledde fram till Trygghetsbolagets fyllnadsteckning. Det får anses ha funnits utrymme för olika uppfattningar om faktiska omständigheter som ingick i händelseförloppet konstituerade rättsfakta som kunde leda till ett bifall av Trygghetsbolagets talan, och huruvida dessa omständigheter i så fall hade åberopats på det sätt som krävs.

12. Högsta domstolens bedömning i domvilloärendet har mot bakgrund av det nu sagda inte varit rättsstridig i fråga om påståendet att Högsta domstolen lagt omständigheter till grund för domen som inte var åberopade.

13. Frågan är då om Högsta domstolens handläggning stred mot den kontradiktoriska principen.

14. Högsta domstolen återgav Trygghetsbolagets talan så, att bolaget begärde att garanterna skulle lösa bolaget från vad fyllnadsteckningen resulterat i. Målet i Högsta domstolen kom då att gälla dels huruvida ett brutet teckningsåtagande grundade en rätt till skadestånd, dels huruvida Trygghetsbolagets infriande av garanternas förpliktelser innebar att Trygghetsbolaget hade rätt att bli utlöst av garanterna. Därigenom försköts prövningen i förhållande till hur Trygghetsbolaget hade formulerat sin talan och till vad garanterna hade anpassat sina invändningar efter. Prövningen avvek också från hur tvisten hade uppfattats av tingsrätten och hovrätten. Den rättsregel som Högsta domstolen tillämpade för att avgöra tvisten hade inte någon motsvarighet i parternas argumentation. Dessutom var den mindre närliggande ur deras perspektiv såtillvida att den inte gick att utläsa ur lag eller Högsta domstolens praxis.

15. Även om det är en domstols uppgift att uttolka rätten och – inte minst när det gäller Högsta domstolen som prejudikatinstans – också utveckla den, har det funnits anledning att låta parterna framföra sin uppfattning om hur Högsta domstolen ansåg att Trygghetsbolagets talan kunde uttryckas och över de följdfrågor som det kunde ge upphov till. Parterna hade då kunnat yttra sig

⁴ Därmed försvann domvillogrunden att TB i målet hade åberopat *överlåtelse* från Labs2 som grund för sin rätt mot garanterna men att HD, dessutom utan kommunikation, grundade sitt bifall på TB:s *betalning*. Betalningen var naturligtvis processmaterial men inte en åberopat grund, varför garanterna inte hade något skäl att argumentera mot att regressrätt, i strid mot tidigare HD-prejudikat, kunde uppstå genom en betalning gjord utan uppdrag från gäldenären. I p. 14 i resningsbeslutet verkar det dock som om HD anser att subrogation genom infriande i stället för genom förvärv på grund av överlåtelse var en i domvilloärendet såvitt gäller kommunikationsskyldighet beaktansvärd omständighet.

⁵ Bara dessa argument? Just här skulle iura novit curia tydligen inte gälla!

över faktiska förhållanden i saken som kom att hamna i nytt ljus, fästa rättens uppmärksamhet på förhållanden som kunde ha medfört att rättsregeln inte skulle ha varit tillämplig och även i övrigt framföra argument för sin sak med utgångspunkt från Högsta domstolens syn på Trygghetsbolagets talan och de frågor som synsätet föranledde.

16. Den kontradiktoriska principen är en grundläggande rättssäkerhetsgaranti som innefattas i såväl Europakonventionens artikel 6.1 som regeringsformens krav på en rättvis rättegång (2 kap. 11 § andra stycket). Utmärkande för ett kontradiktoriskt förfarande är bl.a. att parterna har haft möjlighet att argumentera och föra bevisning för sin sak, vilket främjar en materiellt riktig utgång och tilltron till det rättsliga förfarandet. I den kontradiktoriska principen kan även anses ligga att parterna inte utan att ha fått tillfälle att anföra synpunkter bör överraskas av rättens uppfattning om vad tvisten har rört eller av att avgörandet bygger på omständigheter som inte har varit föremål för någon av parternas uppmärksamhet under processen (jfr bl.a. Hans Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 5 uppl. 2015, s. 261 f.).

17. Att Högsta domstolen nu gör bedömningen att parterna borde ha beretts tillfälle att yttra sig i tvistemålet medför emellertid inte att det automatiskt finns skäl för resning i domvilloärendet. Vad Högsta domstolen har att pröva i detta ärende är om rättstillämpningen i domvilloärendet – som alltså gällde en lagakraftvunnen dom – har varit uppenbart rättsstridig, dvs. har varit klart och oemotsägligt oriktig.

18. Den närmare innebörden av den kontradiktoriska principen och hur långt den sträcker sig har diskuterats i den juridiska litteraturen (jfr bl.a. Per Olof Ekelöf m.fl. Rättegång I, 9 uppl. 2016, s. 74 ff., Lars Heuman, Grundsatsen om kontradiktoriskt förfarande och principen om omedelbarhet i Festskrift till Per Henrik Lindblom, 2004 s. 261 ff. och Bengt Lindell, Civilprocessen, 3 uppl. 2012, s. 298, m.fl. verk av författaren). Principen är generell utformad och lämnar visst utrymme för lämplighetsöverbäganden i det enskilda fallet. Med hänsyn härtill kan det inte sägas att Högsta domstolens rättstillämpning i domvilloärendet har varit klart och oemotsägligt oriktig.

3. Kommentar

Låt mig först granska resningsbeslutets punkter 11 och 12.

Resningsavdelningen har här – utan att den behövde gå in på uppenbarhetsrekvisitetet i resningsbestämmelsen (p. 12: ”inte varit rättsstridig”; jfr p. 17) – ansett att den dömande avdelningen inte åsidosatte 17:3 RB. Det grundar resningsavdelningen på att *de faktiska omständigheter som konstituerade garantiernas avtalsbrott* hade ”behandlats” som en del i det händelseförlopp som ledde fram till fyllnadsteckningen och att det funnits utrymme för delade uppfattningar om *sådana* faktiska omständigheter konstituerade rättsfakta och i så fall hade åberopats. Men varför skriva detta när det framgår glasklart av tingsrättens dom att TB hade åberopat *avtalsbrott* som grund för sitt yrkande. Några *bevisfakta* för existensen av (som konstituerade) avtalsbrottet behövde inte ha åberopats utan det räcker att dessa var införda i processen (”var del av det påstådda händelseförloppet”).

Den avgörande frågan är i stället hur domen kunde grundas på en övertagen *skadeståndsskyldighet*. Om detta skriver resningsavdelningen ingenting utöver att rätten till skadestånd enligt domen följde av avtalsbrottet (”därigenom”). Men alla avtalsbrott leder inte till skadeståndsskyldighet. Erforderliga, till-

kommande rättsfakta, vilka alltså behöver åberopas, är i allmänhet vårdslöshet, garanti eller avsaknad av hinder utom den kontraktsbrytandes kontroll samt uppkommen skada. Låt gå för att HD i sin dom ansåg att skadeståndsskyldigheten var strikt. Men var fanns TB:s åberopande av en *uppkommen skada* med en rimlig precisering av vari skadan bestod (jfr p. 57 f. med p. 69 i domen)? En domstol kan inte vid prövning av en domvilloklagen hålla öppet ("utrymme för delade uppfattningar") vilka rättsfakta som var nödvändiga för bifall enligt den tillämpade rättsregeln. Inte heller kan domstolen hålla öppet om erforderliga rättsfakta var åberopade. I belysning av tingsrättens noggranna förteckning över åberopade grunder och TB:s besked att bolaget inte förde en skadeståndstalan, var utrymmet för att TB skulle anses ha åberopat *den faktiska omständigheten skada* som en grund för yrkandet obefintligt.

I själva verket bekräftar resningsavdelningen själv att domen stred mot 17:3 RB när den i punkt 15 t.o.m. två gånger skriver att den dömande avdelningen utgått från en *annan talan* än den som TB förde. En talan bestäms av partens yrkande och grunder (jfr 13:3 RB). Om domstolen dömer över en annan talan strider domen mot 17:3 RB.

Att *TB förklarar sig inte föra en skadeståndstalan* har resningsavdelningen inte tillmätt någon självständig betydelse inom ramen för 17:3 eller 35:3 RB. Resningsavdelningen har ansett att den dömande avdelningen enligt principen om *iura novit curia* hade rätt att ändå pröva om skadeståndsskyldighet förelåg, låt vara att den dömande avdelningen borde ha fäst parternas uppmärksamhet på eventuell skadeståndsskyldighet (se punkterna 14 ff. i resningsbeslutet).

Jag ska inte här upprepa min ingående redogörelse i förra JT-artikeln för doktrinen uppfattning, att en parts uttalade inställning till prejudiciella förhållanden är att jämställa med åberopanden eller erkännanden av (faktiska) omständigheter i 17:3 och 35:3 RB samt att även HD har ansett detta i sin tidigare praxis, t.ex. NJA 1985 s. 836, 2009 s. 128 och 2010 s. 643. Men det måste sägas att HD:s ändrade uppfattning i denna grundläggande fråga – *om uppfattningen ska tas på allvar* (eller ska den inte det, eftersom såväl domvillobeslutet som resningsbeslutet har stuckits undan i NJA:s notisavdelning?)⁶ – innebär att ett besked från en part, om att parten inte gör gällande skadeståndsskyldighet, redovisningsskyldighet, preskription, äganderätt eller liknande (prejudiciella) rättsliga begrepp, framöver inte bör avhålla motparten från att ändå fullskaligt försöka visa att den första partens besked svarar mot sakförhållandena i målet. Eftersom praktiskt taget alla motparter finner detta onaturligt men en tillämpning av principen om *iura novit curia* är obligatorisk för en domstol och kanske även för en skiljenämnd i ett inhemskt förfarande, borde domstolen eller skil-

⁶ Principiellt viktiga avgöranden rörande rättegångsfel brukar införas i referatavdelningen. Se t.ex. NJA 1976 s. 289, 1985 s. 836, 1987 s. 450, 1990 s. 617, 1994 s. 598, 1999 s. 629, 2009 s. 128, 2010 s. 643 och 2014 s. 212. Den avdelning i HD som fattat avgörandet bestämmer placeringen, vid behov genom omröstning.

jenämnden klargöra för motparten att denna ska bortse från beskedet eftersom domstolen eller skiljenämnden inte är bunden av det. Parterna kan då begära mellandom för fastställelse av det prejudiciella rättsförhållandet i enlighet med den första partens besked. Vid en sådan prövning blir domstolen eller skiljenämnden enligt 17:3 första meningen RB *tvungen* att meddela dom i enlighet med det prejudiciella medgivandet. Skulle mellandom inte begäras utan motparten lägga ner avsevärt arbete på den prejudiciella frågan, och domstolen eller skiljenämnden vid sin prövning av fullgörelsetalan till slut skulle finna att partsbeskedet var rättsligt välmotiverat, kan man fråga sig vem som ska betala den vinnande partens rättegångskostnader för denna del av processen (jfr NJA 1978 s. 307) – den förklarande och i denna del förlorande parten, som velat begränsa processen, eller staten/skiljenämnden.

Varken domen, domvillobeslutet eller resningsbeslutet förtjänar emellertid att tas på allvar. Att ett medgivande av ett rättsligt förhållande binder domstolen vid talan om mellandom eller fastställelse, är ett avgörande argument för att domstolen också vid en fullgörelsetalan är bunden av ett erkännande av att ett prejudiciellt förhållande inte existerar eller ett besked om att förhållandet inte görs gällande.

Domare, som tänker bortse från HD:s processuella avgöranden rörande emissionsgarantin, bör dock kanske klargöra att de kommer att respektera ett under förberedelsen givet partsbesked rörande prejudiciella rättsförhållanden.

Utöver 15 justitieråd i HD har jag i de tämligen omfattande diskussioner som föranletts av emissionsgarantidomen och domvillobeslutet bara hört en enda person dela HD:s uppfattning om att det var möjligt för HD att grunda domen på (övertagen) skadeståndsskyldighet.⁷ Detta ger, utöver vad som framgår av RB,

⁷ Den sextonde personen har i ett videoföredrag nämnt NJA 1993 s. 13 som ett stöd för att domen i emissionsgarantimålet inte strider mot 17:3 eller 35:3 RB. I 1993 års rättsfall hade en fastighetsägare, sedan förstahandshyresrätten förverkats, begärt ersättning av en andrahandshyresgäst, som suttit kvar i lokalerna, och som grund åberopat att andrahandshyresgästen utan stöd i avtal nyttjat lokalerna samt att det anförda utgjorde ett brott som medförde (utomobligatorisk) skadeståndsskyldighet (för allmän förmögenhetsskada, förlorade alternativa hyresintäkter) enligt skadeståndslagen. HD ställde frågan till parterna hur de såg på rätten till ersättning om handlingen inte var brottslig. Fastighetsägaren svarade då att de rättsfakta han åberopar är att andrahandshyresgästen utan giltigt hyresavtal suttit kvar i lokalerna och att andrahandshyresgästen med anledning därav är skyldig att ersätta honom för liden skada; han förklarade alltså att inte alla *redan* i tingsrätten åberopade rättsfakta var nödvändiga för bifall till hans talan. HD förklarade i sin dom att rätten är oförhindrad att applicera adekvat rättsregel på de av parterna för sin talan åberopade omständigheterna även om parterna inte hänfört sig till rättsregeln i fråga. Sedan förpliktade HD andrahandshyresgästen att betala ett belopp motsvarande skälig hyra, eftersom andrahandshyresgästen utan stöd i något avtal med fastighetsägaren nyttjat dennes lokaler. Således var erforderliga rättsfakta åberopade för den regel som HD fann tillämplig, och fastighetsägaren hade *inte* förklarat att han inte gjorde gällande en regel om betalningsskyldighet för olovligt nyttjande oavsett om nyttjandet var brottsligt. De två rättsfallen är således inte jämförbara.

doktrinen och tidigare prejudikat, ett starkt stöd för bedömningen att domvillobeslutet var klart och oemotsägligt oriktigt och alltså bort föranleda resning.

Hade emissionsgarantidomen meddelats av en hovrätt, är jag övertygad om att HD inte skulle ha lagt fingrarna emellan utan undanröjt domen med en motivering som inte hade varit mer omfattande än den som domvilloavdelningen använde i sitt avslag av domvilloklagen. Se t.ex. NJA 2010 s. 643.

De lege ferenda kan man naturligtvis tänka sig att enskilda parter i samhällsnyttans intresse måste finna sig i att de i HD offras på prejudikatens altare. Deras processuella dispositioner borde kanske inte tillåtas hindra HD från att utveckla rätten genom att lösa angelägna problem med anknytning till den aktuella tvisten utan begränsning av 17:3 och 35:3 RB.⁸ Men det skulle i så fall kräva att staten efter meddelat prövningstillstånd betalade alla rättegångskostnader från och med tingsrätten. Ett sådant system är ändå knappast rekommendabelt, eftersom en plädering och en dom blir bättre övervägda om parterna respektive HD haft två tidigare bedömningar att utgå från.⁹

I punkterna 13–16 levererar resningsavdelningen med hänvisning till den kontradiktoriska principen en skarp kritik mot att den dömande avdelningen inte fäst parternas uppmärksamhet på att TB kunde ha rätt att kräva skadestånd från garanterna (jfr den dömande avdelningens yttrande återgivet i JT 2016–17 s. 612). Hade resningsavdelningen varit domvilloavdelning, skulle domen med all sannolikhet ha undanröjts på grund av grovt rättegångsfel (jfr p. 10). Resningsavdelningen fann emellertid inte att domvilloavdelningens bedömning uppenbart stred mot lag.

Med resningsavdelningens utgångspunkt att domen inte stred mot 17:3 eller 35:3 RB är det naturligt att resningsavdelningen kritiserade den dömande avdelningen för underlåtenheten att inhämta parternas synpunkter på frågan om garanterna var skadeståndsskyldiga. Men om man som praktiskt taget alla andra anser att HD handlat i strid mot 17:3 eller 35:3 RB, är det klart att HD inte skulle ha aktualiserat frågan om skadeståndsskyldighet. Frågan var ställd och besvarad i tingsrätten, så TB skulle inte ha haft någon giltig ursäkt för att göra gällande skadeståndsskyldighet först i HD. Därmed kunde skada eller skadeståndsskyldighet som grund för yrkandet inte ha beaktats av HD (se 55:13 RB).

⁸ Jfr NJA 2009 s. 291 på s. 296 f. Var det bara en utveckling av ”ett nytt rättsligt resonemang till stöd för sin talan”? Eller hade det ålegat konkursboet att i tingsrätten (se 50:25 och 55:13 RB) åberopa att ProCell vid konkursbeslutet inte hade en penningfordran, alltså en faktisk omständighet?

⁹ HD:s bedömning i NJA 2016 s. 107 att garanterna var skadeståndsskyldiga för underlåtenheten att infria ett åtagande oberoende av om detta var rättsligt bindande bygger på många vaga premisser. Stod inte valet (om vi bortser från att betalning inte var en åberopad grund för subrogation) mellan (1) att med åsidosättande av NJA 1918 s. 394 och formkravet i ABL i plenum ålägga garanterna att betala teckningsbeloppen mot utfäende av aktierna (fullgörelse) och (2) att ogilla fullgörelseyrkandet, eventuellt med en uppmaning till lagstiftaren att ändra ABL? Då hade parterna och underinstanserna känt igen målet.

Resningsavdelningen skriver i punkt 18 att underlåtenheten att fästa parternas uppmärksamhet på att garanterna eventuellt var skadeståndsskyldiga inte uppenbart stred mot lag därför att den kontradiktoriska principen lämnar visst utrymme för lämplighetsövertväganden. Det sista torde vara riktigt när det rör sig om att undvika överraskande rättstillämpning inom ramen för parternas talan (se NJA 1999 s. 629). Men om ”avgörandet bygger på omständigheter som inte har varit föremål för någon av parternas uppmärksamhet under processen” (jfr p. 16) eller ligger utom parternas talan, finns inget utrymme för lämplighetsövertväganden. Här finns en skarp regel, i 17:3 RB.

I anslutning till punkterna 14, 16 och 18 kan man fråga sig om det är den kontradiktoriska principen (*audiatur et altera pars*) som gör att den dömande avdelningen (enligt resningsavdelningen) borde ha fäst parternas uppmärksamhet på frågan om skadeståndsskyldighet.¹⁰ Det fanns inget processmaterial infört av TB som garanterna inte hade fått del av. Inom ramen för iura novit curia hade båda parter möjlighet att argumentera i rättsfrågan; i denna mening var rättegången rättvis. Skälet till att överraskande rättstillämpning bör undvikas är snarare att ett varsel till parterna ökar möjligheten till en materiellt riktig dom, eftersom parterna då förstår att de bör belysa en icke introducerad rättsfråga. Detta är särskilt viktigt i en slutinstans. Om målet ligger i en underinstans tillkommer skälet att risken för överklagande minskar om den förlorande parten har uttömt sin argumentation i underinstansen. Kanske var det sådana synpunkter som låg bakom avgörandet i NJA 1999 s. 629, nämligen att det är lämpligt att fästa parternas uppmärksamhet på tillåtna, relevanta rättsliga övertväganden men normalt inte ett grovt rättegångsfel att underlåta det.¹¹ HD har nu skapat en plikt att inhämta parternas synpunkter. En bidragande orsak var emellertid att den

¹⁰ Även Heuman anser i Festskrift till Per Henrik Lindblom, 2004, på s. 266 att det är just denna princip som kräver att domstolen vid behov fäster parternas uppmärksamhet på relevanta, icke omnämnda rättsregler.

¹¹ Den kontradiktoriska principen har återopats av HD i en del överraskande sammanhang. I NJA 1998 s. 278 ansökte en cancerdrabbad om stämning av ett tobaksbolag med yrkande om skadestånd. Tingsrätten ogillade talan som uppenbart ogrundad utan att ha utfärdat stämning (se 42:5 RB), och hovrätten gjorde ingen ändring. HD undanröjde emellertid domen på grund av rättegångsfel. Som skäl angavs inte bara att bestämmelsen i 42:5 RB ska tillämpas restriktivt utan även att lagbestämmelsen innefattar en väsentlig avvikelse från ett normalt kontradiktoriskt förfarande. Käranden borde därför inte ha förvägrats sin rätt att få sin talan prövad i ett kontradiktoriskt förfarande. Det rättegångsfel som förevarit ”i detta avseende” motiverade därför ett undanröjande. Men hade tobaksbolagets rätt trätts för när genom ogillandet av käromålet? Eller var det kärandens rätt som trätts för när, därför att tobaksbolaget i ett svaromål kunde förväntas ha medgett yrkandet eller ha gett käranden argument för ett bifall? Både tingsrätten och hovrätten hade utförligt motiverat varför käromålet var uppenbart ogrundat. Om HD kunde instämma i bedömningen att käromålet var uppenbart ogrundat, borde hovrättens domslut ha fastställts, särskilt som käranden haft tillfälle att i hovrätten och HD utveckla den argumentation som kanske saknades i stämningsansökan. Bara om HD inte kunde utesluta att talan skulle bifallas till någon del, fanns skäl att enligt den kontradiktoriska principen utfärda stämning. HD borde alltså liksom underinstanserna inledningsvis ha gjort en begränsad materiell prövning.

dömmande avdelningen avsåg att gå utom kändens talan, vilket gör det ovisst om avgörandet i NJA 1999 s. 629 har skärpts.

Mitt förslag i JT 2016–17 s. 621 ff. om att HFD bör pröva frågor huruvida HD gjort sig skyldig till en domvilla eller dömt i uppenbar strid mot lag, och vice versa, har tyvärr blivit mer brännande efter resningsbeslutet. I ärenden av detta slag är det för tilltron till rättsskipningens oväld viktigare att varje intryck av jäv minimeras än att avgörandet fattas av den mest sakkunniga instansen och blir riktigt. HD kan skapa ett tillräckligt antal processuella prejudikat genom att pröva om hovrätterna har gjort sig skyldiga till domvillor eller har dömt i uppenbar strid mot lag, medan HFD:s avgöranden på HD:s områden inte behöver tillmätas betydelse som prejudikat.

Torgny Håstad