

Den hemliga försäkringsrätten – något om normers tillgänglighet som relevanskriterium*

JESSIKA VAN DER SLUIJS

Inledning

Harvardprofessorn Lon L. Fullers berömda text ”Eight Ways to Fail to Make Law” inleds med en saga om regenten Rex och hans försök att skapa en fungerande rättsordning i sitt rike. Rex prövar än det ena och än det andra men alla försök resulterar av olika skäl i kaos och oordning. Sagan mynnar ut i en lista över ”the eight ways to fail to make law”. Uppräkningen lyder enligt följande.

”The first and most obvious lies in a failure to achieve rules at all, so that every issue must be decided on an ad hoc basis. The other routes are: (2) a failure to publicize, or at least to make available to the affected party, the rules he is expected to observe; (3) the abuse of retroactive legislation, which not only cannot itself guide action, but undercuts the integrity of rules prospective in effect, since it puts them under the threat of retrospective change; (4) a failure to make rules understandable; (5) the enactment of contradictory rules or (6) rules that require conduct beyond the powers of the affected party; (7) introducing such frequent changes in the rules that the subject cannot orient his action by them; and finally, (8) a failure of congruence between the rules as announced and their actual administration.”¹

* Uppsatsen har tidigare publicerats i Edlund, Lars m.fl. (red.), Festskrift till Stefan Lindskog, Jure, Stockholm, 2018, s. 747 ff.

¹ Lon L. Fuller, Eight Ways to Fail to Make Law, reprinted in Philosophy of Law, Sixth Edition, 2000 pp. 91–94. Feinberg&Coleman, eds. samt Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, rev. ed. New Haven CT: Yale University Press, 1969, pp. 33–38.

I denna artikel ska jag belysa och kommentera olika försäkringsrättsliga rättskällefaktorer utifrån kriterium nummer två dvs. kriteriet som innebär att en regel, för att vara relevant som en rättsregel, måste vara publicerad eller i vart fall tillgängliggjord för den som träffas av regeln.

Utgångspunkten

Det finns ett färskt avgörande från Högsta domstolen som fastställer detta kriterium även för svensk rätt, eller i vart fall för svensk straffrätt. I avgörandet, NJA 2017 s. 157 väcktes åtal mot två personer för brott mot strålskyddslagen. Brotten bestod i att den första personen hade, uppsåtligt eller av oaktsamhet, utan tillstånd innehaft och överlätit en laserpekare av en viss klassificering. Kriterierna för klassificeringen framgick av en svensk standard som fanns tillgänglig mot betalning på Svensk Elstandards hemsida. Frågan i Högsta domstolen var om det är förenligt med legalitetsprincipen att i en straffbestämmelse hänvisa till en standard som inte är tillgänglig för var och en utan betalning. Enligt Högsta domstolen är det i och för sig möjligt att låta en straffsanktionerad författningsföreskrift hämta sitt materiella innehåll från en teknisk eller liknande standard som har utarbetats av ett privaträttsligt organ. En given utgångspunkt är då att den enskilde ska ha rimliga möjligheter att själv skaffa sig kännedom om vilka regler som gäller. En grundläggande del av legalitetsprincipen får därför anses vara att författningar ska finnas tillgängliga för var och en i läsbar form utan något krav på betalning, och att detta gäller också för en standard som det hänvisas till i en författning. Eftersom den standard som stadgar kriterierna för tillåtna innehav av laserpekare finns tillgänglig endast mot betalning, strider det mot den straffrättsliga legalitetsprincipen att döma personerna till ansvar för innehav av laserpekaren.

Eftersom standarden inte var publicerad eller tillgängliggjord för adressaten kunde denne inte heller dömas till straff i det aktuella fallet. Fuller skriver att “certainly there can be no rational ground for asserting that a man can have a moral obligation to obey a legal rule that is kept a secret from him”,² vilket träffar exempelvis också en civilrättslig regel. Avgörandet har en straffrättslig kontext, men måste som utgångspunkt ha en mer allmän giltighet, dvs. en giltighet även utanför de rättsområden som styrs av legalitetsprincipen.

² Fuller, a.a. s. 93.

Den försäkringsrättsliga kontexten

Att någon inte kan bli bunden av en ”regel” som denne inte kan ha någon kännedom om eller borde ha kännedom om kan tyckas helt självklart. På försäkringsrättens område händer det dock inte helt sällan att man måste ta ställning till relevansen av en norm mot bakgrund av om och hur den har publicerats eller tillgängliggjorts. I de fall den rättsliga frågan rör endast ”branschinterna” aktörer, dvs. försäkringsbolag, försäkringsförmedlare och branschorganisationer är publiceringen eller tillgängligheten kanske inte ett stort praktiskt rättsligt problem. Då och då stöter man emellertid på frågor som rör relationen mellan en branschintern aktör och en branschextern aktör, dvs. en försäkringstagare eller försäkrad, där man får anledning att fundera närmare över publiceringens och tillgänglighetens betydelse för normens (eller den påstådda normens) relevans.

Att frågan om publiceringens betydelse för en norms relevans över huvud taget aktualiseras inom försäkringsrätten har en historisk förklaring. Försäkringsrätten regleras inte bara genom de traditionella rättskällorna, dvs. normer inom ramen för den offentliga rättsbildningen, utan även genom normer utvecklade genom privat rättsbildning, dvs. diverse icke formellt bindande råd och rekommendationer (soft law) samt i viss mån sedvana (branschpraxis eller ”gängse praxis”). Den ganska rika förekomsten av dessa normer som finns idag bottenar i en lång historik av branschsamarbete. Det första svenska brand- och livförsäkringsaktiebolaget, Skandia, bildades 1855 med säte i Stockholm. År 1866 bildades ytterligare ett brand- och livförsäkringsbolag, Svea, med säte i Göteborg. År 1866 fanns det alltså två livförsäkringsaktiebolag i Sverige och redan 1866 började dessa två försäkringsbolag att samarbeta med varandra. Efter det har försäkringsbranschen kontinuerligt präglats av ett intensivt samarbete i olika syften och i en mängd olika former och konstellationer. Samarbetet har genom åren gällt det mesta; statistik, försäkringsdistribution, tvistlösning i branschgemensamma försäkringsnämnder, brandskyddsarbete, kontakter med myndigheter mm. Fram till ca 1970 togs så gott som samtliga försäkringsvillkor fram genom de branschgemensamma tarifföreningarna och man kan säga att det i början på 1960-talet fanns en slags oligopolmarknad med ett fåtal dominerande aktörer (Skandia, Trygg-Hansa, Folksam, Wasa och Länsförsäkringar) som alla tillämpade gemensamma försäkringsvillkor. Så sent som 1976 utkom ett branschgemensamt försäkringsvillkor för konsumentförsäkring, AB 76. AB 76 låg sedan till grund för 1980 års konsumentförsäkringslag. Det har alltså historiskt sett

funnits arenor för försäkringsbolagen att samarbeta inom gällande exempelvis villkorsfrågor. Konkurrensrättsliga regler medförde att försäkringsbolagen upphörde med villkorssamarbetena någon gång under sent 1970-tal.

Den starka traditionen av att samarbeta inom försäkringsbranschen utgör alltså en god grogrund för privat rättsbildning. Det finns en vilja och vana inom branschen att samarbeta i olika gemensamma frågor. Vidare finns de institutionella förutsättningarna för privat rättsbildning på plats; det finns branschorganisationer (ibland med mycket lång historik) som har legitimiteten, kapaciteten och kompetensen att utfärda allmänna råd och rekommendationer, upprätthålla tvistlösningsnämnder och disciplinnämnder samt ombesörja överenskommelser mellan en betydande andel av försäkringsbolagen. I praktiken har denna *soft law* en normerande funktion: aktörerna inom branschen efterlever normerna, man använder dem i rättslig argumentation eller för att lösa rättsliga dispyter och man utbildar nya medarbetare i branschen om normerna. Den starka traditionen av att samarbeta inom försäkringsbranschen utgör även en grogrund för en rättsbildning genom ”branschpraxis” eller ”gängse praxis”.

Typfallen

I de allra flesta fallen vållar själva publiceringen inga problem. Exempelvis Svensk Försäkring, som utfärdar en lång rad rekommendationer gällande exempelvis skaderegleringsprinciper, distribution av försäkring över internet, informationsgivning vid den s.k. ”flytträtten” (dvs. när en försäkrad vill flytta sitt pensionsförsäkringskapital från ett försäkringsbolag till ett annat), kontraheringsplikten, hantering av personuppgifter mm. publicerar allt på hemsidan. Trafikskadenämnden utfärdar hjälptabeller, cirkulär och referat som publiceras på hemsidan. Patientskadenämnden publicerar en referatsamling på hemsidan. Likaså Läkemedelsskadenämnden publicerar sin nämndpraxis på hemsidan. InsureSec, som licensierar försäkringsförmedlare, publicerar disciplinnämndsbeslut på hemsidan.

Inom branschen finns också ganska gott om vägledande råd och rekommendationer som *inte* publiceras eller offentliggörs någonstans. Sådana regler är vägledande endast internt, och har inte någon normativ funktion för någon annan. Exempel på sådana regler som har en vägledande funktion internt är skaderegleringshandböcker eller bolagsinterna riktlinjer. Även den praxis som utvecklas av TFA-nämnden, dvs. den nämnd som prövar tolkningsfrågor gällande trygghetsförsäkringen, är helt intern, eftersom beslu-

ten inte publiceras.³ Hos de större försäkringsbolagen har inrättats särskilda nämnder till vilka försäkringstagarna kan vända sig om de är missnöjda med skaderegleringsbeslut. If har en kundombudsman vars beslut kan granskas igen av en kundpanel. Både konsumenter och näringsidkare kan vända sig till dessa organ. Trygg-Hansas beslut kan överklagas till Försäkringsnämnden. Folksam har en kundombudsman och man kan också få sitt ärende överprövat i någon av de försäkringskommittéer som inrättats på olika, främst fackliga, områden. Länsförsäkringar har en klagomålsnämnd. De allra flesta ärenden som prövas i dessa interna nämnder går inte vidare till prövning i branschgemensam nämnd eller allmän domstol. Effekten av besluten är att parterna oftast följer besluten. Besluten offentliggörs dock inte och kan därför inte ha någon normativ effekt för andra än för bolaget och försäkringstagaren.

Förändrad publiceringspolicy

När det är fråga om privat normering finns inga regler för publiceringen. Det är den aktör som utfärdar normerna som avgör om, när, hur och var normerna ska publiceras. Man kan alltså tänka sig att det finns ett ”regelverk” som till en början är helt internt, men som aktören vid en viss tidpunkt väljer att börja publicera. Ett exempel på sådana normer som genomgått förändringar i publiceringspolicy är besluten från de branschgemensamma försäkringsnämnderna. I Sverige finns en lång tradition av en ”försäkringsrättspraxis” utvecklad av privata försäkringsnämnder. Nämnderna har avgjort (och avgör) olika typer av tvister mellan försäkringsbolagen och försäkringstagare eller ombud. Det finns i dagsläget fem nämnder; Personförsäkringsnämnden, Ansvarsförsäkringens personskadenämnd, Ombudskostnadsnämnden, Prövning av ombuds lämplighet samt Nämnden för rättsskyddsfrågor. Fram till och med år 2000 fanns en försäkringsvillkorsnämnd; Skadeförsäkringens villkorsnämnd, som prövade konsumenttvister och kommersiella tvister gällande tolkning av försäkringsvillkor. De första branschgemensamma nämnderna skapades under 40- och 50-talen. I början av nämndernas verksamhet publicerades inte besluten eller referat av besluten. Dessa cirkulerades endast till försäkringsbolagen, och hade en vägledande funktion internt. Detta var på den tiden när alla försäkringsbolag hade branschgemensamma villkor

³ Carlsson, *Arbetskada – Samspelet mellan skadestånd och andra ersättningsordningar* (2008) s. 714 f.

utarbetade av tarifföreningarna. Någon gång på 1980-talet började nämnderna att publicera viktiga referat i en samling, Rättsfall Försäkring och Skadestånd (RFS). Samlingen fanns tillgänglig överallt – på biblioteken, hos de större advokatbyråerna, hos myndigheterna och försäkringsbolagen. På det sättet offentliggjordes besluten och spreds, och kom i praktiken att tjäna en vägledande funktion inte bara för bolagen, utan för domstolar, rättsvetenskapare och andra. Man kan säga att de icke formellt bindande besluten, bl.a. på grund av publiceringen, fick en slags status som ”soft law” inom försäkringsbranschen, och de facto fick en vägledande funktion för liknande situationer. Nämnderna publicerade bara nya referat. De äldre referaten publicerades däremot inte, utan fanns kvar endast i försäkringsbolagens arkiv. Några av dem kom till allmän kännedom genom att de behandlades i den juridiska litteraturen. De beslut som existerade endast som cirkulär hos försäkringsbolagen kom dock inte till allmän kännedom. Min erfarenhet är att försäkringsbolagen inte alltid har fäst vikt vid det faktum att ett beslut är publicerat eller ej, dvs. om det härrör från tiden före det att referaten publicerades eller från tiden efter. Själv har jag varit med om tvister där bägge typer av referat åberopats av försäkringsbolaget, och där motparten (försäkringstagaren) har gjort distinktionen och tillmätt referaten olika betydelse. Och utifrån Fuller’s kriterier har publiceringen betydelse – icke publicerade beslut kan inte ha en vägledande funktion för externa aktörer som inte har kännedom eller borde ha kännedom om dessa.

Omvänt kan en normerare välja att upphöra med en pågående publicering. År 2000, i samband med en omorganisation av nämndverksamheten, valde Försäkringsförbundet (nuvarande Svensk Försäkring) att digitalisera referaten. Man valde att inte längre offentliggöra besluten, utan att göra dem tillgängliga endast för den som mot betalning innehar en inloggningskod. En digitalisering av det slaget innebar alltså att nämndbesluten gick från att vara ett offentliggjort material till att bli ett internt arbetsmaterial, och därmed också från en status som soft law till ”no law”.

Mot den bakgrunden var det något förvånande att lagstiftaren nyligen hade planer på att ge Personförsäkringsnämnden en rättsbildande funktion. Förslaget gällde kontraheringsplikten, alltså en fråga som aktualiseras i relationen mellan ett försäkringsbolag och en potentiell försäkringstagare. I utredningen Rätten till en personförsäkring – ett stärkt konsumentskydd (SOU 2016:37) ägnas stort utrymme åt tvistlösningsfrågan. Utredningen finner att den person som nekas försäkring kan väcka talan i allmän domstol och att det systemet fungerar väl. Trots det ger utredningen uttryck för en

stark önskan att dylika tvister i framtiden ska kunna prövas i alternativa tvistlösningsorgan. Det tvistlösningsorgan som utredningen tar sikte på är Personförsäkringsnämnden.⁴ Idag kan tvister om kontraheringsplikt inte prövas i Personförsäkringsnämnden, men Svensk Försäkring har förklarat sig positivt inställd till att öppna upp för sådana tvister. Ett av syftena med att lösa tvisterna i Personförsäkringsnämnden är det rättsbildande syftet. Utredaren konstaterar att det inte finns direkt någon rättspraxis som belyser kontraheringsplikten, vilket antas bero på olika saker. Utredaren önskar att frågan prövades oftare eftersom ”om det utvecklades en praxis genom någon form av prövningar på området, skulle även eventuella oklarheter angående pliktens tillämpning kunna klaras upp.”⁵ Det är lätt att hålla med om att en utveckling i rättspraxis skulle vara fördelaktigt på många plan. Problemet med förslaget är att besluten i Personförsäkringsnämnden inte offentliggörs. De enda som har tillträde till besluten är de medlemsbolag som har inloggningsavgifter. Det sagda innebär att det inte för några andra än medlemsbolagen (i dagsläget) går att ta reda på om det förekommit några kontraheringstvister över huvud taget, på vilket underlag tvisterna har bedömts, mot bakgrund av vilka argument, eller utfall av tvisterna. Personförsäkringsnämnden kommer därför inte att kunna tjäna någon funktion som rättbildande aktör (om inte besluten offentliggörs).

Tidigare publicerade försäkringsförmedlarnas branschorganisation, Sfm, etiska regler för god försäkringsförmedlingssed på sin hemsida, tillgänglig för alla. Av förarbetena till försäkringsförmedlingslagen anges att det är ”branschorganen” som ska utarbeta normer för god försäkringsförmedlingssed. Numera finns varken de etiska reglerna eller disciplinnämndbesluten publicerade. Skälet till att man valt att göra så lär vara ett Sfm bildat InsureSec, som är en licensieringsorganisation för försäkringsförmedlare. Tanken är att det är InsureSec som ska ha ”tillsynsfunktionen” medan Sfm i framtiden ska utgöra en mer särpräglad serviceorganisation. Sfm:s etiska regler, som möjligen skulle kunnat åberopas av en försäkringsförmedlingkund i exempelvis en skadeståndstvist, kan därmed inte längre anses utgöra relevanta normer.

⁴ SOU 2016:37 s. 306.

⁵ SOU 2016:37 s. 339.

Urvalet

Det är inte helt ovanligt att olika aktörer publicerar endast ett urval av exempelvis nämndbeslut. Urvalet kan motiveras med att de är ”av principiell betydelse” eller liknande. Det väcker frågor, som exempelvis enligt vilka kriterier som besluten har valts ut, och av vem. Exempelvis Allmänna reklamationsnämnden (ARN), som har en särskild avdelning för försäkringstvister har i en referatsamling på hemsidan publicerat 110 försäkringsfall som de själva uppger är ”vägledande”. Besluten är fattade mellan 1993 och 2017, dvs. under de senaste 25 åren. Av hemsidan framgår att försäkringsavdelningen avgör ca 800 försäkringsfall per år. Givet att ARN har avgjort ca 20 000 fall de senaste 25 åren anses sålunda endast en bråkdel (0,5%) av fallen vara ”vägledande”, i vart fall enligt ARN. Enligt vilka kriterier de vägledande fallen väljs ut framgår inte av hemsidan.

En annan fråga är hur man ska se på de beslut som inte ansetts vägledande av ARN. De är allmänna handlingar men publiceras inte. Klart är nämligen att domstolarna kan hänvisa till beslut från ARN som *inte* har kategoriserats som vägledande av ARN. Ett sådant exempel är det s.k. Connecta-målet (Hovrätten över Skåne och Blekinge T 2069-14). Frågan i målet gällde om en försäkringsförmedlare som har sålt bluffprodukter täcktes av den obligatoriska ansvarsförsäkringen för försäkringsförmedlare. Här finns i domskälen hänvisningar till en rad ARN-fall där liknande fråga har prövats. Av domskälen går det visserligen inte att utläsa i vilken mån hovrätten har låtit sig vägledas av ARN-beslut, men klart är att hovrätten i vart fall har *förhållit* sig till en rad beslut från ARN (ARN, Änr 2012-11505, beslut den 18 oktober 2013, Änr 2013-02880, beslut den 30 oktober 2013 samt Änr 2013-04681 och 2013-04682, beslut den 9 januari 2014). I NJA 20104 s. 978, som gäller en resekunds möjligheter att på grund av lämnad konsumentkredit framställa samma invändning mot resebyrån som mot flygbolaget, hänvisar Högsta domstolen till två avgöranden från ARN. Det ena finns med som ett vägledande referat i ARNs databas (Änr 2013-07406) men inte det andra (Änr 2010-1256).

Troligtvis är det ambitiösa ombud som har grävt fram besluten och sannolikt har i vart fall någon av parterna betraktat besluten som vägledande, eller i vart fall hoppats på att de ska ha en sådan funktion. Mot bakgrund av Fuller's kriterier kan de icke publicerade besluten som utgångspunkt inte tillmätas någon status som vägledande norm. Genom att domstolen tar intryck av besluten skapas en legitimitet. Att besluten trots det har haft en sådan

funktion visar egentligen ingenting annat normens relevans inte bara hänger på publiceringen. Frågan om publiceringens effekt för en norms relevans är alltså inte alltid helt enkel att få grepp om.

Vem publicerar?

Också *vem* som publicerar ett dokument har betydelse för legitimiteten hos en regel. Om det är en offentlig aktör som publicerar rådet eller rekommendationen stärks legitimiteten jämfört med om det är en privat aktör som publicerar rådet eller rekommendationen. Ett exempel på ett dokument som har publicerats på lite olika sätt genom åren är tidskriften Råd & Rön s.k. ”svarta lista” över näringsidkare som inte efterlever Allmänna reklamationenämndens beslut. I det fallet är det inte själva listan som utgör rådet eller rekommendationen. Listan utgör i stället ”sanktionen” som följer med att näringsidkaren har valt att inte agera enligt rekommendationen. Ett tag publicerades listan på Konsumentverkets hemsida. Konsumentverket är en myndighet och man får anta att publiceringen gav rekommendationerna en stark legitimitet eftersom en offentlig aktör stod bakom ”sanktionen”. Sedan 2006 är det Sveriges konsumenter som är huvudman för Råd & Rön. Svarta listan publiceras numera på Råd & Rön hemsida och i själva tidskriften. Sveriges konsumenter som är en ideell privat organisation med en rad intresseorganisationer som medlemmar. Eftersom ingen myndighet står bakom finns inte längre någon offentlig publicering av svarta listan. Rent formellt borde det ha betydelse för publikationens legitimitet. Fråga är dock om det har någon större betydelse i detta fall. Svarta listan har funktion som en sanktion, och inte som en norm i sig. Den viktigaste faktorn torde vara att den publiceras på ett lättillgängligt sätt.

”Gängse praxis”

I tvister åberopar försäkringsbolagen inte sällan ”gängse praxis” till stöd för deras sak. ”Gängse praxis” eller ”branschpraxis” kan åberopas gällande olika frågor (som t.ex. premierutiner eller skaderegleringsrutiner) och det är inte ovanligt att försäkringsbolagen åberopar gängse praxis i olika avtalstolkningstvister. Det är inte heller ovanligt att försäkringstagarens motreaktion är att åberopa någon annan syn på vad som utgör branschpraxis, att hävda att åberopad praxis inte finns, eller att hävda att åberopad branschpraxis måste

sakna betydelse, eftersom det är omöjligt för den typiske försäkringstagaren att skaffa sig kunskaper därom.

Att gängse praxis i och för sig kan vara en relevant tolkningsfaktor har Högsta domstolen fastslagit i NJA 2001 s. 720. Här framgår att ” vid tolkningen av ett försäkringsvillkor har man att ta hänsyn till, utöver ordalydelsen, klausulens syfte, försäkringens och kundkretsens art, traditioner i fråga om formulering, anslutning till lagens uttryckssätt, gängse praxis osv. Man får också pröva vad som sakligt sett är en förnuftig och rimlig reglering. Först om något resultat inte kan uppnås vid en sådan prövning har man anledning att falla tillbaka på andra, mera generella tolkningsprinciper, såsom den s.k. oklarhetsregeln”. I praktiken kan det gå till så att försäkringsbolaget redogör för en viss villkorshistorik som sägs påvisa en viss branschpraxis som talar för deras sak. Ibland åberopar bolagen dokument eller vittnen som visar att försäkringsbolagen sedan lång tid tillbaka har haft och alltjämt har en samsyn i frågan, vilket talar för förekomsten av en viss praxis. Ibland utförs ”komparativa studier” av försäkringsvillkor på marknaden i syfte att påvisa en viss gemensam branschpraxis.

Som rättskälla är branschpraxis att jämföras med sedvana eller handelsbruk. Sedvana och handelsbruk är till sin natur en rättskälla som inte ”publiceras”, utan som utvecklas genom en viss praktik. Enligt Fuller’s kriterier utgör dock kravet på publicering inte en formalitet (”to publicize, or at least to make available to the affected party, the rules he is expected to observe”) utan vad det handlar om är att en part ska ha en chans att kunna skaffa sig kännedom om de normer som gäller för att vara bunden av dem.

Att argumentera mot bakgrund av ”gängse praxis” är utmanande på flera sätt. Det första problemet är att fastställa ”gängse praxis”. Hur gör man det? Vem har bevisbördan och vilka beviskrav ställs? Och om man lyckas att fastställa en sådan gängse praxis inträder nästa problem, nämligen frågan om i vilken mån denna praxis binder också en i förhållande till försäkringsbranschen extern part, dvs. försäkringstagaren.

I doktrinen ställs höga krav på en ”gängse praxis” för att den ska tillerkännas en status som en sedvanerättslig norm. Bernitz skriver att ”Det ska vara fråga om handlingsmönster, som är så allmänt utbredda och har iakttagits så länge, att de har accepterats som en normal och riktig ordning, något som parterna på den ifrågasvarande marknaden naturligt inrättar sig efter”.⁶ Dotevall verkar dela den uppfattningen. Han skriver att ”kravet för att ett bete-

⁶ Bernitz m.fl., *Finna rätt* (2017) s. 168, Bernitz, *Standardavtalsrätt* (2013) s. 42.

ende ska uppfattas som sedvänja och därmed en rättskälla ställs alltså ganska högt. Ett handlingsmönster måste, för att uppfylla kravet på sedvänja, vara allmänt accepterat och ha en viss geografisk spridning i branschen i fråga.⁷ Även Ramberg uppställer höga krav; ”En förutsättning för att handelsbruk ska få betydelse är att det vunnit tillräcklig utbredning och stadga”.⁸

Om någon gör ett påstående om förekomsten av eller innehållet i handelsbruk ankommer det principiellt på denne att sörja för utredningen om detta, se RB 35:6. Att det är den som påstår en viss branschpraxis som också har att visa den bekräftas när man studerar försäkringsrättsliga avgöranden. Det finns flera avgöranden där parterna har åberopat en viss branschpraxis men där domstolen har funnit att det inte har gått att visa på någon sådan. Ett exempel är ett hovrättsfall (Svea Hovrätt Ö 7822-02) som gällde rättskyddsförsäkring, där hovrätten fann att det inte fanns någon utredning som stöder att villkoret skulle utgöra mer allmän branschpraxis. Ett annat exempel är avgörandet NJA 2012 s. 3, där försäkringstagaren åberopat en viss branschpraxis enligt vilket begreppet ”arbetsskada” skulle tolkas så att det tar sikte på relationen mellan arbetstagaren och arbetsgivaren. Försäkringstagaren åberopade ett vittne som uttalade sig om bakgrunden till villkoret, om syftet med villkoret, samt om hur villkoret förändrats över tid. Tingsrätten fann att utredningen i målet visade att villkoret tillämpas olika inom försäkringsbranschen och att det således inte fanns någon sådan branschpraxis. Även Högsta domstolen konstaterade att ”någon fast branschpraxis har inte funnits.” Avgörandet NJA 2014 s. 3 gällde en fråga om åldersavdrag i bygghörsförsäkring. Försäkringsbolaget hävdade att det villkor som var föremål för prövning överensstämde i aktuellt avseende med andra bolags villkor på marknaden. Varken tingsrätt eller hovrätt ansåg emellertid att de åberopade villkoren kunde ges den innebörden. Även försäkringstagaren hade till stöd för sin sak åberopat en viss branschpraxis, utan att övertyga domstolen. Det är alltså den som påstår förekomsten av en viss branschpraxis som har att visa den.

I de fall där domstolen har kunnat grunda sin bedömning på visad förekomst av branschpraxis har försäkringsbolaget lyckats visa den antingen genom att en branschorganisation har beskrivit en sådan, eller genom att en sådan praxis funnits beskriven i den juridiska litteraturen. Ett exempel är avgörandet NJA 1971 s. 216, där en person träffades av en tung landgång

⁷ Dotevall, Avtal (2017) s. 165.

⁸ Ramberg m.fl., Rättskällor – en introduktion i kritiskt tänkande (2018) s. 57.

som föll ner när hon skulle kliva av ett fartyg. Hon drabbades av personskada. Hon riktade anspråk mot fartygsägarens P&I-försäkring och fråga uppstod gällande preskription. Svenska försäkringsbolags riksförbund gjorde ett uttalande om försäkringspraxis gällande avstående från att åberopa specialpreskription och Högsta domstolen fann att ett erkännande av ansvar inte räknades som ett avstående från att åberopa specialpreskription, eftersom sådan praxis saknades för den aktuella försäkringsformen. Ett annat exempel är avgörandet NJA 1996 s. 400, som gällde frågan huruvida ett ombud hade rätt att göra anspråk på betalning av arvode direkt från försäkringsbolaget som meddelat rättsskyddsförsäkring. Även i detta fall inhämtades yttranden från bl.a. Försäkringsinspektionen, Sveriges försäkringsförbund, Försäkringsbranschens kommitté för rättsskyddsärenden samt Advokatsamfundet. Högsta domstolen fann att det av de i målet inhämtade yttrandena gick att fastställa en branschsedvänja. Denna branschsedvänja fick vidare anses utgöra en del av avtalsinnehållet i avtalen om rättsskyddsförsäkring. I NJA 2017 s. 237, som gällde ett försäkringsvillkor enligt vilket försäkringen täckte ren förmögenhetsskada som inträffat under försäkringstiden, hänvisade Högsta domstolen till fyra täckningsprinciper som finns i praxis. Högsta domstolen kunde med andra ord fastställa denna branschpraxis eftersom den fanns utredd i den juridiska litteraturen. Även i NJA 1963 s. 683 kunde Högsta domstolen slå fast en praxis på grund av att den fanns utredd i litteraturen samt med stöd av att Svenska försäkringsbolags riksförbund uttalat sig i frågan. Sammanfattningsvis har Högsta domstolen tillmätt branschpraxis betydelse i de fall där en branschorganisation har gjort ett uttalande eller där det finns en utredning i litteraturen. Bägge dessa faktorer är sådana att branschpraxis har varit möjligt att konkretisera på något sätt.

Många försäkringsbolag publicerar sina försäkringsvillkor på hemsidorna. I praktiken görs inte sällan försök av parterna att genom en ”komparativ studie” av försäkringsvillkoren på marknaden utmejsla en gängse praxis. Metoden måste dock tillämpas med stor försiktighet. Hellner påtalade redan 1965 svårigheterna med att abstrahera normer ur bolagens villkor eftersom ”de jämförelsevis (med andra länder) stora variationerna i försäkringsvillkoren” medför att en framställning som fäster sig vid detaljerna löper risk att bli både oöverskådlig och snabbt föråldrad.⁹ Westberg skriver att ”enbart ett studium av standardavtal ger knappast underlag för slutsatser om den stadga över tiden i tillämningen av avtalen som skulle erfordras för att ett handelsbruk

⁹ Hellner, Försäkringsrätt (1965) s. 22.

kunde uppkomma”.¹⁰ Bernitz skriver att man i svensk rätt är obenägen att se standardavtal som uttryck för handelsbruk.¹¹ Det finns några avgöranden från Högsta domstolen där sådana ”komparativa” studier av försäkringsvillkor har åberopats, utan att övertyga domstolen. Det ovan nämnda avgörandet NJA 2014 s. 3 (åldersavdraget) är ett sådant exempel.

I NJA 1998 s. 448, som gällde en avbrottsförsäkring, ansåg sig Högsta domstolen däremot kunna finna en branschpraxis mot bakgrund av en studie av förefintliga försäkringsvillkor på marknaden. Frågan i målet gällde under vilken tidsperiod som avbrottsersättning skulle utbetalas. Högsta domstolen fann att eftersom båda parterna företrädde i förhandlingarna av personer med erfarenhet och sakkunskap på försäkringsområdet, samt eftersom det gällde en fråga som inte reglerats särskilt i avtalet, ligger det närmast till hands att låta allmänna principer för avbrottsförsäkring gälla. Sådana principer kommer, enligt Högsta domstolen, till uttryck i allmänt tillämpade försäkringsvillkor. I målet hade åberopats standardvillkor för avbrottsförsäkring från ett flertal svenska försäkringsbolag. Ett genomgående drag i dessa villkor är, enligt Högsta domstolen, att rätten till ersättning är begränsad till driftförluster som hänför sig till sådan avbrottstid som erfordrats för att återställa den skadade egendomen i samma skick som före skadan; i den mån avbrottstiden har förlängts för att egendomen skall förbättras, utvidgas eller på annat sätt förändras, berättigar tiden inte till ersättning.

Högsta domstolens förhållningssätt till försäkringsvillkoren i NJA 1998 s. 448 ledde till en klagan över domvilla något år senare. I NJA 1999 s. 629 yrkade försäkringstagaren (Sydkraft) i NJA 1998 s. 448 att denna dom skulle undanröjas på grund av grovt rättegångsfel. Grunden var att Sydkraft ansåg att Högsta domstolen grundat sin dom på förekomsten av handelsbruk utan att det i målet företagits någon utredning därom eller om innebörden eller tillämpligheten av handelsbruk. I vart fall hade Högsta domstolen, genom att inte bereda parterna tillfälle att yttra sig och förebringa utredning i frågan, brustit i sin materiella processledning. Högsta domstolen lämnade klagan utan bifall. Högsta domstolen ansåg inte att man genom en hänvisning till standardvillkor hade grundat domen på ett handelsbruk. I stället har man, sedan försöket att tolka parternas avtal i det aktuella hänseendet visat sig

¹⁰ Westberg, Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor – några reflexioner i anledning av NJA 1998 s 448 och 1999 s 629, JT 2000/01 s. 373.

¹¹ Bernitz m.fl., Finna rätt (2017) s. 184.

resultatlöst, utfyllt avtalet med *allmänna principer* för avbrottsförsäkring, vilka också kommit till uttryck i de ovan nämnda standardvillkoren.

Vad Högsta domstolen egentligen gör i avgörandena är omdebatterat.¹² Enligt en tolkning visar avgörandet att Högsta domstolen kan titta på ”ett flertal” förefintliga villkor och därav dra normativa slutsatser, förutsatt att det är fråga om jämlika parter samt att det fråga om utfyllnad av avtal och inte tolkning av ett specifikt försäkringsvillkor.¹³ Enligt en annan tolkning har Högsta domstolen ägnat sig åt rättsskapande verksamhet, varvid resultatet, ”normen”, har kunnat bekräftas i förefintliga försäkringsvillkor.¹⁴

Tröskeln för att domstolarna ska acceptera förekomsten av en branschpraxis får alltså betraktas som hög. Nästa fråga är om, och i så fall hur, en fastslagen branschpraxis binder en i förhållande till försäkringsbranschen *extern aktör*, dvs. försäkringstagaren eller försäkringshavaren (eller andra). Problemet är att den typiske försäkringstagaren varken har kunskaper om en sådan praxis, eller rimliga möjligheter att skaffa sig sådana kunskaper. Vägledning kan hämtas ur Bernitz definition av sedvänja. Enligt Bernitz är en sedvänja handlingsmönster som är så allmänt utbredda och har iakttagits så länge, att de har accepterats som en normal och riktig ordning, dvs. något som parterna på den ifrågavarande marknaden naturligt inrättar sig efter”.¹⁵ I definitionen ligger sålunda att bägge ”parter” förväntas inrätta sig efter ett handlingsmönster, och alltså inte bara den ena parten. Westberg skriver att visserligen kan domstolarna inte ha kännedom om en norm som grundas på resultatet av ett faktiskt, vanemässigt beteende i näringslivet. I stället antas att *parterna* har bättre kännedom om sådan privat rättsbildning.¹⁶ Det betyder att sedvana får betydelse för försäkringstagaren/havaren när denne känner till normen eller bort känna till normen (eller anser att normen är självklar).

Det finns ett avgörande där domstolen resonerat så att även om det är möjligt att fastställa en viss branschpraxis, så binder den inte parterna, trots att bägge verkar *inom* branschen. I avgörandet NJA 2017 s. 622 hade en brinnande bil orsakat skador och fråga uppkom om det var fråga om ”skada i följd av trafik”. Tvistande parter var två försäkringsbolag, vilket betyder att ”branschpraxis” i detta fall utgjorde en angelägenhet mellan branschinterna

¹² Westberg, a.a. s. 348 ff., Wiwen-Nilsson, HD:s rättsbildning – Några ytterligare reflexioner i anledning av NJA 1998 s. 448 och 1999 s. 629, JT 2001/02 s. 222 ff.

¹³ Westberg, a.a. s. 357.

¹⁴ Westberg, a.a. s. 358.

¹⁵ Bernitz m.fl., Finna rätt (2017) s. 168.

¹⁶ Westberg, a.a. s. 365.

aktörer. Trots det menar Hovrätten att försäkrings- och återförsäkringsgi-
varnas uppfattning om branschpraxis inte kan vara direkt styrande för tolk-
ningen av trafikskadelagen i detta hänseende. Det beror på att det här inte
är fråga om en frivillig försäkring utan en enligt lag obligatorisk försäkring.
I stället måste avgränsningen ytterst göras med hänsyn till trafikskadelagens
syfte. Uttalandet är inte prejudicerande, men tjänar till att belysa att dom-
stolarna kan vara obenägna att tillmäta branschpraxis betydelse, om det finns
andra normer med starkare relevans.

När det gäller frågan huruvida en fastställd branschpraxis binder försäk-
ringstagaren eller försäkringshavaren är det vidare av central betydelse att den
framför allt anses ha en *utfyllande funktion*. Westberg skriver att ”handelsbruk
och annan sedvänja blir blott aktuell att använda i den mån parterna inte har
avtalat i annan riktning.¹⁷ Samma princip verkar gälla för försäkringsavtal.
Radetzki skriver att det framför allt är vid utfyllnad av avtal som bransch-
praxis har betydelse.¹⁸ Det betyder att branschpraxis, även om den går att
fastställa, har en begränsad (eller till och med marginell?) betydelse i de fall
en fråga är uttryckligen reglerad i försäkringsvillkoren. Av NJA 1999 s. 232
kan utläsas att ordalydelsen i villkoret kan trumfa ut visad branschpraxis. I
avgörandet, som gällde preskriptionsavstående vid en whiplashskada, inhäm-
tades en utredning från Sveriges försäkringsförbund, samt ett yttrande från
Nordenson. Denna branschpraxis fick emellertid inte betydelse i målet efter-
som den inte kommit till uttryck i förevarande fall.

Det finns några avgöranden, där en fastställd branschpraxis har bundit
också försäkringstagaren eller försäkringshavaren. Det är dock oklart vilka
generella slutsatser som kan dras av dessa fall. NJA 1996 s. 400 (rättsskydds-
försäkring) gällde tolkning av försäkringsavtal, och där gjorde Högsta dom-
stolen bedömningen att en branschpraxis utgjorde avtalsinnehåll gällande
rättsskyddsförsäkring. I detta fall innebar branschpraxis att avtalet tolkades
till förmån för försäkringshavaren. I det ovan nämnda avgörandet NJA 1998
s. 448 (avbrottsförsäkringen) tolkades villkoret med stöd av branschpraxis
till nackdel för försäkringstagaren. Av domskälen i fortsättningsmålet NJA
1999 s. 629 (domvillan), samt av efterföljande debatt i den juridiska littera-
turen, framgår dock att det inte klart vilken betydelse som utredningen av
branschpraxis i målet egentligen hade för utgången. Även i NJA 1971 s. 216

¹⁷ Westberg, a.a. s. 363.

¹⁸ Radetzki, *Tolkning av försäkringsvillkor* (2014) s. 25.

(landgången) förlorade den skadelidande mot försäkringsbolaget, men i det fallet var det inte fråga om avtalstolkning, utan om preskriptionsavstående.

Uttalanden i doktrinen är desto tydligare. Gällande handelsbruk i allmänhet skriver Bernitz att ”parterna är bundna av handelsbruk som de samtyckt till och anses, om inte annat avtalats, underförstått ha hänvisat till handelsbruk som de kände till eller bort känna till och som i internationell handel är allmänt känt och regelbundet iakttas av parter i avtal av föreliggande typ vid det ifrågavarande slaget av handel”.¹⁹ Det måste sålunda vara normer som parterna har samtyckt till och samtycket ska gälla handelsbruk som de, dvs. båda två, känt till eller bort känna till. Kännedomsrekvisitet är något som även Bengtsson lyfter fram. Gällande betydelsen av branschpraxis på försäkringsrättens område skriver Bengtsson att ”gångse praxis är en tolkningsfaktor vars betydelse kan ifrågasättas vid de flesta försäkringstyper, om man menar att den skall kunna åberopas till försäkringsbolagets fördel. Försäkringstagaren saknar i de allra flesta fall kännedom om hur ett visst villkor brukar tillämpas i praktiken, undantag utgör väl främst sjöförsäkring. Det kan också tänkas att villkoret tidigare diskuterats just med den aktuella försäkringstagaren, och då kan bolaget åberopa hur det tolkats vid det tillfället”. Han skriver vidare att ”till detta kommer att det allmänt sett kan te sig stötande att låta en tolkning bero av faktorer som den ena parten i praktiken saknar möjlighet att uppfatta och bedöma”.²⁰ Radetzki konstaterar att det torde vara ovanligt att branschpraxis framträder på ett tydligt sätt för den försäkrade och skriver att ”i de flesta fall torde det vara svårt att finna några bärande skäl för att ge sådan branschpraxis status av handelsbruk eller annan sedvänja och att som en konsekvens härav låta denna praxis påverka villkors-tolkningen utan att det uppställs några krav på att den försäkrade ägt eller bort äga kännedom om innebörden av ifrågavarande praxis”.²¹

Sammanfattningsvis har ”branschpraxis” en begränsad betydelse som rättskälla i en tvist mellan försäkringsbolaget och försäkringstagaren eller andra branschexterna aktörer. Betydelsen inskränker sig huvudsakligen till de fall där det är fråga om utfyllnad av försäkringsavtal. Finns en uttrycklig villkorsbestämmelse som reglerar frågan har branschpraxis en begränsad betydelse. Det är den som påstår att det finns en viss branschpraxis som har att visa den. I Högsta domstolens rättspraxis har krävts att en branschorgani-

¹⁹ Bernitz m.fl., *Finna rätt* (2017) s. 169.

²⁰ Bengtsson, *Försäkringsavtalsrätt* (2015) s. 52.

²¹ Radetzki, a.a. s. 107 med hänvisningar.

sation har uttalat att det finns en sådan praxis, eller att det i litteraturen finns utrett att en sådan branschpraxis finns, för att den ska ha haft betydelse. En utredning mot bakgrund av ”ett flertal villkor” på marknaden har legat till grund för att kunna fastställa en försäkringsrättslig princip. Däremot finns inga HD-avgöranden där domstolen verkar ha tagit intryck av bolagens interna villkorshistorik eller tidigare branschsamarbeten. När det gäller frågan hur visad branschpraxis binder försäkringstagaren spretar Högsta domstolens praxis något, men doktrinen ger ett klart stöd för uppfattningen att branschpraxis som försäkringstagaren saknar kännedom om, och inte heller kan skaffa sig kännedom om, inte kan binda denne. Kännedomsrekvisitet och Fuller’s publiceringskriterium hänger på så sätt samman.

En faktor som bör nämnas i sammanhanget är att en stor del av de kommersiella försäkringsavtalen förmedlas av försäkringsförmedlare. I avgörandet NJA 1992 s. 782 (Södertälje stadshotell), som gällde frågan om en försäkring upphört att gälla på grund av att premien inte betalats i tid, fann Högsta domstolen att försäkringstagarens ombud (dvs. försäkringsförmedlaren) hade haft klart för sig innebörden av ett betalningsvillkor. Eftersom ombudet hade försäkringstagarens uppdrag att företräda denne gentemot försäkringsbolaget, fick ombudets vetskap om villkoret *tillräknas* försäkringstagaren. Försäkringsförmedlare är branschaktörer. Typiskt sett har de kunskaper om försäkringar som deras kunder, dvs. försäkringstagarna, inte har. Enligt avgörandet ska alltså sådana kunskaper om innebörden av ett villkor tillräknas försäkringstagaren. Möjligen ger avgörandet stöd för att försäkringsförmedlarens kännedom om branschpraxis ska tillräknas försäkringstagaren. Det som enligt avgörandet tillräknas försäkringstagaren är dock kunskap om *innebörden* av ett visst villkor. Tanken bakom regeln är att förmedlaren har en skyldighet att upplysa sin kund om innehållet i försäkringsvillkoren. Som vi sett ovan har branschpraxis betydelse fram för allt vid *utfyllnad* av försäkringsavtal. Det är alltså inte helt klart huruvida avgörandet ger stöd för att försäkringsförmedlarens kunskaper om branschpraxis ska tillräknas försäkringstagaren vid *utfyllnad* av avtal. Klart är emellertid att för det fall en försäkring har förmedlats via en förmedlare råder en annan kunskapsbalans mellan parterna. Gränserna mellan tolkning av försäkringsavtal och utfyllnad av försäkringsavtal är inte klart definierade. Det kan nog inte anses uteslutet att en försäkringsförmedlares kunskaper gällande branschpraxis kan komma att tillräknas försäkringstagaren även när det är fråga om utfyllnad av försäkringsavtal.

Slutord

I denna artikel har jag diskuterat olika försäkringsrättsliga fenomen, som kanske är ganska disparata, men där diskussionerna har Lon L. Fuller's publiceringskriterium som gemensam kärna. I artikeln har jag försökt belysa att man i praktiken, i vart fall i en försäkringsrättslig kontext, stöter på rättsliga problem när man måste ta ställning till relevansen av en norm mot bakgrund av om och hur den har publicerats eller tillgängliggjorts. Utgångspunkten är att publiceringen i sig av normer har en avgörande betydelse för den rättsliga relevansen. Fuller's publiceringskriterium aktualiserade även frågan hur man, utifrån försäkringstagarens perspektiv, ska se på branschpraxis som rättskälla. Branschpraxis är till sin natur sådan att den inte kan "publiceras" men artikeln visar att den blir relevant endast om parterna har kännedom om den, eller borde ha kännedom om den. I rättspraxis från Högsta domstolen har krävts att en branschorganisation styrker en praxis, att branschpraxis finns utredd i doktrinen, eller att den bekräftar en allmän princip, för att branschpraxisen ska tillmätas relevans. Det säger sig självt att man inte kan begära att en försäkringstagare ska behöva förvärva kunskaper på det sättet gällande sin egen försäkring. Någon hemlig försäkringsrätt finns alltså inte. Det kan finnas interna vägledande dokument, beslut eller handlingsmönster, men dessa saknar som utgångspunkt rättslig relevans i förhållande till externa aktörer som försäkringstagarna.

Publiceringen, eller tillgängligheten är en faktor som den normerande aktören själv råder över. Rådet till de branschorganisationer, som önskar att skapa råd och rekommendationer som efterlevs av adressaterna är alltså att säkra en tydlig publicering av de regler man önskar ska ha en vägledande funktion. Rådet till en lagstiftare som vill nyttja branschaktörer i vägledande syfte är att tillse att de vägledande dokumenten är publicerade. Rådet till de försäkringsbolag som till stöd för sin sak (framgångsrikt) vill åberopa branschpraxis är att skaffa ett yttrande därom från en branschorganisation eller argumentera för en viss princip. Kanske kan denna text också bidra till att öka diverse normerares medvetenhet kring publiceringens betydelse.