

Konkurrensrätt på allmän skadeståndsrättslig grund

JAN KLEINEMAN

1. Inledning

Diskussionen om en europeisk civillagskodifikation har under år 2010 intensifierats och många förväntar sig *något* från Bruxelles som resultat av allt arbete som lagts ner under de senaste tio åren. Varför samarbetet inom den europeiska unionen i sig skulle göra det angeläget att ha regler på EU-nivå för kontrakts- och skadeståndsrättens del *istället för* internationella regler motsvarande CISG och andra liknande FN-initiativ för att främja den internationella handeln synes emellertid inte ha klargjorts under den utdragna diskussionen. Glädjen att göra något gemensamt förefaller ibland överskugga analysen av verkliga behov.

Rättsregler för och om konkurrens hade i svensk rätt inte någon särskilt prominent ställning före anslutningen till den europeiska unionen. Det rörde sig närmast om fragmentariska regler långt från vad andra motsvarande handels- och industrinationer kunde visa upp. Sedan dess har åtskilligt ägt rum. Svensk konkurrensrätt har fått nya och skärpta regler inte minst av skadeståndskaraktär. Trots dessa förändringar finns fortfarande klara skillnader mot såväl tysk som engelsk rätt. Medan man där ansett sig kunna utveckla nya ansvarsregler med stöd av allmänna förmögenhetsrättsliga principer om skadestånd, har sådana ofta ansetts svårare att iakttaga i det av lagpositivism präglade svenska rättssystemet.

Man har emellertid inte behövt gå längre än till flertalet av våra nordiska grannländer för att kunna iakttaga förevaron av konkurrensrättsliga regler som utvecklats med stöd av allmänna skadeståndsrättsliga principer. När därför Högsta domstolen beviljade prövningstillstånd i den tvist som resulterade i rättsfallet NJA 2005 s. 608 var det många som med stor tillförsikt såg fram mot utgången. En fråga som följer som ett resultat av avgörandet är om man numera kan anta att allmänna skadeståndsrättsliga principer kan tänkas få

större genomslag på konkurrensrättens område än tidigare eller om avgörandet fortfarande är något av en solitär.

Det är således det möjliga prejudikatvärdet av det angivna avgörandet som kan ge svar på frågan om vi har fått en ny inriktning inom svensk konkurrensrätt, där svensk rätt i likhet med förhållandet i flertalet rättsordningar inom den europeiska unionen kan komma att utvecklas med stöd av allmänna skadeståndsrättsliga principer.

2. Lagpositivism som rättslig tradition

Det får sägas vara ett uttryck för en viss paradox att det svenska rättssystemet där privaträtten – trots ansatser under 1800-talet – aldrig lyckades samla sig till en kodifikation men samtidigt synes ha varit mindre hågat att utveckla nya regler utifrån allmänna okodifierade principer vilket kan sägas ha givit upphov till ett visst regelunderskott, åtminstone från ett komparativt perspektiv. Nu hör säkerligen till saken att det i mindre rättsordningar säkerligen ofta går alldeles utmärkt att klara sig utan vissa regelverk därför att konfliktytorna kan tänkas vara färre än i de rättsordningar där frekvensen av vissa typer av tvister med nödvändighet måste vara större.

Man skall vara försiktig med att uttala sig med bestämdhet om en rättshistoriskt osäker företeelse, men jag har för min del funnit, att skadeståndsrätten, som ju ofta ansetts vara ett rättsområde som inte bara är särskilt lämpat att utvecklas i rättspraxis med stöd av allmänna rättsprinciper, utan även fram till 1972 i princip var okodifierad, skulle ha "lidit" av påverkan från en lagpositivistisk tvångssele. Det synsättet synes emellertid ha framträtt först på 1950-talet om man bortser från domstolarnas ovilja att redan från mitten av 1930-talet utveckla den politiskt omstridda arbetsrätten med stöd av rättsstridighetsbegreppet. Lundstedt och den tidens rättsvetenskapliga ideal gick hårt åt begreppet och även om Ussing försvarade begreppsbyggnaden så visade domstolarna i Sverige stor ovilja mot att med stöd i rättsstridighetsanalys dra upp gränserna för vad som var skadeståndsgrundande.¹

¹ Se V. Lundstedt, Kritik av nordiska skadeståndsläror, TFR 1923 s. 55–154, och Henry Ussing, Retstridighet, 1949.

3. Konkurrensrätten och arbetsrätten – närstående rättsområden men med olika utvecklingslinjer under 1900-talet

Det kanske numera framstår som om konkurrensrätten och arbetsrätten är ett syskonpar helt utan syskontycke och att det rentav kan vara svårt att se släktskapet. Man kan emellertid redan i konkurrenslagen 1 kap. 2 § notera att ”lagen är inte tillämplig på överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor.” Utan en sådan bestämmelse skulle svensk konkurrensrätt ha kunnat komma i konflikt med arbetsrätten på samma sätt som den europeiska konkurrensrätten kom i frontalkollision med svensk arbetsrätt genom den uppmärksammade Lavaldomen.

Att svensk skadeståndsrätt avstod från att utveckla gränsen mellan rättsstridiga och icke-rättsstridiga konfliktåtgärder vid arbetstvister utan nöjde sig med att utgå från att ersättning utgår om åtgärden är brottslig slogs fast redan i rättsfallen NJA 1925 s. 85 och NJA 1935 s. 300² och torde vara oomstritt. En känsligare fråga hade dock varit om den ”spärregel” som osynligt men effektivt präglade arbetsrättens område kunde tänkas ha någon ”smitoeffekt” på konkurrensrättens område.

Gränsen mellan arbetsrätt och konkurrensrätt kom ju att beröras genom den speciella position som den skadelidande hade haft i NJA 1935 s. 300. Med jämna mellanrum ”snuddade” domstolarna vid frågan om ansvar på allmän skadeståndsrättslig grund som t.ex. i AD 1977 nr 36 och i den inför EU-inträdet besvärliga frågan som medfört lagstiftning efter AD 1989 nr 120. I denna, den s.k. Britannia-domen, gavs ersättning med stöd av grunderna i medbestämmandelagstiftningen men på ett sådant sätt att man inte kan bortse från inflytandet av mer allmänt hållna rättsstridighetsprinciper när man analyserar rättsfallet men rättsfallet fördes bort från dagordningen genom Lex Britannia som återställde den långtgående immunitet som fackliga stridsåtgärder traditionellt åtnjutit i svensk rätt.

Frågan får antas vara politiskt fortsatt känslig sedan EU-domstolen avgjorde Laval-domen och därmed begränsat tillåtligheten av stridsåtgärder i förhållande till unionens regelverk. Domen kan emellertid knappast ha kommit som en överraskning för den som var medveten om bristerna i svensk rätt vid inträdet i unionen eftersom det hade förekommit en särskild utredning

² Se Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987 s. 212 ff.

som övervägde saken och uttalade osäkerhet om det svenska rättsläget verkligen var förenligt med unionens sedan länge etablerade regelverk.³

På den mer renodlade konkurrensrättens område föreföll länge rättsläget präglas av en motsvarande stiltje. Ett intressant undantag kan dock noteras nämligen det sedan länge inom immaterialrätten uppmärksamade rättsfallet NJA 1953 s. 775. Här ålades den som oaktsamt avgav en varning för påstått immaterialrättsligt intrång ersättningsskyldighet. HD var oenig i frågan om man måste hänga upp avgörandet på någon explicit lagregel, men majoriteten gjorde icke detta. Rättsfallet som får anses ligga i gränsområdet mellan immaterialrätt, skadeståndsrätt och konkurrensrätt visar att lagpositivismen inte var fullt etablerad vid den aktuella tidpunkten.

Någon motsvarighet till § 826 i den tyska BGB med innebörd att uppsåtliga skador orsakade genom handlingar i strid mot ”goda seder” eller någon skadeståndsrättslig motsvarighet till vår egen avtalsrättsliga bestämmelse i § 33 (stridande mot tro och heder) har vi aldrig utvecklat i svensk rätt lika lite som man med stöd av principer om ansvar för chikan kan angripa otillbörligt beteende mellan konkurrenter.

När det gjorts europeiska sammanställningar av skadeståndsrätten i jämförbara rättsordningar har det ofta varit avsaknaden av vägledande rättspraxis snarare än oväntade principer som utmärkt svensk rätt. Det främsta exemplet på i rättspraxis utvecklade principer om skadestånd på konkurrensrättens område är den från engelsk rätt emanerande principen *inducement of breach of contract*. Rättsfallet som kom att bilda utgångspunkt för inte bara diskussionen i common law utan även sprida sig till de kontinentala rättsordningarna var Lumely v. Gye där det redan 1853 slogs fast att en konkurrerande engelsk musikagent som hade förmått en berömd sångerska att bryta sitt avtal med en annan agent blev skadeståndsskyldig mot den förre.

Det är således betecknande för den svenska diskussionen att fallet primärt uppmärksammades inom arbetsrätten och den svenska arbetsrättens fader Folke Schmidt uttalade så sent som 1976⁴ således att rättsfallet NJA 1935 s. 300

”illustrerar också rättsregeln att en avtalspart, som har utsatts för avtalsbrott, inte kan ställa anspråk på skadestånd mot tredje man som har anstiftat eller föranlett avtalsbrott.”

³ Se Olof Bergqvist, Ds 1994:13 Lex Britannia, samt Birgitta Nyström, SOU 2005:89 s. 106 ff.

⁴ Se Facklig arbetsrätt, s. 209.

Att svensk rätt inte alltid varit så negativ som Schmidt antyder framgår av Knut Rodhes Handbok i sakrätt⁵ där författaren nämner att redan Winroth hade uttalat⁶ att

”den som lockat annans legohjon att undandraga sig sina kontraktsevenliga förpliktelser vara skyldig att ersätta husbonden för den skada, som legohjonet ej gitta gälda.”

Ett rättsfall som man däremot ofta synes ha bortsett från – särskilt under den mer lagpositivistiska period som följde efter tillkomsten av skadeståndslagen 1972 – är NJA 1928 s. 621 där i en *trepartsrelation* någon vars beteende ansågs strida mot gott handelsskick faktiskt blev skadeståndsansvarig genom beslut i HD trots att en ledamot hade ogillat talan just därför att beteendet som lades skadevällaren till last *inte* var brottsligt. Hjalmar Karlgren som mer än de flesta i sin generation var under inflytande från dansk rättstradition ställde tidigt frågan om en tredje man

”som genom övertalning eller annan jämförlig påverkan, ja genom hotelser l.dyl. förmår gäldenären att icke uppfylla sin förbindelse, härigenom [kunde] ådraga sig skadeståndsansvar mot borgenären.”

Han menade att så i normalfallet inte var fallet men om fråga var om ”ett utpräglat illojalt beteende synes dock dylikt ansvar kunna förekomma, jfr NJA 1928 s. 621.” Det är således en vacklande hållning där den doktrin som var hågad att beakta rättspolitiska ändamålsargument såg ett behov av regler medan den doktrin som följde den försiktiga lagpositivismens nya förhållningssätt ansåg att det inte fanns någon sådan regel. Betydelsen av allmänna principer var knappast något som dominerade diskussionen vid den tidpunkten.

4. Framväxten av ny rättspraxis

Som ett resultat av att jag i min avhandling behandlat frågan om avsaknaden av vägledande rättspraxis knutet till frågan om ansvar för otillbörliga ingrepp i andras avtalsförhållanden fick jag under 1990-talet förvånansvärt ofta frågor från det praktiska rättslivet kring spörsmålet. Vid några tillfällen inleddes också sådana skadeståndsprocesser, men inte sällan kunde jag notera att den

⁵ Se a.a. s. 333.

⁶ Se Om tjenstehjonsförhållandet, 1878 s. 187 f.

”otillbörlige” hellre valde att ingå – tämligen ”billiga” – förlikningar än att ge sig i kast med långa, dyrbara och tidsödande civilprocesser kring den omstridda rättsfrågan.

Ett undantag till den trenden var konkurrensen mellan två – vid tidpunkten – huvudsakligen norrlandsbaserade hamburgerkedjor. Ett medialt tämligen uppmärksammat övertagande av konkurrentens lokaler på central plats i en norrländsk tätort gav båda parterna säkerligen en hel del ”gratis-reklam” och till skillnad från tidigare aktörer fortsatte processen och drevs framåt ett stort antal år i samtliga instanser tills man fick ett slutligt avgörande i Högsta domstolen år 2005.

Det skall genast sägas att jag följde målet och var tillfrågad av den part som ansåg sig utsatt för ett otillbörligt ingrepp i sitt avtalsförhållande med tredje man. I rubriken till NJA 2005 s. 608 kan man notera att fråga var om en tredje man som hade handlat i samförstånd ”med ena parten i ett avtalsförhållande vid svek mot den andra parten” och att dennes handlande var att kvalificera som otillbörligt vilket medförde ersättningsskyldighet för den rena förmögenhetsskada som handlandet hade orsakat.

I den norrländska staden rådde stark konkurrens mellan olika hamburgerkedjor och när den stora amerikanska kedjan beslöt sig för att lämna orten önskade den största lokale aktören överta den förras hyreslokaler. Det synes i sin tur ha utlöst ett önskemål från konkurrenten att ta över den förres hyreslokal som blev ledig i samband med överflyttningen. Målet innehåller en stor mängd rättsfakta men det kan räcka med den sammanfattning som HD gjorde i sina domskäl eftersom detta belyser prejudikatfrågan. HD uttalar nämligen:

”De sakförhållanden som hovrätten har funnit utredda i målet innebär att Frasses har handlat i samförstånd med Lotsbåten när Max svikligen har föreletts till att ingå ett avtal som Max inte skulle ha ingått om Max känt till Lotsbåtens och Frasses avsikter. Sveket har fullföljts genom åtgärder i strid med villkoren i avtalet som har lett till att Frasses har kommit över Max lokal och kunnat driva en hamburgerrestaurang där till skada för Max. Det har inte kommit fram någonting i målet som talar för att konkurrensrättsliga hänsyn skulle göra Frasses handlande försvarligt. Tvärtom framstår detta som kvalificerat otillbörligt; som hovrätten har uttalat utgör Frasses handlande ett tydligt avsteg från vad som måste krävas av en kommersiell aktör. Fallet är så allvarligt att Frasses bör åläggas att ersätta Max för den skada som handlandet har orsakat Max”.

För att nå fram till den slutsatsen hade emellertid domstolen först gjort en ingående analys av svensk skadeståndsrätt och möjligheterna att utdöma skadestånd för en sådan ren förmögenhetsskada som det här var fråga om. Först behandlas därvid vad jag betecknat som ”spärregel” dvs. den bestämmelse i (numera) 2 kap. 2 § SkL som på ett märkligt sätt knyter ansvaret vid ren förmögenhetsskada till förevara av brottslig gärning. HD har emellertid studerat förarbetena och kan avvisa alla försök till lagpositivistiska lösningar med följande uttalande:

”Bestämmelsen i 2 kap. 2 § skadeståndslagen är inte avsedd att tolkas motsatsvis så att det inte skulle vara möjligt att ålägga skadestånd för ren förmögenhetsskada utanför de lagreglerade områdena, om skadan inte orsakats genom brott eller uppkommit i ett avtalsförhållande. I motiven till skadeståndslagen sägs tvärtom att lagstiftningen inte är avsedd att utgöra hinder för en rättsutveckling genom praxis i riktning mot ett vidgat ansvar för ren förmögenhetsskada (se prop. 1972:5 s. 568).”

Istället vänder sig HD till den i rangordning näst lagmotiven viktigaste rättskällan och noterar följande:

”I rättspraxis har också skadeståndsansvar ålagts utanför de lagreglerade områdena i vissa fall där ren förmögenhetsskada har orsakats i utomobligatoriska förhållanden på annat sätt än genom brott. Redan i tiden före skadeståndslagen förekom ett par fall där HD ålade en tredje man att ersätta skada som drabbat en avtalspart till följd av den andra avtalspartens åtgärder i samförstånd med tredje mannen (se NJA 1928 s. 621 och NJA 1943 s. 370; jämför dock på arbetsrättens område NJA 1925 s. 85 och NJA 1935 s. 300). Från senare tid kan nämnas ett fall där den som av oaktsamhet lämnat felaktiga uppgifter i värderingsintyg beträffande fast egendom har befunnits skadeståndsskyldig mot annan än uppdragsgivaren (se NJA 1987 s. 692, jfr NJA 2001 s. 878) samt ett fall där en konkursförvaltare har ansetts skadeståndsskyldig för ren förmögenhetsskada som han genom vårdslös förvaltningsåtgärd åsamkat tredje man (se NJA 1996 s. 700).”

Det visar sig således finnas en icke obetydlig rättspraxis som gör att för bedömningen av om ersättning i utomobligatoriska förhållanden ren förmögenhetsskada skall ersättas bestämmelsen i skadeståndslagen inte kan ge någon vägledning. Det finns däremot inget vägledande avgörande för just den typ av speciell konkurrensskada som det här är fråga om utan då finner HD anledning att söka vägledning i doktrinen och noterar därvid följande:

”I litteraturen finns förespråkare för ett utvidgat skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden (se särskilt Kleineman, *Ren förmögenhetsskada*, 1987). Bl.a. har i anslutning till 1928 års rättsfall utvecklats tankar om att en tredje man skulle kunna bli skadeståndsskyldig, om han på ett utpräglat illojalt sätt ingriper i ett avtalsförhållande och medverkar till att den ena avtalsparten begår avtalsbrott till skada för motparten. Därvid har framhållits å ena sidan att det i det ekonomiska livet, som bygger på fri konkurrens, måste vara tillåtet att företag vidtar åtgärder som medför ekonomisk skada för andra företag, men å andra sidan att inte alla medel kan vara tillåtna för att hävda sig i konkurrensen med andra företag. (Se Karlgren, *Kollegium i allm. obligationsrätt*, 1959 s. 13 och 15, Karlgrens utveckling av sin mening i *NJA* 1949 s. 645, Bernitz, *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare*, 1993 s. 214 ff. samt Gorton och Sjöman i *Juridisk Tidskrift* 2002–03 s. 504 ff.).”

Måhända är det insikten – därtill förmedlad av undertecknad genom i målet ingivna utlåtanden – om att svensk rätt framstår som tämligen isolerad i sin avsaknad av relevant rättspraxis, som föranledde HD att gå utanför landets gränser och söka stöd även i utländsk doktrin och rättspraxis samtidigt som man insåg att avsaknad av vägledande praxis inte kunde betraktas som att svensk rätt hade en negativ inställning till att ålägga ansvar. HD uttalade nämligen följande:

”I många utländska rättssystem finns regler om skadeståndsansvar för den som otillbörligen ingriper i andras avtalsförhållande och därvid orsakar ren förmögenhetsskada för den ena avtalsparten (se t.ex. Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, (1998) 2003 s. 39 ff. och 324 ff., Koziol (ed), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, 1998, case 2, Lord Wedderburn i *Clerk & Lindsell on Torts*, 18 uppl., 2000 s. 1255 ff., Gomard, *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold*, 1958 s. 56 ff., Saxen, *Skadeståndsrätt*, 1975 s. 7 4 ff. och Hagström, *Obligasjonsrett*, 2003 s. 816 ff.).”

Referensen till utländsk rätt är osedvanligt omfattande och det får betraktas närmast som ett genombrott för en ovanlig vidsynthet att HD inte – som eljest är brukligt i rent nationella förhållanden – begränsar sig till annan nordisk rätt utan går utanför de nordiska auktoriteterna.

Från denna komparativa redogörelse tar sedan HD avstamp för att klargöra hur man ser på det svenska rättsläget. Det anförs följande:

”I svensk rätt gäller som utgångspunkt att en avtalspart som drabbas av skada till följd av motpartens avtalsbrott har att vända sig till motparten för att få ersätt-

ning för sin skada. Detta hindrar inte att det även enligt svensk rätt, åtminstone i särskilt allvarliga fall, bör föreligga skadeståndsansvar för en tredje man som på ett kvalificerat otillbörligt sätt ingriper i andras avtalsförhållanden, så att den ena avtalsparten vidtar avtalsstridiga åtgärder till skada för den andra avtalsparten.”

Här gör HD en första normativ bedömning och som dessutom inte är tillbakablickande utan tvärtom handlar om *hur rättsläget för framtiden bör vara utformat*. Om det aktuella beteendet framstår som ”kvalificerat otillbörligt” och innefattar ett ingripande i annans avtalsförhållande så står härefter skadeståndsreglerna till förfogande.

HD drar mot bakgrund av givna rättsfakta och den positionering man gör i rättsligt hänseende följande slutsatser:

”På grundval av de sakförhållanden som hovrätten fastslagit kan konstateras att Frasses och Lotsbåten har agerat i samförstånd då Lotsbåten valde att bryta mot sina avtalsförpliktelser mot Max. Frasses har också haft vetskap om avtalet mellan Max och Lotsbåten och dess innehåll. Mot bakgrund av att Frasses haft intresse av lokalen och Max ovilja att låta lokalen komma i en konkurrents händer framstår Frasses och Lotsbåtens agerande i samförstånd som ett kringgående av de avtalsvillkor som gav Max rätt att på vissa villkor återta lokalen. Vidare måste beaktas att Frasses genom sina aktieförvärv i Lotsbåten enligt vad hovrätten fastslagit hade ett bestämmande inflytande över Lotsbåten redan då avtalet mellan Max och Lotsbåten träffades. Frasses får därför anses ha medverkat till Lotsbåtens avtalsbrott på ett sådant kvalificerat otillbörligt sätt att bolaget ådragit sig skadeståndsskyldighet gentemot Max.”

Det har understundom⁷ mot min slutsats att rättsfallet innefattat, att principen *inducement of breach of contract* här tillämpats, riktats den kritiken att angivna rättsfakta inte utgör ett typiskt fall av ingrepp i annans rättsförhållanden, eftersom det i det sist återgivna stycket anges att aktörerna ”agerat i samförstånd” och med beaktande att den ena parten haft ”ett bestämmande inflytande över” motparten så skulle man inte av den faktiska prövning som skett kunnat dra alltför långtgående slutsatser om den ifrågasatta rättsfigurens inkorporering i svensk rätt.

Jag kan såtillvida ge mina kritiker rätt att de angivna förhållandena var något speciella och att det kanske förelåg vissa bulvanlika förhållanden i tvisten som inte gör den till ett utpräglat konkurrensrättsligt fall. Emellertid var det en kamp mellan två aktörer inom samma bransch där den ena valde att till-

⁷ Dock såvitt mig är bekant ännu inte i skrift.

gripa vissa affärsmetoder för att vinna förmåner på den andres bekostnad och där den förre gjorde en vinning som medförde en motsvarande skada för den andre.

Vidare är kanske det allra viktigaste de principiella uttalanden som HD här gjorde och där särskilt hänvisningen till doktrin och rättspraxis tydligt visar att HD måste ha ansett sig ha prövat frågan om det i svensk rätt finns utrymme för och behov av en allmän rättsprincip som fanns i andra länder. Det kan tilläggas att ett argument som revisionskäranden försökte lyfta fram i HD var att svensk rätt saknade en sådan regel som fanns i andra länder samt att det inte hade visat sig föreligga behov av sådana bestämmelser.

Revisionskäranden var ju bunden av den bevisning som hovrätten slagit fast vilket milt uttryck inte var något som kunde försvaras rent moraliskt. I praktiken var således frågan om HD skulle avstå från att införa i rättspraxis en ny princip d.v.s. falla tillbaka på den ibland omhuldade lagpositivismen vilket för i vart fall mig framstod som den enda ”räddningsplankan” för revisionskäranden, eller om man skulle våga slå fast nya principer. I mitt utlåtande inför HD fokuserade jag på den situation som HD ställts inför genom att bevilja revisionskäranden prövningstillstånd.

I den internationellt komparativa diskussionen hade t.ex. Christian von Bar noterat att svensk rätt var en av de få rättsordningar som saknade vägledande praxis men att han trodde sig kunna anta att svensk rätt skulle inta en förnuftig hållning liknande andra motsvarande rättsordningar. Personligen var jag mest oroad för ett ogillande med stöd av samma lagpositivistiska ut-sagor som hade använts av HD i de uppmärksammade pleniavgörandena i NJA 1993 s. 41 (I och II) där HD bl.a. hade uttalat följande:

”En långtgående utvidgning av de nu diskuterade skadeståndsmöjligheterna förutsätter så ingående överväganden av både principiell och praktisk natur att de lämpligen bör ankomma på lagstiftaren.”

Mot bakgrund av den effekt för svensk rätts del ett sådant synsätt skulle ha på detta rättsområde påpekat jag att i de flesta stater inom den europeiska unionen så fanns det just allmänna skadeståndsprinciper som kompletterade såväl nationell som övernationell konkurrensrätt och att om HD därför nu skulle avböja att slå fast den aktuella principen med en hänvisning till att frågan först borde övervägas av lagstiftaren detta skulle ge upphov till en brist i den svenska konkurrensrätten som kunde vara skadlig för svenskt rättsliv. Vilken inverkan ett sådant argument kunde ha haft på domstolen vågar jag

inte uttala mig om och det finns inget i domen som antyder att man tog något intryck av detta lika lite som mitt påpekande om att domstolens motsvarande institutioner i unionens andra medlemsstater inte hade funnit det varken vara en för svår eller för principiellt viktig fråga för att överlämnas till prejudikatinstansen.

5. Prejudikatverkan av NJA 2005 s. 608

a. Allmänna iakttagelser

Det gäller självfallet att vara mycket försiktig när man uttalar sig om den framtida betydelsen av ett enskilt avgörande och dess betydelse för framväxten av en allmän rättsprincip. Man kan emellertid sortera upp prejudikatfrågorna i ett antal underfrågor där betydelsen för tolkningen av 2 kap. 2 § SkL dvs. den där uttalade principen om ansvar för ren förmögenhetsskada är en första viktig fråga. En annan fråga är vilka slutsatser man kan dra om rättsfiguren *inducement of breach of contract* i svensk rätt. Slutligen måste frågan om den fortsatta utvecklingen av en fristående konkurrensrätt på skadeståndsrättslig grund begrundas.

b. Ren förmögenhetsskada

I en nyligen publicerad uppsats sammanfattar jag rättsutvecklingen i tiden från det jag publicerade monografin *Ren förmögenhetsskada*⁸ till i dag.⁹ Avgörandet ingår i en serie fall från år 1987 där HD försiktigt men likväl konsekvent visat att kopplingen till kravet på brottslig gärning inte längre kan anses utgöra en slags huvudregel i utomobligatoriska förhållanden utan att snarare principen får antas vara att ansvar för sådan skada föreligger om det föreligger övertygande rättspolitiska skäl och de skäl som talar i motsatt riktning inte är ägnade att skapa betydande rättstillämpningsproblem om man underlåter att beakta dem.

Jag delar därför vad Ulf Bernitz anfört i en intresseväckande kommentar till avgörandet. Han anför för sin del bl.a. att

”helhetsintrycket av HD:s domsmotivering är sålunda att HD velat markera att det faktiskt finns ett reellt utrymme i svensk rätt för domstolarna att utdöma ska-

⁸ Vilket var i november 1987.

⁹ Se Kleineman i Festskrift till Gertrud Lennander september 2010 s. 157 ff.

deståndsansvar för ren förmögenhetsskada på utomobligatorisk grund också utanför straffrätten och andra lagreglerade områden.”¹⁰

Medan HD redan tidigare framförallt genom rättsfallen NJA 1987 s. 692 och NJA 2001 s. 878 men även – fast på annan grund än genom vilseledande – NJA 1996 s. 700 slagit fast att vårdslösa beteenden kan grunda skadestånd vid utomobligatorisk ren förmögenhetsskada, kom HD nu att introducera en regel om ansvar vid otillbörliga beteenden. Det finns därmed de två grundelementen som brukar karaktärisera ansvarsförutsättningar vid ren förmögenhetsskada där det inte finns någon koppling till kravet på brottslig gärning.

Den ena är culpa-ansvar som rättspolitiskt kan hanteras utan att ansvaret blir så vidlyftigt att det inte kan hanteras inom rättssystemet, dvs. med beaktande av risken för orimligt vidlyftiga ansvar. Det andra är uppsåts- eller insiktsbaserat ansvar utifrån vad som bedöms oacceptabelt med hänsyn till visst krav på goda seder utan att ansvaret därmed blir en fråga om rena moralöverväganden för domstolen.

Några principiellt vägledande skäl varför en svensk domstol skulle kunna klara av ogiltighetsbedömningar utifrån vad som strider mot tro och heder med stöd av generalklausulen i 33 § AvtL medan samma domstol skulle vara mindre lämplig att avgöra om ett skadegörande beteende strider i sådan utsträckning mot goda seder att det borde grunda ansvar synes inte föreligga. Svensk rätt må ha varit sist med att inom den europeiska unionen acceptera *actio de dolo* som skadeståndsrättslig ansvarsgrund men avgörandet måste tveklöst ha undanröjt alla kvarvarande tvivel om detta.

c. Otillbörligt ingrepp i avtalsförhållande och medverkan till kontraktsbrott

Även om bedömningen i det konkreta fallet i rättsfallet NJA 2005 s. 608 avsåg tämligen speciella förhållanden valde HD att göra en ovanligt omsorgsfull analys av de mer konkreta rättsfrågor som man bedömde att avgörandet stod i direkt relation till. Det befanns då att det förelåg ett behov av någon slags rättsregel vid kvalificerat otillbörligt ingripande i andras rättsförhållan-

¹⁰ Se Bernitz, Skadeståndsansvar för otillbörligt ingripande i avtalsförhållande och medverkan till kontraktsbrott; HD utvidgar ansvaret för ren förmögenhetsskada i JT 2005–06 s. 625.

den. Jämför man de krav som synes uppställda i rättsfallet med vad som anges i t.ex. DCFR¹¹ så ser man en påtaglig skillnad. Där anförs således följande:

”VI.- 2:211: Loss upon inducement of non-performance of obligation without prejudice to the other provisions of this Section, loss caused to a person as a result of another’s inducement of the non-performance of an obligation by a third person is legally relevant damage only if:

- (a) the obligation was owed to the person sustaining the loss; and
- (b) the person inducing the non-performance:
 - (i) intended the third person to fail to perform the obligation, and
 - (ii) did not act in legitimate protection of the inducing person’s own interest.”

Ersättningsgill skada föreligger således i väsentligt fler situationer. I den omfattande kommentaren till principen har författarteamet under professor Christian von Bar märkligt nog valt just det svenska rättsfallets omständigheter för att illustrera relevanta situationer.¹²

Mellan det i NJA 2005 s. 608 uppställda kravet på kvalificerat otillbörligt beteende och det i DCFR uppställda kravet på agerande med avsikt att den förpliktade skulle bryta sitt kontraktsåtagande mot tredje man i förening med avsaknad av skadevällarens legitima egna intresse att bete sig på detta sätt finns en rad olika situationer. I kommentaren till DCFR ges inte bara exempel på situationer som kan vara aktuella¹³ utan dessutom fotnotsexempel på flera europeiska rättsordningar som låtit ansvaret utsträckas längre än så. Av särskilt intresse är påpekandet om det senaste engelska avgörandet¹⁴ OBG Ltd. v. Allan¹⁵. Det påpekas i kommentaren följande i anslutning till det berörda avgörandet:

”This case has settled that an intention to cause a breach of contract was a necessary and sufficient requirement for liability and furthermore, that, while a person had to know he was inducing a breach of contract and intend to do so (with knowledge of the consequences) in order to commit the tort a person who knowingly induced a breach of contract as a mean to an end had the required in tent

¹¹ Med vilket avses draft common frame of reference, d.v.s. det akademiska förslaget till en alleuropeisk civillagbok och då det avsnitt som avser utomobligatoriska förpliktelser.

¹² Se Principles of European Law, Study group of European Law – Non Contractual Liability Arising out of damage caused by another (PEL Lia. Dam.) s. 548.

¹³ Se a.a. s. 548 ff.

¹⁴ Den alleuropeiska diskussionen synes ju en gång i tiden ha startat med det engelska common law avgörande Lumely v. Gye redan 1853.

¹⁵ [2007] UKHL, [2008] 1 AC 1.

even if he was not motivated by malice: an intent to cause damage to the claimant is not necessary, so that the tort can be committed even where the defendant's motive is to secure an economic advantage for himself.”

I så måtto stämmer avgörandet med NJA 2005 s. 608 att medan tingsrätten på givna fakta hade ogillat skadeståndstalan så fann såväl hovrätten som HD att det inte fordrades skadeavsikt utan räckte med att det förelåg skadeinsikt och möjligen vilja till egen vinning. Det är emellertid svårt att tänka sig att det varken skulle föreligga skadeavsikt eller vilja till egen vinning. Det måste normalt vara en av dessa två bevekelsegrunder som motiverar skadevällaren.

Den måhända svåraste frågan är emellertid hur otillbörligt angreppet måste vara för att grunda ansvar. Ett exempel som jag då och då blivit tillfrågad om är om någon i syfta att överta en rörelse i samband med förhandlingen går bakom ryggen på säljarebolaget och förmår de anställda att flytta över till köparbolaget varigenom rörelsen så försvagas att övertagandevillkoren blir väsentligen fördelaktigare för köparen.

Här synes enligt mitt förmenande frågan om övertagandet av personalen innefattat att man förmått dem att i strid med deras egna anställningsavtal flytta över till konkurrenten på sådant sätt att det innefattat kontraktsbrott *från de anställdas sida*. Eftersom det torde vara i normalfallet fullt möjligt att använda sig av konkurrensklausuler som försvårar hastiga övergångar borde övertagande som inte innefattar anstiftan av de anställda att bryta sina anställningsavtal knappast i sig utgöra otillbörligt ingrepp.

Man skulle dock kunna tänka sig att den som förhandlar om övertagande av en rörelse inte därmed parallellt skulle äga rätt att föra hemliga förhandlingar med t.ex. nyckelpersoner i den rörelse man ämnar överta eftersom detta skulle vara att anse som otillbörligt mot den som vid sådan förhandling upplåter sin rörelse för en granskning. Frågan kanske är om den som tillhandahåller informationen borde avtala sig till ett förbud eller om förbudet borde anses ligga implicit i själva förhandlingen.

Jag delar således Ulf Bernitz påpekanden om att förhållandena i NJA 2005 s. 608 var särpräglade och ”karaktäriserade av en ovanligt påtaglig otillbörlighet”¹⁶ samt att frågan därför är om det finns utrymme ”för en vidareutveckling av rättsläget” men jag känner viss osäkerhet vad gäller frågan om man kan komma att se en utveckling i riktning mot ett än mer vidgat allmänt skadeståndsansvar vid otillbörligt ingrepp i andras avtalsförhållanden.

¹⁶ Se a.a. s. 628.

Jag tror att det finns ett behov av en sådan rättsutveckling och att den bästa vägen att närma sig problemet är att göra komparativa analyser av rättsläget i de övriga medlemsstaterna inom EU för att därmed försöka slå fast vad som kan tänkas vara innebörden i begreppet otillbörligt ingrepp ur en mer allmänuropeisk synvinkel. Kanske finns det således skäl att släppa på kravet på kvalificerad otillbörlighet eller att i vart fall ge begreppet en vidare tolkning än vad som följer av omständigheterna i NJA 2005 s. 608.

Ulf Bernitz har väckt frågan om man skulle t.ex. kunna vidga tillämpningen av principerna om kvalificerat otillbörligt ingrepp genom att t.ex. låta principerna omfatta tredje mans otillbörliga utnyttjande av särskild information som denne fått del av men som fanns tillgänglig för andra utomstående i situationer som faller utanför det skydd som tillhandahålls av lagen om företagshemligheter.

Bernitz exempel åskådliggör enligt mitt förmenande emellertid ett följdproblem av en allmän princip nämligen den om *actio de doli*. Här krävs måhända mer djupgående rättspolitiska överväganden de lege lata som underlag för bedömning i domstolarna, något som dessa traditionellt varit obenägna till. Ett sådant resonemang som anförs av Ulf Bernitz kan nog ha många fördelar men samtidigt måste man då väga in andra motsatta argument som yttrande- och kommunikationsfrihet som talar mot att lägga band på den som inte omfattas varken av lagen om företagshemligheter eller blivit bunden av en sekretessklausul. Frågan är här som alltid vilka band man vill lägga på kommersiella aktörer i en marknadsekonomi genom skadeståndsregler.

6. Slutord

Genom NJA 2005 s. 608 visade Högsta domstolen en ovanlig vilja till rättspolitiskt nyskapande men hade då tillgång till betydande europeiskt jämförelsematerial. Tanken att den svenska prejudikatinstansen skulle vara mindre lämplig än unionens övriga motsvarande instanser att lägga fast ett sådant ansvar framstod inte som något övertygande argument mot att införa principen. Den fortsatta rättsutvecklingen kommer däremot att kräva noga överväganden så att man inte tror sig kunna tillämpa en allmän princip om *actio de doli*. Varken chikanbegreppet eller allmänna satsen om vad som är stridande mot gott handelsskick kan här ge vägledning.

Det kan i nya rättsfall bli fråga om att dra upp gränser som kunde uppfattas som inskränkningar i allmänna fri- och rättigheter och där politiskt känsliga överväganden måste göras som trots allt mer ankommer på den lag-

stiftande församlingen än på de dömande organen. Man får emellertid hoppas att nästa avgörande inte medför ett återfall i onödig lagpositivism.

Att det måste finnas ett utrymme för allmänna skadeståndsprinciper så att rättsordningen kan tillhandahålla visst skydd mot otillbörliga beteenden i konkurrensförhållanden visar 150 års rättsutveckling i Europa och Amerika. Att förvänta sig att den svenske lagstiftaren skulle i första hand överväga alla de speciella situationer som här kan uppstå vore att ge utrymme för beteenden i Sverige som skulle vara utomordentligt skadliga för näringslivet. Här vill man gärna uttrycka det önskemålet att Högsta domstolen visar fortsatt intresse för dessa ansvarsfrågor och därmed beviljar prövningstillstånd i nya tvister.