

# Floodgateargumentet – rättskällekampen mellan Aktiebolagskommittén och lagförarbetena\*

JAN KLEINEMAN\*\*

## 1. Inledning

Den något tillspetsade rubriken saknar inte viss verklighetsanknytning men har nog först och främst tillkommit för att läsarna av denna skrift inte skall förbise denna lilla artikel.

Första gången jag stötte på den princip som brukar betecknas som *floodgateargumentet* i svensk rätt var i en skrift av Hjalmar Karlgren. Denne var för sin generation ofta väl bevandrad i komparativ rätt och tog för skadeståndsrättens del särskilt intryck av tysk och dansk rätt.

Floodgateargumentet kan väl kortfattat beskrivas så, att när i ett enskilt fall skadeståndet kan komma att bli mycket stort eller antalet skadelidande på samma sätt kan räkna ett stort antal eller skadan kan komma att utsträckas under en längre tid, dessa omständigheter i sig kan utgöra grund för att skadestånd i det enskilda fallet inte skall utgå eller i vart fall utgå med endast en bråkdel av den verkliga skadan. Det rör sig emellertid inte om en jämningsregel utan snarare om en regel likt kausalitets- och adekvans-bedömningar som sätter gränserna för skadeståndsansvar.

Kanske uttrycktes det klassiska floodgateargumentet i sin mest retoriskt värtaliga form av den berömde domaren Benjamin Cardozo i det välbekanta ”*Ultramares case*”:

If liability for negligence exists, a thoughtless slip or blunder, the failure to detect a theft or forgery beneath the cover of deceptive entries, may expose accountants to a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class. The hazards of a business conducted on these terms are so

\* Har tidigare publicerats i Festskrift till Rolf Skog, Norstedts Juridik (2021), s. 729 ff.

\*\* Professor emeritus i civilrätt vid Stockholms universitet.

extreme as to enkindle doubt whether a flaw may not exist in the implication of a duty that exposes to these consequences.<sup>1</sup>

Trots att argumentet således är välformulerat så har det redan från dess tillblivelse mött stark kritik. I en i övrigt positiv recension av min avhandling går Carl-Martin Roos relativt hårt åt min uppfattning att floodgateargumentet i vart fall måste tas på stort allvar. Följande kritik vederfors jag:

Kleineman hävdar (avsnitt 6.6, jfr s. 438) att det här måste vara särskilt viktigt att ta hänsyn till spridningsrisken, det s.k. floodgateargumentet. Ansvarret får alltså inte bli för brett, den ersättningsberättigade kretsen måste begränsas.

Den begränsningsidé som förf. för fram strider mot vanligt ersättningsrättsligt tänkande. Vid en samlad bedömning av ersättningsskyldigheten måste man ju ta hänsyn till bl.a. sådant som ersättningsbehov och möjligheten att få ansvarsförsäkring. Detta gör inte Kleineman utan han behandlar genomgående skadeståndsansvaret från den ansvariges synpunkt. Först på s. 533 inser förf. att den som lurats av en konsult etc. kan ha behov av ersättning och att sådan kan ordnas genom försäkring.

Att investerare kan vara i behov av kompensation när de lurats har varit känt i varje fall sedan South Sea Bubble 1720 (se t.ex. L.B.C. Gower, *Modern Company Law*, 2 ed 1957, Ch 2). Anvarsbegränsningstanken i bolagsrätten bör alltså vägas mot bl.a. ersättningsbehov och försäkringsmöjligheter.

För övrigt finns det all anledning att generellt ifrågasätta floodgateargumentet i och för sig — den omständigheten att många lider skador behöver ju inte betyda att de alltid skall bära skadan själva.

Denna kritik som således riktas mot mig är ju egentligen riktad mot själva floodgateargumentet som sådant. Den övergripande och i princip rationella kritiken är således att man inte skall ”diskriminera” de skadelidande för att de är många eller – om man så vill – har en samlad stor skada eller att skador kan s.a.s. ”droppa in” under en lång tid. Problemet med denna typ av skador är att de är praktiskt svårhanterade. Skall skadorna kumuleras och prövas vid ett och samma tillfälle eller skall envar uppgiven skadelidande kunna tvinga till sig särbehandling och om preskriptionstiden är utsträckt till tio år skall då den skadelidande kunna vänta i förhoppning om att särbehandlas? Hur skall man hantera den sammanlagda skadans storlek i förhållande till jämkningsmöjligheter och föreliggande möjligheter till försäkringar och hur är egentligen försäkringsmöjligheterna?

<sup>1</sup> Ultramares Corporation v. Touche, 174 N.E. 441 (1932).

Det finns således såväl ett rationellt som ett icke-rationellt argument i floodgateargumentet. Det skenbart rationella är att den skadelidande väl inte skall behandlas sämre enbart därför att skadan är stor eller att det finns många skadelidande eller att skadevällaren kan tvingas utstå anspråk från många olika håll och under en avsevärd tid. Det mer konkret rationella argumentet är att de särdrag som utmärker floodgateargumentet är de uppenbara svårigheter som finns att praktiskt hantera fall av väldigt många skadelidande och att ersättningsrätten blir svår att förverkliga.

Första gången jag blev uppmärksam på denna problematik var redan under 1980-talet i samband med den s.k. Fermentatvisten. Det gällde frågan om styrelseansvar på utomobligatorisk grund mot investerare i bolaget. Här skulle ett inte obetydligt antal rättsfakta i form av egenskaper och beteenden hos kanske tio styrelseledamöter prövas i förhållande till investerarnas motsvarande beteende, vilket gjorde att antalet omständigheter som skulle prövas kunde bli mycket stort och leda till en processituation där ansvarsfrågorna kumulerades till en mycket vidlyftig process.

Den gigantiska Fermentaprocessen verkade ha runnit ut i sanden då – efter vad som vid tiden uppgavs för mig – vissa processuella misstag hade begåtts av tingsrätten vilket – om processen skulle ha fortsatt – hade tvingat om hela förfarandet. Detta skedde vid en tidpunkt då kostnaderna för alla ombud – särskilt på svarandesidan – hade hunnit bli mycket stora och viljan att börja om med alla de svårigheter som låg i den aktuella tvisten hade blivit uppenbara för samtliga ombud. Här gjorde sig floodgateargumentets praktiska sida omedelbart gällande med all kraft.

Praktisk hanterbarhet i förening med rimliga försäkringslösningar kan således väga tyngre än formell rättvisa i det enskilda fallet. Inte minst kan den formella rättvisan i praktiken få dåligt genomslag om lite eller rentav obetydlig ersättning i så fall kan utgå till varje skadelidande. Det är en svår balansgång där konsumentintressen kan tänkas få stå tillbaka därför att de kan förfalla till en ren formalitet utan verkligt ekonomiskt värde.

## 2. Floodgateargumentets uppdykande i svensk rättspraxis

Det var för mig en betydande överraskning när Högsta domstolen i ett för floodgateargumentet oväntat sammanhang dök upp i rättsfallet NJA 2009 s. 16, eftersom det snarare var en klassisk fråga om hur långt man skulle utsträcka ansvaret mot tredje man än risken för masskada – åtminstone i det

aktuella fallet – som tycks ha fått en minoritet bestående av justitieråden Lindskog och Lennander att lyfta fram floodgateargumentet.

Visserligen kan tredjemansskador vara sådana att de också utgör flood-gatesituationer eftersom det kan vara så, att någon av de tre mest specifika rekvisiten kan vara uppfyllda, således en stor krets skadelidande, stor skada och skador som är s.a.s. utsträckta i tiden. Det intressanta är emellertid den beskrivning av floodgateproblematiken som den nämnda minoriteten i HD uttalade:

Den rättspolitiska grunden för den angivna begränsningen av tredje mans rätt att få ersättning för en allmän förmögenhetsskada utgörs av främst vad som i den angloamerikanska judikaturen och rättslitteraturen har kallats the flood-gateargument (dammlucksargumentet). Det anses alltför långtgående med ett skadeståndsansvar som kan komma att omfatta en obegränsad krets av skadelidande. Kravet på att en skada skall framstå som en adekvat följd av den skadegörande händelsen för att grunda rätt till ersättning anses inte utgöra en tillräcklig begränsning i det hänseendet.

Dammlucksargumentet rymmer olika rättspolitiska överväganden. Ett gäller förutsebarheten sett från skadevållarens sida. Ett annat övervägande rör den betungande ersättningskyldighet som ett ansvar skulle kunna föra med sig för denne, bl.a. i fråga om bristande proportionalitet mellan den skadegörande händelsen och ansvarets omfattning. Ytterligare ett övervägande avser de hanteringsmässiga svårigheter som ett ansvar mot en mycket stor krets skadelidande skulle kunna föra med sig. (Jfr till det anförda främst Håkan Andersson, Trepartsrelationer i skadeståndsrätten, 1997 s. 31 ff. med vidare hänvisningar).

Personligen tycker jag att beteckningen ”dammlucksargumentet” som är en språklig korrekt översättning av det begrepp som används i anglo-amerikansk rätt kanske bör undvikas och att man istället bör bruka det främmande ordet, eftersom det visar problematikens erkänt komparativt relevanta karaktär; men det är väl en ren smaksak. Jämförelsen med dammluckor ska uppfattas så, att i vissa fall kan skadeståndsrätten växa till en sådan kraftig ”rörelse” att den s.a.s. skulle kunna spränga de spärrar som skadeståndsrätten eljest byggt upp kring ansvarets omfattning, såsom kausalitet, adekvans och skyddat intresse, med den konsekvensen att tillgängliga ersättningssystem faller bort i form av grundläggande skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper och inte begränsningsprinciper.

Att argumentet således måste ha diskuterats ingående i HD inför avgörandet i NJA 2009 s. 16 är således uppenbart men det är mer oväntat att minoriteten i detta tämligen speciella fall fann anledning att erinra om det-

samma, oaktat det inte hade någon betydelse för avgörandet av frågan om en bostadsrättshavares allmänna förmögenhetsskada till följd av en vattenskada på bostadsrättsföreningens fastighet orsakad av en föreningens kontraktsbundna hantverkare skulle ersättas eller inte. Baserad närmast på ett slags *äganderättstänkande* uttalade majoriteten i HD följande:

En bostadsrättshavare intar i många avseenden en ägarliknande ställning med avseende på lägenheten, och som förmögenhetstillgång är bostadsrätt nära besläktad med äganderätten till en fastighet (se t.ex. prop. 1990/91:92 s. 99 samt NJA 1995 s. 478 och 2006 s. 678). Att den som har vållat en skada på fastigheten får betala ersättning till en bostadsrättshavare för de kostnader som han eller hon har åsamkats till följd av skadorna kan med hänsyn till bostadsrättshavarens starka anknytning till den skadade egendomen inte anses skapa oklarheter om ansvarsförhållandena eller normalt antas leda till en ersättningskyldighet som är alltför långtgående eller svår att överblicka.

En intressant fråga är om denna äganderättstanke konkurrerar med floodgateargumentet om problematiken ställs på sin spets. Frågan har jag ställt för många år sedan i samband med vad HD uttalade i NJA 1988 s. 62 där *”en statens vattenfallsverk tillhörig elkabel, genom vilken företaget A försågs med elkraft, skadades genom vållande av en grävmaskinist som utförde arbete åt B”*. Det hade därigenom uppstått *”strömavbrott som medförde att A drabbades av dels förlust till följd av att fabrikation fick inställas under viss tid, dels skada genom att visst material måste kasseras”*. Frågan var nu *”huruvida B, som den för vållandet ansvarige, var skyldig att ersätta A:s förlust och skada.”*

En djupt oenig domstol vad gällde argumentationen hade en majoritet som uttalade följande:

Förmögenhetsförlusten utgör inte följdskada till den sakskada som Flygmotor har yrkat ersättning för. Vattenfall ägde kabeln. Omständigheterna kan inte anses vara sådana att skadan på kabeln ändå skall betraktas som en Flygmotor åsamkad sakskada. Förmögenhetsförlusten är därför en följdskada av sådant slag att den i enlighet med den i TR:ns och HovR:ns domar berörda huvudprincipen inte är ersättningsgill. Skäl föreligger ej att i detta fall göra undantag från huvudprincipen. Flygmotors yrkande om ersättning för förmögenhetsförlusten skall följaktligen lämnas utan bifall.

Den sakskada som har drabbat Flygmotor genom att material i viss utsträckning förstörts måste anses vara adekvat orsakad av K.G:s vållande. På grund härav är vägverket enligt 2 kap. 1 § och 3 kap. 1 § 1 st. skadeståndslagen (1972:207) skyldigt att ersätta skadan (jfr Bengtsson i SvJT 1978 s. 516). Fråga om jämkning

till följd av vållande på Flygmotors sida eller av annan anledning är inte aktuell. Vägverket skall därför ersätta sakskadade med yrkat belopp.

Man ansåg sig således kunna följa en uppgiven huvudprincip som framgår redan av skadeståndslagens uppdelning i ersättning för person- och sakskada enligt 2 kap. 1 § och andra i lagen inte omnämnda särregleringar, där ersättning enligt huvudprincipen utgår enligt culparegeln, medan det i övrigt fick antas föreligga osäkerhet om rättsläget. I målet återfinns flera uttalande av ledamöterna och där kan det noteras att JustR Solerud för sin del tillade, efter att ha kommit fram till – i likhet med övriga i majoriteten – att det som kunde bedömas utgöra sakskada skulle ersättas enligt denna huvudregel, men vad som definitionsmässigt utgjorde allmän förmögenhetsskada inte skulle ersättas:

Det sagda låter antyda att behandlingen av skadesituationer av det slag som är aktuellt i målet inte är helt tillfredsställande. Beträffande de angivna konsekvenserna kan möjligen anföras att de i huvudsak följer av skadeståndslagens systematik och har sin motsvarighet också i andra skadesituationer. Å andra sidan kan hävdas att skador till följd av kabelbrott (här avses i första hand elkablar, men situationen torde vara likartad beträffande brott på andra distributionsnät) utgör förhållandevis avgränsbara fall som skulle kunna följa ett eget regelsystem (jfr Kleineman, *Ren förmögenhetsskada*, 1987, bl.a. s. 194 f.). Delade meningar kan emellertid råda om hur ett sådant skall utformas. Det kan vidare antas att tillämpningen av nämnda huvudprincip och iakttagandet av skadeståndslagens systematik även i här avsedda situationer har sådant fäste i svensk rätt att en övergång till ett annat betraktelsesätt skulle kunna skapa påtaglig osäkerhet i det praktiska rättslivet, inte minst vad gäller försäkringsförhållanden. Att genom rättstillämpningen genomföra något sådant synes därför bjuda på vanskligheter och framstå som mindre lämpligt (jfr uttalandena om särskild lagreglering av s.k. tredjemansskador i NJA II 1972 s. 559 f.).

Insikten om att systematiken i skadeståndslagen inte kan lösa sådana komplicerade frågor finns således med i den diskussion som fördes i avgörandet, men trots allt föredrog man en enkel lösning på svåra frågor eftersom den dög just i detta fall. Jag ställde för min del således frågan om det sagda håller måttet om man mycket enkelt ändrar det i målet aktuella fallet så, att kabelbrottet inte bara medför att vissa råvaror blir skadade genom avbrottet (sakskada), utan att det är en huvudkabel till en storstad som kapas, där motsvarande skada inträffar på ett hundratal produktionsanläggningar. Samma

direkt förorsakade sakskada men med tillägget att det dessutom är fråga om en masskada.

Exemplet utgör då en situation där floodgateargumentet och principerna för direkt tillfogade saksador framstår som *konkurrerande ansvarsgrunder*. Fallar då den i NJA 1988 s. 66 valda principen och får då den princip som valdes av HD utifrån floodgateprincipen i NJA 2014 s. 272 företräde? Så borde bli fallet men valet måste slutligen göras av prejudikatinstansen och innebär svåra rättspolitiska konsekvenser där en grupp blir utan ersättning samtidigt som om det bara hade funnits en enda skadelidande denne då skulle få ersättning enligt en slags *närhetsprincip*.

### 3. Något om mina egna slutsatser och vad jag själv anfört som bidrag till den rättsliga doktrinen samt vissa personliga erfarenheter

Den första gången jag ställdes inför praktikerns insiktsfulla frågor var strax efter min disputation i november 1987 och ungefär samtidigt som den ovan nämnda recensionen av Roos publicerades. Till skillnad från Roos hade en ledande svensk fondhandlare genom sina amerikanska kontakter stor praktisk insikt i de problem som rörde floodgateargumentet och fruktade att snarare Roos slutsatser än mina skulle anammas av prejudikatinstansen och kanske även av lagstiftaren om tillfälle därtill gavs. Jag kunde inte annat än bekräfta den slutsatsen.

Jag hade för min del lagt fram tre möjliga utvecklingslinjer vad gäller ansvaret för ren förmögenhetsskada i det stora hela. Den enklaste avsåg täm-ligen ”raka” fall av *oaktsamt vilseledande av annan än kontraktspart* och där kom av en händelse strax efter min disputation HD fram till samma slutsats som jag hade kommit fram till. Genom rättsfallet NJA 1987 s. 692, det s.k. *Konefallet*, som rörde ”*fråga om skadeståndsskyldighet mot annan än uppdrags-givaren för den som av oaktsamhet lämnat felaktig uppgift i värderingsintyg beträffande fast egendom*” utsträcktes skadeståndsansvaret för ren förmögenhetsskada orsakad genom oaktsamhet, så att även utomkontraktuellt ansvar kunde följa. Det såg jag således som det okomplicerade fallet.

Likaså frågan om ansvar vid s.k. konkurrensskada, såg jag små problem för HD att utsträcka skadeståndsansvaret. Det skedde genom det uppmärksammade och spektakulära rättsfallet som rörde förvärv av en affärslokal för hamburgerverksamhet i en norrländsk stad. I rättsfallet NJA 2005 s. 608 där, som det heter i rubriken till rättsfallet i NJA, ”*en tredje man som har handlat*

*i samförstånd med ena parten i ett avtalsförhållande vid svek mot den andra parten har, eftersom handlandet bedömts vara kvalificerat otillbörligt, ansetts skyldig att ersätta ren förmögenhetsskada som handlandet orsakat”.*

Av särskilt intresse är där att HD tog till sig den komparativa diskussionen i litteraturen och åberopade komparativa insikter till grund för sina slutsatser och bl.a. uttalade 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.)

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 Kontraktforhold, 1958 s. 56 ff., Saxén, Skadeståndsrätt, 1975 s. 74 ff. och Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2003 s. 816 ff.).

Detta plötsliga och mycket positiva bejakade av internationella synsätt vad gäller ansvaret för ren förmögenhetsskada ändrade dock inte min inställning till två andra utvecklingslinjer varav den ena berörde *den arbetsrättsligt infekterade frågan om ersättning för skador tillfogade genom bojkotter och blockader* där Arbetsdomstolen tycktes ha gått för långt enligt det rådande politiska synsättet genom att rättsfallet AD 1989 nr 120 där AD fann de vidtagna blockadåtgärderna mot ett bekvämlighetsflaggat fartyg ansågs vara olovliga enligt medbestämmandelagen.

Lagstiftaren reagerade mot domen och en s.k. *Lex Britannia* infördes, troligen den enda gången hittills som de politiska makthavarna har reagerat så till den grad mot en dom som rör ansvaret för ren förmögenhetsskada att

man fann anledning till att ingripa med lagstiftarmakt. HD har emellertid betydligt senare återinfört en regel om sådant ansvar med stöd av argument hämtade från europakonventionens tillämpningsområde, genom att införa en *dolus-princip*. Det skedde genom rättsfallet NJA 2015 s. 899.

Det emellertid mest överraskande rättsfallet på detta rättsområde och som jag var övertygad om inte skulle leda fram till en helt ny rättsprincip genom prejudikat, rör den i aktiebolagslagen 29 kap. mycket omdiskuterade frågan om innebörden i begreppet ”*aktieägare eller annan*” som just avsåg frågan om svensk rätt på detta centrala skadeståndsområde, skulle välja ett långtgående ansvar mot tredje man.

För att kunna teckna bakgrunden till denna regel i 29 kap. 1 och 2 §§, vill jag först göra ett nedslag i en personlig händelse lite påminnande om vad jag nämnde om min kontakt med en fondkommissionärsfirma strax efter disputationen. Det var när numera professor Rolf Skog kontaktade mig rörande frågan hur man skulle tolka ansvaret gentemot just ”*aktieägare eller annan*”. I själva verket utgör detta en huvudfråga för det skadeståndsrättsliga skadeståndsansvaret.

Finns det ett sådant ansvar mot tredje man och hur långt sträcker det sig i så fall? Skulle man kunna tänkas tillämpa den s.k. *Kone-principen* fastslagen genom NJA 1987 s. 692 och begränsa ansvaret till de fall då den skadelidande tillhörde en på visst sätt avgränsad krets som ansågs ha haft en befogad tillit till vad styrelsen uttalat i årsredovisning och vad t.ex. revisorn uttalat i sin revisionsberättelse eller skulle ansvaret omfatta fler redogörelser eller professionella åtaganden av revisorn? Vilka skulle kunna lita på informationen och skulle man vara mindre restriktiv vid den bedömningen än vad jag anfört och ansluta sig till Roos kritik av ”*mitt*” floodgateargument?

Rolf Skog var tidigt en i komparativ aktiebolagsrätt väl bevandrad person, vilket inte minst denna skrift vittnar om, och han var angelägen om att jämföra sin egen uppfattning med vad jag anfört. Det fanns ju en rad olika uppfattningar inte bara i internationell doktrin utan även i rättspraxis, allt från den restriktiva tyska inställningen till den vidlyftiga uppfattning som Nial och Roos gjort sig till talesmän för. Kanske var det denna diskussion som fick Aktiebolagskommittén att fördjupa sig i normskyddet vad gäller bolagsorganens skadeståndsansvar i SOU 1995:44<sup>2</sup> och där avge ett av de enligt mitt förmenande viktigaste uttalandena om det utomobligatoriska

<sup>2</sup> Se a.a. s. 250 ff.

skadeståndsansvarets särart och det bär enligt mitt förmenande helt klart drag av den skarpsynthet som har varit Rolf Skogs signum:

Enligt Kleineman framstår det som anmärkningsvärt, att det organansvar som följer av aktiebolagslagen inte medfört att de med skadetyper ren förmögenhets-skada sammanhängande problemen uppmärksammats vid lagens tillkomst. Det är enligt honom märkligt, att aktiebolagslagen uppställer ett mycket omfattande ansvar för ren förmögenhetsskada som inte begränsas av någon formell spärregel, trots att riskerna för många skadelidande eller stora skador är påfallande stora inom det aktiebolagsrättsliga området. (Kleineman s. 307 f.) Kleineman framhåller att, när kretsen av skadelidande är stor, måste det ställas särskilda krav på ”närhet” mellan skadevällare och skadelidande om inte skadeståndsansvaret skall bli helt oproportionellt i förhållande till den vårdslöshet som förelegat. (s. 316) Dessa krav framträder visserligen inte med någon styrka när det gäller straffbara förfaranden såsom t.ex. svindleri men gör sig däremot gällande vid oaktsamma överträdelse för att förhindra att den oaktsamme organledamoten i t.ex. ett börsbolag blir skadeståndsskyldig mot ”the world at large”. För att inte ansvaret för organledamöter skall bli helt orimligt, finns det särskild anledning att beakta sambandet mellan det oaktsamma förfarandet och den inträffade skadan. Det bör ställas krav på en konkret och näraliggande relation mellan skadevällare och skadelidande. Avgörande för ansvarsbedömningen måste bli den tillit tredje man hyst till den på grund av oaktsamhet felaktiga information, för vilken organledamoten ansvarar.

Särskilda krav bör ställas på att den skadelidande kan styrka ett konkret orsakssamband mellan den påstådda oaktsamheten och den skada som kan läggas organledamoten till last. Ett direkt samband bör alltså föreligga mellan den felaktiga informationen i t.ex. ett prospekt och den skadelidandes agerande som i sin tur föranleder honom att fatta ett för honom skadligt beslut. Har den skadelidande däremot handlat på grundval av andrahandsinformation t.ex. massmediauppgifter, skulle skadan inte medföra rätt till ersättning. (s. 523) Kleinemans uppfattning har kritiserats av bl.a. Roos och Nial. Roos har hävdad, att Kleineman inte i tillräcklig grad beaktar den skadelidandes behov av ersättning och att någon inskränkning av den enligt 15 kap. 1 § andra meningen ersättningsberättigade kretsen inte kan ske utan lagändring. (Roos s. 49) Nial har uttryckt uppfattningen, att något praktiskt behov av att inskränka ersättningsrätten för dem som enligt traditionella normer har rätt till ersättning inte synes föreligga. (Nial s. 309) Enligt kommittén kan det ifrågasättas, om det nuvarande skadeståndsansvaret enligt aktiebolagslagen för organledamöter mot tredje man är alltför vidsträckt. Med hänsyn till den påtagliga risken för mycket stora skadeståndskrav och till att ett stort antal personer kan komma att vara berättigade till skadestånd, kan ett behov av någon form av spärregel anses föreligga för att

förhindra att skadeståndsansvaret får en orimlig omfattning. Att enbart lita till jämkningsreglerna i 15 kap. 4 § torde inte vara tillräckligt. Å andra sidan är det av ytterlig vikt, att den som avser att köpa aktier i ett bolag eller på annat sätt träda i förbindelse med detta kan lita på att uppgifter som lämnas i t.ex. bolagets årsredovisning eller revisionsberättelse är riktiga. Ett skadeståndsansvar är ägnat att inskräpa organföreträdarnas ansvar för sådana uppgifters riktighet. Begränsningar i detta ansvar måste alltså göras med viss försiktighet. En i och för sig tänkbar metod vore att begränsa ansvaret mot tredje man till vissa i lagen uppräknade kategorier av skadelidande. Det synes emellertid tveksamt om en sådan konstruktion skulle lösa det ifrågavarande problemet. Om ett aktiebolags organledamöter skall bära ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar mot tredje man för av oaktsamhet vållade rena förmögenhetsskador, måste grunden härför, såsom också är fallet i gällande rätt, vara deras plikt att efterfölja de bestämmelser i aktiebolagslagen eller bolagsordningen som syftar till att skydda tredje man eller att kontrollera att dessa iakttagits. Det torde vara bäst överensstämmande med detta lagens syfte att även i fortsättningen överlämna åt domstolarna i det enskilda fallet att avgöra vilka kategorier av tredje män som skyddas av den lagbestämmelse eller bestämmelse i bolagsordningen som organledamoten påstås ha överträtt. I doktrinen har hävdats, att remedier mot att skadeståndsansvaret blir orimligt vidsträckt ligger i särskilda krav på närhet mellan skadevällare och skadelidande bestående i ett direkt orsakssamband mellan skadevällarens förfarande och den skadelidandes på befogad tillit till oaktsamt lämnad information grundade handlande. Att dessa krav ligger nära det ”närhetsrekvisit” som av det brittiska överhuset uppställts i Caparo-målet, är enligt kommittén tydligt. Kommittén finner det också riktigt att sådana krav – som, överförda till svenska förhållanden, närmast torde innebära särskilt stränga villkor för att en skada skall anses adekvat orsakad – vinner beaktande i svensk rätt. Att i lag söka formulera dessa krav är, med hänsyn till de skiftande omständigheter som kan föreligga i olika fall, inte lämpligt. Kommittén anser det däremot angeläget att domstolarna vid sin prövning av denna typ av anspråk beaktar de risker för ett oproportionerligt skadeståndsansvar som kan uppkomma, och att en på rättspraxis grundad utveckling enligt nu antydda linjer kommer till stånd.

Detta var den första gången hittills så vitt är mig bekant som komparativa erfarenheter på den allmänna skadeståndsrättens område interagerat med förslag om hur de speciella skadeståndsreglerna på bolagsrättens område skulle kunna samverka. Dessa ord var naturligtvis väldigt glädjande för mig men de gick helt på tvärs mot vad auktoriteter som Nial och Roos hade uttalat. Min glädje var emellertid mycket kortvarig. Jag ”sågades” fullständigt av det arbete som presenterades av den ur rättskällesynpunkt helt avgörande proposition-

nen i frågan och jag kände tydligt att jag vid den tidpunkten satt ensam på en stubbe i skogen och framförde egendomliga synsätt. Detta framgår tydligt av hur propositionen behandlar kommitténs slutsatser och vad jag hade anfört:

Kommittén har diskuterat om man – såsom någon gång har förespråkats i doktrinen – vid skadeståndsprövningen bör ställa upp särskilda krav på närhet mellan skadevällaren och de skadelidande. För att skadestånd skulle utgå borde det, enligt detta synsätt, föreligga ett direkt orsakssamband mellan å ena sidan den av skadevällaren oaktsamt lämnade informationen och å andra sidan den skadelidandes handlande. Detta skulle närmast innebära att särskilt stränga villkor för att en skada skall anses adekvat orsakad införs i svensk rätt. Kommittén har emellertid ansett att det med hänsyn till de skiftande omständigheter som kan föreligga i olika fall inte är lämpligt att försöka formulera sådana krav på närhet i lag. Däremot har kommittén ansett det angeläget att domstolarna vid sin prövning av denna typ av anspråk beaktar riskerna med oproportionerliga skadeståndsansvar och att rättspraxis utvecklas i enlighet med det nu angivna synsättet.

Enligt regeringens uppfattning medger redan de nuvarande jämkningsbestämmelserna en rimlig avvägning mellan de olika intressen som här gör sig gällande. De närmare kriterierna för när jämkning bör komma i fråga bör enligt regeringens mening överlämnas till rättstillämpningen. För domstolarna bindande riktlinjer i enlighet med kommitténs resonemang skulle kräva lagreglering. Regeringen – som för sin del inte är övertygad om att sådana riktlinjer alltid skulle vara lämpliga – anser inte att det finns skäl för en sådan lagändring.

Det var ord och inga visor och att en tämligen omfattande komparativ rättslig diskussion inte ens tillmäts någon betydelse av lagstiftarbitrådet och – för att dessutom förstärka den icke-intellektuella attityden – ställs flera uppenbart felaktiga tankekedjor mot vad ”*någon gång har förespråkats i doktrinen*”.

Det påstås att beaktandet av vad som ligger i floodgateproblematiken skulle innebära ”*att särskilt stränga villkor för att en skada skall anses adekvat orsakad införs i svensk rätt*”. Någon hänsyn till detta bör inte tas eftersom man tydligen hade klurat fram i Regeringskansliet att det hela var väldigt enkelt eftersom det kan lösas med stöd av skadeståndsrättens *jämkningsprinciper*.

Eftersom emellertid skadorna kan uppstå under en lång tid och inte tvångsvis kan kumuleras av en domstol så kan naturligtvis inte en domstol vid s.a.s. den första tvisten avgöra hur mycket skadevällaren skall ersätta, eftersom det vid den tidpunkten kan vara svårt att avgöra hur många investerare som har blivit vilseledda av styrelsen och/eller revisorn.

Vore jämkning en lösning skulle floodgatediskussionen inte ha funnits. Vid sidan av jämkning tycks lagstiftaren inte här lämna något utrymme för

en av den moderna skadeståndsrättens ödesfrågor.<sup>3</sup> Till skillnad från arbetet i Aktiebolagskommittén framstår motsvarande analys i Regeringskansliet inför utarbetandet av propositionen som *ett rent hastverk*. Man är uppenbarligen inte inläst på problematiken, saknar praktiska erfarenheter eller komparativa utblickar och nöjer sig med vad man tror vara de ”*traditionella*” verktygen som här tycks först och främst vara jämkning, vilket således inte är ett i normalfallet användbart verktyg vid t.ex. masskador utsträckta över tiden. Det finns dock trösterika ord i propositionstexten. Man lämnar över frågan till rättstillämpningen, men efter att ha kategoriskt avvisat floodgateargumentet och uttalat att domstolarna kan antas hitta en bra avvägning av ansvaret med hjälp av jämkningsmetoden, dock utan att försöka analysera hur det skulle gå till.

Enligt mitt förmenande har vi här ett bra exempel på hur en noggrant genomförd utredning som presenterades av Aktiebolagskommittén utan någon egen analys från lagstiftarbiträdena i Regeringskansliet fullständigt avvisas på ett sätt som visar hur propositionsarbetet kan framstå som ett rent hastverk av slumpvis utvalda jurister som saknar all den expertkompetens som en utredning kan tillhandahålla.

#### 4. Skulle HD välja Aktiebolagskommitténs analys och ansvarsbedömning eller lagstiftarbiträdenas ståndpunkt i propositionen

Hur floodgateargumentet skulle hanteras i praxis borde väl nu ha varit en självklar sak genom det fullständiga avvisandet av den bedömning som jag liksom Aktiebolagskommittén hade gjort *med företrädare för Nials och Roos tanke* om att man skulle låta culpanormen skydda alla lika mycket. En annan uppfattning skulle ju gå emot lagstiftarens uttalanden i propositionen eller fanns det någon möjlighet att *ställd inför verklighetens rättsfakta* en prejudikatinstans skulle tänka annorlunda? Vågade man utmana lagstiftarbiträdenas tämligen klara men enligt mitt förmenande ogenomtänkta synsätt som i sin tur skulle medföra det mest långtgående skadeståndsansvaret i något rätts-system? Med den traditionella svenska synen med lagmotivens närmast bindande karaktär var väl saken klar?

Jag kom emellertid att involveras i ett mycket speciellt fall på ett tidigt stadium och som kom att utmynna i det mest betydelsefulla fallet på området

<sup>3</sup> Se prop. 1997/98:99 s. 188 ff.

och det första rent principiella rättsfallet, nämligen NJA 2014 s. 272. Som framgår av rubriken till rättsfallet rörde det frågan om *en revisors skadeståndsansvar enligt 29 kap. 1 och 2 §§ aktiebolagslagen mot annan än bolaget på grund av brister i revisionen av en årsredovisning*. Jag har diskuterat fallet från flera olika synvinklar på annat håll och skall därför i detta sammanhang begränsa mig till att behandla detsamma inom ramen för floodgatediskussionen.

Jag var ombedd att redan vid tingsrätten redogöra för de olika synsätten på frågan som förelåg och varför jag ansåg att man inte genom det aktuella fallet kunde undgå att ta ställning till frågan hur långt skyddet för tredje man sträckte sig enligt ABL. Trots en ingående redogörelse för floodgateproblematiken så nöjde sig tingsrätten med följande utsaga:

Sten Andersson, Svante Johansson och Rolf Skog, Aktiebolagslagen, En kommentar, del III, anger i sin kommentar till 29 kap. 1 § ABL följande. ”Den som kan utkräva ansvar enligt denna bestämmelse kan vara en enskild aktieägare, en borgenär, en anställd eller en annan tredje man.” I praxis synes frågan om begränsning av gruppen annan skadelidande tredje man inte ha varit föremål för prövning. Det finns mot nu angiven bakgrund inte skäl att tolka ”någon annan” i 29 kap. 1 § första stycket ABL restriktivt.

Trots att man således tydligt återger att det i lagkommentaren uttalas att frågan inte varit föremål för prövning och att man därför ställts inför ett välkänt problem, leder inte detta till slutsatsen att tingsrätten skall analysera den givna problematiken, utan istället till den rent absurda slutsatsen att man av det skälet att det inte finns någon vägledning i praxis istället inte har någon anledning att se restriktivt på frågan hur uttrycket ”någon annan” ska tolkas.

Således ett sådant rent *goddagyxskaft-resonemang* som vi numera allt oftare får räkna med när underrätter ställs inför svårare uppgifter. Hur kan avsaknaden av tidigare praxis leda fram till slutsatsen att man då inte behöver se restriktivt på frågan hur ”*eller annan*” skall tolkas? Utan att blinka och utan att förstå vad man gjort inför man i det ögonblicket *det mest långtgående skadeståndsansvaret i världen på bolagsrättens område*. Förmodligen dessutom utan den minsta insikt i detta förhållande. Bäst så!

I hovrätten tog man sats och uttalade i första vändan följande:

Begreppet ”någon annan” är språkligt väldigt vitt och kan som sådant i princip syfta på vem som helst. Det har också i förarbetena diskuterats om det inte finns behov av en begränsningsregel, både när det gäller ersättningsberättigade och belopp, med det har inte ansetts nödvändigt (se senast prop. 1997/98:99 s. 194 vilken proposition innehåller förslag till ändringar i den dåvarande aktie-

bolagslagens bestämmelser om bl.a. skadeståndsansvar). För att begränsa riskerna för oproportionerliga skadeståndsansvar föreslog Aktiebolagskommittén att det vid tillämpningen av dessa bestämmelser skulle uppställas särskilt stränga villkor på adekvat kausalitet; ”särskilda krav på närhet mellan skadevällare och skadelidande bestående i ett direkt orsakssamband mellan skadevällarens förfarande och den skadelidandes på befogad tillit till oaktsamt lämnad information grundade handlande”. Regeringen, som inte var övertygad om att sådana riktlinjer alltid skulle vara lämpliga, ansåg att det inte fanns skäl för en sådan lagändring. (Se SOU 1995:44 s. 251 f. och prop. 1997/98:99 s. 191 f.)

Här är det tydligt att man låtit propositionsuttalandena gå före Aktiebolagskommitténs mer inträngande analys. Samtidigt tar hovrätten hjälp av några allmänna skadeståndsrättsliga verktyg som antas komplettera den aktuella bedömningen. Hovrättens dom är klart mer ambitiös än den argumentmässigt trötta och ologiska tingsrättsdomen. Hovrätten uttalar bl.a. följande:

Lagstiftaren har överlämnat till rättstillämpningen att avgöra vilka kategorier av tredje män som ska omfattas av begreppet ”någon annan” i ABL:s skadeståndsbestämmelser.

Till det fogas – med en direkt hänvisning till det ovan berörda HD-fallet NJA 2009 s. 16 där ju HD något oväntat tog upp floodgateargumentet för första gången – en självständig bedömning av floodgateargumentet, och hovrätten uttalar nu följande:

H.J. och Daydream hade ingen direkt avtalsrelation. De skäl som HD anført för att tillerkänna en bostadsrättshavare rätt till tredjemansersättning vid sakskada på bostadsrättsföreningens fastighet gör sig dock enligt hovrättens mening gällande även i förevarande fall. Försäkringstagaren har i likhet med bostadsrättshavaren i många avseenden en ägarliknande ställning. Att i ett fall som det förevarande låta begreppet ”någon annan” omfatta försäkringstagare till en depåförsäkring bör heller inte skapa oklarheter om ansvarsförhållandena eller normalt antas leda till en ersättningskyldighet som är alltför långtgående eller svår att överblicka. Att aktier i allt högre omfattning ägs via kapitalförsäkringar i form av depåförsäkringar, liksom att revisionen därmed kan få en avgörande betydelse för sådana försäkringstagares aktieinvesteringar måste vara ett känt faktum för alla revisorer i börsnoterade företag. Eftersom skadan i detta fall inte drabbar den direkte aktieägaren utan i stället försäkringstagaren i egenskap av någon annan kan det enligt hovrättens mening inte innebära en oskälig utvidgning av revisorers skadeståndsskyldighet gentemot tredje män enligt aktiebolagslagen.

Floodgateargumentet accepteras som en rättslig princip, men majoriteten finner i sina domskäl att den krets som en försäkringstagare tillhör, har tydligen enligt hovrätten en ägarliknande ställning, som gör att man anser sig kunna applicera den princip som hade givits skydd enligt just äganderättsliga synsätt och som lagts fast i NJA 2009 s. 16. En ledamot av hovrätten kommer emellertid till ett annat resultat och även om denne inte explicit ser resonemanget som ett utflöde av floodgateargumentet så är det tveksamheter kring frågan vem som ”*annan*” som leder till att denne ogillar talan. Det som framhävs är det *närhetsbegrepp* som t.ex. utmärker *Kone-principen* sådan denna kom till uttryck i rättsfallet NJA 1987 s. 692. Vad gäller huvudprincipen resonerar minoriteten i avgränsningsfrågan annorlunda än majoriteten och uttalar följande:

För att kunna ta ställning till den frågan vill jag resonera kring frågor om möjliga konsekvenser av att se H.J. som ”någon annan”. I tidigare lagstiftningsärenden gällande frågan att begränsa kretsen ”någon annan” har innehavare av kapitalförsäkringar inte särskilt kommenterats. Av Finansinspektionens ovan nämnda promemoria framgår att det har blivit en kraftig ökning av antalet personer som innehar kapitalförsäkringar. Inspektionen menar därför att det finns ett behov av att ytterligare reglera försäkringstagares skyldigheter i förhållande till frågor om marknadsmissbruk m.m. Finansinspektionen tar inte upp frågor om rätt till skadestånd för innehavare av kapitalförsäkringar, eftersom den frågan inte har omfattats av uppdraget till inspektionen. Det förefaller som om ett flertal frågor kring utvecklingen av antalet kapitalförsäkringar och den stora omfattningen av s.k. passivt ägande av aktier är oreglerade i Sverige och inom EU. Det är därför svårt att förutse hur andra liknande produkter på marknaden ska bedömas i detta hänseende. Mot denna bakgrund förefaller det, i avsaknad av såväl tydliga uttalanden från lagstiftarens sida som vägledande avgöranden på det nu aktuella området, inte finnas en tillräckligt stabil grund för att ge H.J., låt vara i detta enskilda fall, en motsvarande rätt – som t.ex. en borgenär har – att göra gällande skada i egenskap av ”någon annan” när han närmast är att betrakta som en passiv aktieägare utan särskild avtalsrelation till Daydream.

Att detta resonemang får till följd att vare sig Akelius eller H.J. kan göra gällande skada gentemot revisorn förändrar inte den möjlighet som formella aktieägare i Daydream, dess borgenärer och andra som är att bedömas som ”någon annan” har att kunna framställa skadeståndskrav i anledning av revisionen.

Jag gör därför bedömningen att H.J. inte ska anses vara en ”annan person” i den mening som avses i 29 kap. 1 § första stycket ABL.

Att HD skulle ta upp frågan tror jag ingen var tveksam inför, men frågan var nu om – på sätt såväl tingsrätten som hovrätten uttalade – det kontroversiella uttalandet av propositionsförfattaren skulle också här ges företräde eller om HD ansåg att man skulle resonera på något annat sätt och i så fall på vilket sätt man ansåg sig kunna förbise de tämligen klara uttalandena i propositionen. Domen i NJA 2014 s. 272 är en mycket vidlyftig dom där en mängd olika frågor penetreras och kvaliteten är en helt annan än vad underrätterna lyckades prestera. HD tar sin utgångspunkt inte i propositionsförfattarnas resonemang utan i *den allmänna skadeståndsrätten*, vilket nog är ovanligt på aktiebolagsrättens område, och uttalar därvid initialt följande vad gäller den i svensk rätt traditionellt restriktiva inställningen till ansvaret för ren förmögenhetsskada:

Restriktiviteten har bl.a. att göra med vad som i angloamerikansk rättspraxis och rättslitteratur har kallats för the floodgate argument (översvämningsargumentet, även kallat dammlucksargumentet respektive flodvågsargumentet). Detta vilar på överväganden av olika slag. Ett gäller behovet av förutsebarhet sett från skadegörarens (och eventuell försäkringsgivares) sida. Ett annat övervägande rör den betungande ersättningskyldighet som ett ansvar skulle kunna föra med sig för denne, bl.a. på grund av bristande proportionalitet mellan den skadegörande händelsen och ansvarets omfattning. Ytterligare ett övervägande avser de hantlingsmässiga svårigheter som ett ansvar mot en mycket stor krets skadelidande skulle kunna föra med sig. (Se om detta främst Jan Kleineman, *Ren förmögenhetsskada*, 1987, s. 131 ff. och Håkan Andersson, *Trepartsrelationer i skadeståndsrätten*, 1997, s. 31 ff., jfr bl.a. Lena Sisula-Tulokas, *Ren ekonomisk skada*, 2012, s. 57 f. och 192 f.; såvitt gäller 2 kap. 2 § skadeståndslagen kan också hänvisas till bl.a. prop. 1972:5 s. 157).

Därefter för HD in diskussionen på lydelsen av själva lagtexten i 29 kap. 1 och 2 §§ ABL och uttalar därvid följande beträffande frågan vem som är ”*annan*”:

Bestämmelsen ger emellertid ingen närmare ledning beträffande vad som krävs för att ett sådant ansvar ska föreligga. Vägledning får i stället hämtas i den överträdde normens skyddsändamål. Detta styr förutsättningarna för ansvar och vilka som tillhör den skyddade kretsen (jfr bl.a. SOU 2008:79 s. 101 med hänvisning till NJA II 1946 s. 178 ff.).

Först sedan den allmänna skadeståndsrättens principer avhandlats kommer HD in på vad som anges i lagmotiven och då uttalas följande:

Vilken tillit som bör skyddas med avseende på den information som lämnas i en årsredovisning har berörts i förarbetena till aktiebolagslagen. Det betonas där att den som träder i förbindelse med bolaget har rätt att lita på att bolagsorganen har fullgjort sina lagliga skyldigheter. Ett exempel som nämns är att en fordringsägare på grund av en felaktig årsredovisning har förletts att lämna den givna krediten eller att inte säkra sin fordran (jfr NJA 1996 s. 224). Att kretsen av skadelidande kan vara stor och att de ersättningsbelopp som kan aktualiseras kan bli betydande noteras, vilket föranleder påpekandet att en rimlig avvägning mellan olika intressen får göras genom en tillämpning av jämningsbestämmelserna. Bestämningen av de närmare kriterierna för när jämkning bör komma i fråga överlämnas till rättstillämpningen. (Se prop. 1997/98:99 s. 188 ff.).

Nu tvingas ju HD ställa floodgateargumentet mot den i propositionen enda anvisade principen nämligen jämkning vad gäller frågan hur man ska kunna hålla skadeståndsansvaret inom rimliga gränser. HD tar därefter ett enligt mitt förmenande genialt grepp för att ”*runda*” de lösa och ogenomtänkta uttalandena i propositionen, genom att helt enkelt påpeka att lagmotiven utgår från en underförstådd och aldrig prövad premiss, nämligen att det hela blott skulle vara fråga om att begränsa ett redan på förhand fastställt ansvar och uttalar därvid:

Det finns i anslutning till dessa uttalanden anledning att notera två förhållanden. Det första är att resonemanget utgår från att frågan angår en begränsning av ett redan konstaterat skadeståndsansvar. Emellertid utgör en avvägning mellan motstående intressen av det slag som anges en fråga av mer principiell natur. Dessutom låter sig avvägningen knappast göras först vid bestämningen av skadeståndets storlek. Den bör i stället ses som främst ett spørsmål om hur långt ansvaret sträcker sig, dvs. för bestämning av ansvarsgränsen (jfr resonemanget i Ds 2013:16 s. 68 ff. beträffande den s.k. sekundärkretsen vid prospektansvar). Det andra förhållandet som det finns anledning att notera är att förarbetsuttalandena utgår från att vilken hänsyn som ska tas till olika intressen ska styras av kriterier, vars innehåll det överlämnas åt rättstillämpningen att bestämma. Med utgångspunkten att det rör sig om att bestämma gränsen för ansvaret och inte om en begränsning av ett ansvar som redan har konstaterats, så får den rättsbildning som har åsyftats avse vilka kriterier som bör gälla för ansvarsgränsen.

HD för därefter ånyo in allmänna skadeståndsrättsliga argument som man låter basera sina slutsatser på, för att lösa frågan vad som kan anses utgöra *befogad faktisk tillit* och anger följande:

Mot den bakgrunden finns det ett utrymme för att beträffande sådan oaktsam revision som faller utanför svindleriregleringen bestämma ansvarsgränsen under särskilt hänsynstagande till de överväganden som hänför sig till översvämningsargumentet, dvs. förutsebarhet för skadegöraren, proportionalitet mellan den skadegörande händelsen och ansvarets omfattning samt praktisk hanterlighet. Adekvanskravet är inte alltid tillräckligt för att tillgodose dessa intressen. Det finns därför anledning att kvalificera vad som krävs för att tillit till de uppgifter som finns i en årsredovisning ska anses vara befogad. Med förhållandevis högt ställda krav i det hänseendet – sammantaget med ett visst hänsynstagande till översvämningsargumentet även vid bestämningen av det hypotetiska händelseförlopp som ska läggas till grund för en skadeberäkning (se p. 47) – kan en rimlig balans mellan det skadegörande handlandet och dess skadeståndsrättsliga konsekvenser uppnås.

På sätt som görs i främmande rättsordningar – som t.ex. amerikansk rätt – avskiljer man tredjemansansvar baserat på brottslig gärning – och då framför allt svindleri – mot den s.k. normalgraden av oaktsamhet. Den skadeståndsrättsliga tillitsprincipen preciseras här för det utomobligatoriska skadeståndsansvaret på bolagsrättens område genom att HD slår fast följande:

Vad som är att anse som befogad tillit ska därför bestämmas på så sätt att endast tillit av en viss styrka och relevans för den förlustbringande transaktionen kan grunda rätt till ersättning. Det sätt på vilket innehållet i årsredovisningen har kommit den skadelidande till del får därmed betydelse liksom vad för slags transaktion det rör sig om.

Från dessa allmänna tillitsresonemang för HD sedan över analysen till det konkreta fallet om en revisors ansvar för den granskade årsredovisningen gentemot de aktieförvärvande köparna för börskursen och ännu en gång kommer tillitsresonemanget tillbaka med stöd av floodgateargumentets olika beståndsdelar och HD slår därvid fast en för revisorskåren helt grundläggande och ny ansvarsregel:

De överväganden som hänför sig till översvämningsargumentet – förutsebarhet för skadegöraren, proportionalitet mellan den skadegörande händelsen och ansvarets omfattning samt praktisk hanterlighet (se p. 17 och 25) – talar också starkt emot ett så vidsträckt ansvar. Vad särskilt gäller den praktiska hanterligheten finns det anledning att framhålla, att ett ansvar som omfattar börskursens riktighet riskerar att inte bara leda till en mycket stor krets av skadeståndsberättigade, utan också till en betydande svårighet att beräkna skadan eftersom orik-

tigheten i årsredovisningen skulle behöva isoleras från alla andra faktorer som kan ha påverkat börskursen.

Av det sagda följer att en genom börskursen förmedlad tillit till årsredovisningens riktighet i allmänhet inte bör vara tillräcklig för att en revisor ska kunna göras ersättningsskyldig för en felaktig årsredovisning (här bortses då från det fallet att så grov oaktsamhet föreligger på revisorns sida, att det är fråga om ett svindleribrott, jfr p. 25). Omständigheterna i detta fall är inte sådana att det finns anledning att frånga denna normalordning.

Vad som utgår från först en allmän tillitsprincip förs sedan över med hjälp av konkreta förhållanden på bolagsrättens område med en given slutsats, nämligen att när det gäller revisorers ansvar mot investerare medför ”*förtroendebrott för skadegöraren, proportionalitet mellan den skadegörande händelsen och ansvarets omfattning samt praktisk hanterlighet*” att de förra inte bör bära ett ansvar mot de senare vid fall av normal oaktsamhet utan endast vid grov oaktsamhet dvs. svindleri.

Slutsatsen sammanfattas på följande mycket eleganta och tydliga sätt:

Befogad tillit föreligger i allmänhet om en årsredovisning typiskt sett utgör en väsentlig del av det konkreta underlag som läggs till grund för ett affärsbeslut rörande en affärsförbindelse med bolaget eller en transaktion avseende aktier eller andra instrument som bolaget emitterar. En genom börskursen förmedlad tillit till årsredovisningens riktighet är däremot i regel otillräckligt för att en revisor ska kunna göras skadeståndsansvarig.

För den som studerat den internationella judikaturen på området framstår detta som en närmast briljant avvägning mellan skadelidandeintresset och skadevållarproblematiken där man med hjälp av floodgateargumentet når till en lösning som befriar skadevållare från ansvar vid risk för masskadeansvar.

## 5. Rättskällekampen mellan Aktiebolagskommittén och lagförarbetena får en lösning med fördel till kommittén

HD har enligt mitt förmenande lyckats återställa en viss harmoni mellan den allmänna skadeståndsrättens principer och tolkningen av skadeståndsansvaret enligt 29 kap. 1 och 2 §§ ABL, genom att med andra ord (om än innehållsmässigt detsamma som hade uttryckts av Aktiebolagskommittén) återinföra floodgateargumentet. Det sker genom att man utgår från den

allmänna skadeståndsrättens principer om normskydd och genom att byta utgångspunkt i förhållande till propositionsförfattaren, nämligen genom att påpeka att *det inte handlar om principerna för begränsande av ansvaret i förhållande till vad som skulle eljest gälla, utan att fastställa hur ansvaret egentligen är att uppfatta.*

Genom att välja en helt annan utgångspunkt i den frågan, kan man tillåta sig att använda floodgateargumentet utan att bli bunden av ”den enda väg” som propositionsförfattarna tillät nämligen jämkning som uppenbarligen inte räcker till i sammanhanget. Med stöd av *två skadeståndsrättsliga byggstenar*, den befogade tillitens relevans och floodgateargumentet, kan man på ett effektivt sätt utforma skadeståndsansvaret ”*mot annan*” enligt ABL 29 kap. 1 och 2 §§ så att det inte är fråga om en begränsningsregel. Här gäller principen att *hönan kommer före ägget* och då behöver inte den ohanterliga jämkningsargumentationen tillgripas!

Den skadelidande har haft fog för att fästa tillit till årsredovisningen vid ställningstagandet till det berörda samgåendeavtalet och villkoren för transaktionen men tillit till börskursen motiverar inte något sådant skadeståndsansvar som käranden gjorde gällande. Med hänsyn till syftet med samgåendeavtalet och omständigheterna i övrigt kunde nämligen bristerna i det granskade bolagets årsredovisning avseende en goodwillpost och föreliggande återbetalningsskyldighet inte anses ha varit ägnade att motivera ett allvarligt övervägande av ett annat handlande än att ansluta sig till samgåendeavtalet och det finns då inte något tillräckligt samband mellan de två felaktigheterna i årsredovisningen och den skadelidandes beslut att ansluta sig till samgåendeavtalet för att ett skadeståndsansvar skulle föreligga.

En av de svåraste skadeståndsrättsliga ansvarsprinciperna innebär i praktiken en lösning som återanvänder de resonemang som Aktiebolagskommittén hade brukat, måhända med hjälp av vad som brukar betecknas som *judikaturen*.

Märkligt nog har rättsfallet NJA 2014 s. 272 blivit mycket omdiskuterat och ifrågasatt. Särskilt bolagsrättsprofessorn Jan Andersson har från ett renodlat aktiebolagsrättsligt perspektiv ifrågasatt vad HD kom fram till. Jag har därvid bl.a. invänt att HD inte alls utesluter ett ansvar vare sig för styrelseledamöter eller revisorer, baserat på oaktsamhet, när det föreligger vad som i domen bl.a. betraktas som *särskilt närhetsrekvisit* och även utan sådant närhetsrekvisit, när fråga är om brottslig gärning t.ex. vilseledande av en större krets *när fråga är om sådan grov oaktsamhet som rymms inom brottsbalkens bestämmelse svindleri*. Utan att här gå närmare in på uppfattningen så

stämmer det väl med t.ex. vad som numera förefaller vara utgångspunkten i anglo-amerikansk rätt. Att vidga ansvaret på den finansiella sektorn så att aktiebolagsrättsliga organföreträdare har ett obegränsat ansvar "*to the world at large*" har där uttryckts som en viktig utgångspunkt ända sedan Justice Cardozos berömda ord i *Ultramares case*.

Kampen mellan lagmotivens ord i propositionen och vad Aktiebolagskommittén uttalade har således hittills utfallit så, att kommitténs komparativa insikter givits företräde, dock med ett elegant ordval som inte direkt "*kör över*" vad lagstiftarbiträdena uttalade. Det innebär likväl i praktiken ett klart företräde för vad kommittén uttalade, utifrån vad jag valt att anta utgör Rolf Skogs kloka analys.