

Bör ansvarsregeln avseende ren förmögenhetsskada i SkL tas bort?*

JAN KLEINEMAN

1 Inledning

Allt kändes nytt och fräscht höstterminen 1972 när jag påbörjade mina juridikstudier. Att påföljande höst få läsa Jan Hellners nyutgivna lärobok i skadeståndsrätt som hade ersatt Karlgrens framställningar i ämnet var ett betydande lyft. Hellners framställningssätt lyfte fram den nya skadeståndslagen på ett spännande sätt även om en stor tilläggsreform avseende personskador skulle följa blott tre år senare. Skadeståndslagen framstod som en elegant lagstiftningsprodukt som inte gjorde något försök att reglera alla de teoretiskt komplicerade frågor som skadeståndsrätten inrymmer.

Det rörde sig om en ramlag som enligt uttryckliga förarbetsuttalanden i propositionen inte fick läggas till grund för motsatsslut. För övrigt måste Hellner ha haft stor nytta av de omfattande lagförarbetena där särskilt propositionen 1972:5 framstår som ett utmärkt komplement till de allmänna rättsgrundsatser – nya såväl som gamla – som uttrycks i lagtexten. Vad som från början måste ha varit tänkt som ett antal begränsade specialreformer avseende principalansvar, begränsat arbetstagaransvar, barns skadeståndsansvar m.m. kom att utformas som en generell skadeståndslag. En absolut nyhet i lagen var tillkomsten såväl av en legal definition av begreppet ren förmögenhetsskada som en därtill knuten ansvarsregel.

Det var på ett sätt oväntat eftersom lagen i övrigt oftast undvek legaldefinitioner. Att ren förmögenhetsskada fick den prominenta ställningen var nog närmast ett uttryck för en slumpmässig omständighet. Lagrådet hade observerat att ren förmögenhetsskada i propositionen hade givits en mer blygsam roll men Lagrådet påpekade att vad som uttalats i propositionen närmast

* Har tidigare publicerats i Skadeståndslagen 50 år, Iustus Förlag, 2022 s. 197 ff.

hade karaktären av en självständig definition och rättsregel och lade den förra till grund till ett uttalande redan i lagens första kapitel.

Begreppet ren förmögenhetsskada var vid den tidpunkten tämligen nytt i svensk rätt där man dittills snarare hade arbetat med uttrycken direkt tillfogad förmögenhetsskada eller allmän förmögenhetsskada. Det senare var dock ett vidare begrepp som innefattade många former av tredjemansskador där någon annan kunde ha tillfogats person- eller sakskada. Medan allmänna förmögenhetsskador av den arten förblev oreglerade i den nya lagen kom således den mer precisa definitionen av ren förmögenhetsskada att läggas till grund för en ansvarsregel. Vad som gällde för övriga förmögenhetsskador lämnade lagstiftaren över till rättspraxis och doktrin. Något paradoxalt uttalades i lagförarbetena att lagtextens sammankoppling mellan ren förmögenhetsskada och brottsliga gärningar inte heller de fick läggas till grund för motsatsslut utan även den frågan överlämnades till rättspraxis och doktrin.

När jag många år senare som tämligen ung professor inventerades av en av Europas ledande skadeståndsspecialister professor Christian von Bar i Osna-brück att delta i utarbetandet av ett utkast till en europeisk skadeståndslag som var tänkt att utgöra en avdelning i en europeisk civillagbok kom jag att involveras i ett magnifikt komparativt idéutbyte. Vi ägnade åtskillig tid åt grundläggande begrepp som oaktsamhet, orsakssamband och ställdes då inför betydande metodologiska problem. Här drabbade common-law systemets pragmatism samman med tysk och annan kontinentaleuropeisk kodifikationsteknik. Inget var längre självklart. Jag fann mig plötsligt driva en linje som jag beskrev som svensk nämligen att den föreslagna lagtexten skulle hållas kort och enkel och att man borde undvika att behandla svårare teoretiska spörsmål eftersom lagtexten skulle vara intellektuellt tillgänglig för praktiserande jurister utan speciella teoretiska kunskaper i skadeståndsrätt. Något till min förvåning kände jag en tilltagande uppskattning för det arbete som skadeståndslagens fäder hade lagt ner där således enkelhet och tydlighet prioriterats framför att lösa svårbedömbara teoretiska spörsmål. Jag upplevde också att arbetsgruppen för att undvika en komparativrättslig batalj tog visst intryck av de synpunkter jag lade fram.

Det slutförslag som arbetsgruppen lade fram för den gemensamma sammanslutning som hade att ta fram det tilltänkta lagförslaget till en civillag blev emellertid starkt kritiserat. Någon eller några hade uppenbarligen kommit fram till att förslaget var för simpelt och att man borde skriva något mycket mer sofistikerat. Under en gemensam sammankomst i Helsingfors presenterades efter en kritisk granskning av vårt förslag en rättsteoretisk

mardröm som enligt utmattningens princip kom att flyta in i den slutliga lagtexten i civillagboken. Detta hastverk kom också att bli starkt kritiserat i den europeiska debatten som tysk begreppsjurisprudens där särskilt framstående och mäktiga tyska juristprofessorer drabbade samman i vad som kanske skulle kunna beskrivas som tävlingen ”vem är smartast”.

Min tanke under detta uppslitande händelseförlopp var hur skickligt man hade undvikit att göra skadeståndslagen till en rättsfilosofisk debattartikel tillgänglig endast för ett fåtal. Den svenska lagen undvek såväl att förklara vad som menades med en rättsstridigt orsakad skada, vad som utgör en orsakad skada och vad innebörden av begreppet oaktsamhet är. Dessa och många andra komplicerade frågor har förblivit ämnen som domstolar och den juridiska litteraturen har kunnat ägna sig åt att utveckla.

2 Ren förmögenhetsskada i skadeståndslagen

Med den svenska metoden hade det nog varit naturligt att lämna såväl definitionen av begreppet ren förmögenhetsskada som ansvarsregeln utanför lagtexten och den prominenta ställning som lagtexten idag innefattar var ju mer ett resultat av ett antal slumpmässiga faktorer och Lagrådets plötsliga inlägg än lagförfattarnas avsikt. Eftersom allmänna förmögenhetsskador klokt nog förblev oreglerade såväl ur definitionssynpunkt som från ett ansvarsregleringsperspektiv kan det ju inte vara självklart med en så avgränsande definition av ren förmögenhetsskada. Något oroväckande var dessutom ansvarsregeln för rena förmögenhetsskador. Att de som skrev lagförslaget var fullt medvetna om att begreppet ren förmögenhetsskada var en innovation och att ansvarsregeln inte fick läggas till grund för motsatslut framgår med önskvärd tydlighet i propositionstexten.

Man gjorde där även klart att det redan vid lagens tillkomst fanns exempel på ersättningsgilla skador i utomobligatoriska förhållanden som inte tarvade förevaror av brottslig gärning. Förarbetenas insiktsfullhet gick emellertid längre än så. Det klargjordes explicit att lagtextens ansvarsregel inte utgjorde något som helst hinder mot en fortsatt rättsutveckling av ansvaret för ren förmögenhetsskada.

Vad som emellertid utgör ett särskilt problem är att vid tillkomsten av skadeståndslagen det ännu i svensk rätt ej fanns en genomtänkt lära om det s.k. skyddade intresset. Denna lära torde ha växt fram under mitten av 1970-talet. Den rättsregel som således numera återfinns i 2 kap. 2 § SkL (ursprungligen i 2 kap. 4 § SkL) innefattar således ett formidabelt tolkningsproblem.

Det finns dels sådana situationer då en skada förorsakats genom brott men där den skadelidande likväl inte är berättigad till ersättning av skadevällaren, dels fall då det inte föreligger brottslig gärning men ersättning för utomobligatorisk ren förmögenhetsskada likväl kan utgå. Ett klassiskt exempel på den första gruppen är smuggling av tobaksvaror som möjliggör försäljning till ett lägre pris än om skatt och andra avgifter hade utgått. Varusmugglingsbrottets skyddsintresse är inte hederliga konkurrenter på den interna marknaden utan fiskus intresse att uppbära ersättning enligt vad lag stadgar.

När det gäller den senare gruppen uttalades redan i propositionen flera exempel ur äldre rättspraxis som t.ex. ansvaret för vederhäftighetsintyg. Jag har för min del utgått från några fall som kan beskrivas som vilseledande av annan än kontraktspart där culpanormen kan tillämpas om det föreligger befogad faktisk tillit hos den skadelidande. En ytterligare grupp är uppsåtliga konkurrensskador där HD accepterat kvalificerat otillbörligt ingrepp i andras rättsförhållanden. Något överraskande var det att HD även accepterat en dolusprincip i arbetsrättsliga förhållanden med analogier hämtade från konkurrensfallet om det föreligger i vart fall ett åsidosättande av europakonventionen för mänskliga rättigheter m.m. Eftersom HD här tycks ha utgått från förevaro av en allmän svensk rättsprincip om dolusansvar har jag personligen ställt frågan varför denna allmänna rättsprincip endast skulle kunna tillämpas vid åsidosättande av europakonventionen. Frågan är dock brännhet och man får förhoppningsvis invänta ytterligare vägledning från prejudikatinstansen.

Mot bakgrund av de tolkningsproblem som här föreligger av 2 kap. 2 § SkL blir frågan vilken verklig betydelse detta lagrum kan antas ha vid bedömning av utomobligatoriska rena förmögenhetsskador. De som motsatt sig ett borttagande av bestämmelsen har anfört att den skulle kunna betraktas som en huvudregel, d.v.s. en slags presumtion för att rena förmögenhetsskador ersätts företrädesvis vid brottsliga gärningar. Syftet skulle då kanske vara att ge domaren anledning att mer noga överväga om ersättning kan utgå än om regeln inte fanns. Bestämmelsen skulle då ha en avhållande effekt mot ett alltför kraftigt utvidgande av ersättningen för ren förmögenhetsskada. Borttagande av bestämmelsen i 2 kap. 2 § SkL skulle rentav kunna uppfattas som att lagstiftaren skulle förespråka en kraftig utvidgning av skadeståndsansvaret. Mot detta har anförts att ren förmögenhetsskada alltid utgör ett betydande tillämpningsproblem när nya fall aktualiseras.

Det har således påpekats att även i det fall lagstiftaren uttryckligen infört ett ansvar mot tredje man det likväl kvarstår ett betydande tillämpningspro-

blem som brukar sammanfattas i begreppet flood-gate argumentet. Begreppet vann inträde i svensk rättspraxis när HD hade att pröva det aktiebolagsrättsliga skadeståndsansvaret mot ”aktieägare eller annan”. HD klargjorde att formuleringen till trots inte innebar att envar som t. ex. gjort investeringar baserade på en revisors rena revisionsberättelse inte omedelbart var berättigade till skadestånd även om revisorn varit oaktsam och väl kunnat förutse vilka beslut som skulle kunna komma att fattas på grundval av den rena revisionsberättelsen. Flood-gate argumentet är en plausibel förklaring till att rena förmögenhetsskador inte kan hanteras som person- och sakskador och detta oberoende av om fråga är om lagreglerat eller inte lagreglerat ansvar.

3 Är den påstådda huvudprincipen ett s.k. skenargument?

Ett rimligt krav som borde kunna ställas på en lagtext är att densamma har en normalspråklig innebörd som gör att densamma kan läggas till grund för förståelsen av hur en rättsregel skall uppfattas. Så är inte fallet med ansvarsregeln avseende ren förmögenhetsskada i 2 kap. 2 § SkL. Om man väljer att se bestämmelsen som en huvudprincip återstår för lagtolkaren att självständigt pröva när densamma inte skall tillämpas. Detta leder fram till slutsatsen att det under alla omständigheter måste vara en fråga om hur domarskapad rätt skall tillämpas. I den svenska rättstraditionen har aldrig s.k. ”judge made law” framstått som en central fråga trots att många av privaträttens rättsnormer antingen förblivit oreglerade i lag eller som i skadeståndslagen uttryckta i generella ordalag. Om skälet till denna aversion skall hänföras till en politiskt betingad ovilja att tillerkänna domaren en rättsskapande makt i konkurrens med lagstiftaren eller om den skall ses som ett uttryck för att domstolar skall vara återhållsamma med att formulera nya rättsgrundsatser kan säkerligen diskuteras. Personligen tror jag att vid tillkomsten av skadeståndslagen så sågs inte ansvaret för ren förmögenhetsskada som ett centralt rättsproblem. Det var först senare som t.ex. professionsansvar och annat ansvar för vilseledande information framträdde som relevanta rättsfrågor.

På en punkt kan jag hysa förståelse för dem som misstror enskilda domares förmåga att ”rekonstruera” nya rättsregler. Det blev jag varse när aktiebolagslagens ovan berörda bestämmelser om ansvar mot ”aktieägare eller annan” prövades av Stockholms tingsrätt i det betydelsefulla rättsfallet NJA 2014 s. 272. Där tog sig Stockholms tingsrätt för att vid tolkningen av hur man avgränsade kretsen av ersättningsberättigade vid tolkningen av lokutionen

”eller annan” att hitta på något mycket sällsamt. Att sedan man konstaterat att det saknades praxis i frågan dra den märkliga slutsatsen att det ”mot nu angivna bakgrund” inte förelåg några särskilda skäl att tolka ”någon annan” i 29 kap. 1 § 1 st. ABL restriktivt.

Således hittade tingsrätten på en allmän princip med innebörd att vid avsaknad av praxis man inte behöver se restriktivt på frågan hur man skall fastställa den skadelidande kretsen. Var fick tingsrätten den rättsgrundsatsen från? Kanske är det just den domarattityden som kan förklara att den svenska lagstiftaren inte var så förtjust i domarskapad rätt. Problemet var i just det fallet att fråga var om ett formellt lagreglerat fall av ansvar för ren förmögenhetsskada men där lagstiftaren använt ett så generellt uttryck att samma rättsskapande problem uppstår som föreligger vid tillämpningen av 2 kap. 2 § SkL. Exemplet visar också att den rättsskapande aktiviteten i avsaknad av vägledande prejudikat inte bara är en fråga för prejudikatinstansen utan är en fråga som kan hamna på envar underrättsdomares bord. I ett sådant fall som det nu berörda hade en underrättsdomare haft att göra en undersökning av det s.k. flood-gate argumentets betydelse och inte bara ”tycka till” i rättsfrågan. Tyvärr upplevs inte så få samtida underrättsdomare som ointresserade när det gäller att ”knäcka” på intressanta rättsfrågor.

Trots att tillgången ständigt ökar på rättskällematerial genom datorisering så upplever åtminstone jag att underrättsdomare anser sig sakna tid att ägna sig åt djupare forskning i rättskällematerialet. Jag avstår från att gå in på frågan om vidareutbildningen av domare tillerkänns mindre betydelse än vad t.ex. den obligatoriska utbildningen som ledamöter av advokatsamfundet årligen har att genomgå men jag erinrar mig när jag en gång satt med en hovrättspresident i ett skiljeförfarande när frågan dök upp. Denne uttalade därvid ”vidareutbildning för domare?”. Vi kan ju definitionsmässigt svara på allt enligt principen ”jura novit curia”. Invändningen förblev okommenterad då.

4 Att avreglera eller inte?

I samband med en rättstvist vid en amerikansk domstol hade en svensk advokat blivit tillfrågad av en av parterna om ansvaret vid ren förmögenhetsskada enligt svensk rätt. Advokaten återgav då lagtextens ordalydelse i 2 kap. 2 § SkL utan att gå närmare in på det tolkningsproblem som här ovan behandlats. Detta uppfattades av den amerikanska domstolen som att här förelåg en kraftig spärregel som förhindrade domstolen att tillämpa vad som enligt amerikansk common law skulle ha varit utslagsgivande vid den

rättsliga bedömningen. Man kan visserligen inte förvänta sig att en utländsk domstol skulle göra en självständig prognos av det svenska rättsläget, men om motparten hade ingivit en komparativ rättsutredning där utfallet av amerikansk rätt framstod som en förnuftig slutsats och där inget förhindrar en svensk domstol att resonera på motsvarande sätt skulle nog den amerikanska domstolen tolka svensk rätt på samma sätt som amerikansk. En förfärlig tanke vore om den amerikanska domstolen i stället för ett förnuftsmässigt gott resultat skulle tolka 2 kap. 2 § SkL i strid mot tydliga lagförarbeten e contrario.

Trots att det således kan finnas vissa betänkligheter mot att tillerkänna underrättsdomare att känna sig alltför fria att utforma nya rättsregler så kvarstår problemet att rättsbildning genom praxis inte är en exklusiv sysselsättning för prejudikatinstansen utan något som kan dyka upp i all dömande verksamhet. Att tolka gällande rätt är något mer än att tolka en lagtexts ordalydelse. Med den utgångspunkten menar jag att det inte går att reducera ansvarsregeln i 2 kap. 2 § SkL till en slags huvudregel eftersom en domare knappast kan i ett sådant fall undgå att pröva alternativa rättsliga argument för ett ”vidgat” skadeståndsansvar. Denna tolkningsoperation måste med nödvändighet innefatta att en domare har att pröva mer rättspolitiskt fristående argument till stöd för en annan slutsats än den som följer av en restriktiv tolkning av 2 kap. 2 § SkL.

Det sagda leder till slutsatsen att den vägledning en domare eller den rättsökande allmänheten får vid läsandet av 2 kap. 2 § SkL är så bristfällig att lagtexten snarare är ägnad att leda till felaktiga slutsatser än om ingen lagtext fanns. Varför skall ren förmögenhetsskada vara lagreglerad när allmän förmögenhetsskada inte är det?

Vid en avvägning mellan den återhållande effekt som ansvarsregeln i 2 kap. 2 § SkL således kan tänkas ha mot alltför generösa underrättsdomares vilja att döma ut ersättning för ren förmögenhetsskada och den otydlighet som ansvarsregeln trots allt präglas av framstår enligt mitt förmenande en avreglering att föredra. Avsaknaden av en lagbestämmelse avseende allmän förmögenhetsskada har aldrig medfört några problem i praxis. Det är domstolarnas skyldighet att utreda de rättspolitiska förutsättningarna för att utdöma ersättning och de kan inte gömma sig bakom en oklar ansvarsregel. Att dessutom bestämmelsen i 2 kap. 2 § SkL huvudsakligen saknar motsvarighet i andra rättssystem visar att regeln knappast tillför något.

Jag började denna framställning med att berömma den enkla elegans som huvudsakligen präglade 1972 års skadeståndslag. Jämförelsen med skade-

ståndskapet i DCFR utfaller klart till svensk fördel. Att DCFR på denna punkt fått omfattande kritik såväl från teoretisk utgångspunkt som från mer praktiska synvinklar och därmed läsbarheten för ”vanliga” jurister är nog ostridigt. Svåra skadeståndsproblem löses sällan med komplicerade lagregler så en avreglering av den nu aktuella bestämmelsen ligger således helt i linje med skadeståndslagens ursprungliga intentioner.