

Moraliska risker vid ansvarsförsäkring – En probleminventering¹

JESSIKA VAN DER SLUIJS

1. Inledning

Försäkringsväsendet bygger på en solidaritetstanke. Försäkring innebär att den enskilde är en del av ett kollektiv som bär förlusterna, som pulvreras mellan flera. Att teckna en försäkring kan i sig betraktas som en moralisk handling – en vilja att bidra till det kollektiva och tagande av ett kollektivt ansvar. Att teckna försäkring är att hjälpa andra, att fördela tillgångar mer rättvist och skapa jämlikhet. Varje försäkringstagare ska betala premie för rätt risk och ha rätt till ersättning under samma förutsättningar. Lika fall ska behandlas lika. Försäkring bygger också på en lojalitetstanke. Den som innehar kunskaper om det som försäkrat är den försäkrade själv. Det är också den försäkrade som har kunskaper om det händelseförlopp som utgör försäkringsfall. Försäkringsgivaren är tvungen att lita på att den försäkrade och den försäkrade handlar lojalt vid tecknande av försäkring och vid utredning av försäkringsfall. Försäkring bygger vidare på tanken att den i sig inte förändrar risken för att skada ska inträffa. Försäkring kan endast fördela kostnaden för inträffad skada.

Dessa grundläggande tankar med försäkring fungerar dock inte alltid i praktiken. Forskning av främst ekonomer visar att förekomsten av försäkring kan förändra risken för att en skada ska inträffa. Försäkringstagare kan på ett illojalt sätt nyttja försäkringssystemet för att nå personliga fördelar. Individen kan göra sig skyldig till ett beteende som är girigt, själviskt och som medför en personlig vinning på andras bekostnad. Beteendet aktualiseras på flera plan – individen tillskansar sig ett försäkringsskydd till en lägre premie än andra försäkringstagare och kräver försäkringsersättning denne enligt villkoren

¹ Stort tack till Adj. professor Harald Ullman för värdefulla kommentarer på ett tidigare utkast till denna artikel.

inte har rätt till. Sanningar justeras och historier tillrättsläggs så att individen, personligen, ska få ut mesta möjliga ersättning. Det individuella intresset, den personliga vinningen, går före det kollektiva intresset, solidariteten.

Den senaste finanskrisen 2008 har åter aktualiserat det fenomen som innebär att en enskild banks finansiella risker spiller över på andra banker och i förlängningen på det finansiella systemet.² Samma fenomen äger rum inom ramen för försäkring; den enskildes risktagande medför att förlusterna bärs av kollektivet. På sätt och vis är en sådan fördelning hela syftet med försäkring, men i denna uppsats ska fenomenet när den försäkrade anpassar sitt beteende på grund av att det finns försäkring i syfte att nå personlig vinning belysas. Fenomenet, som av ekonomer kommit att kallas för *moral hazard*, ska belysas inom en särskild försäkringsform – ansvarsförsäkringen. Föremålet för studien är företagsförsäkring, även om vissa konsumenträttsliga frågor kommer att beröras. I denna uppsats undersöks: vilka de moraliska riskerna vid ansvarsförsäkring är, och vilka verktyg som finns för att kontrollera dessa risker. Ämnet visade sig aktualisera svåra frågor som t.ex. avtalstolkningsfrågor samt gränsen mellan kontraktuellt och utomobligatoriskt ansvar. Avsikten här är inte att göra en mer ingående analys av dessa frågor. Syftet med denna uppsats är att identifiera de beteenden som kan anses utgöra moraliska risker vid ansvarsförsäkring och *översiktligt* redogöra för de verktyg som står till buds för att kontrollera dessa risker.

1.1 Moraliska risker

Vad är en ”moralisk risk”? Begreppet är hämtat från den rättsekonomiska doktrinen, där fenomenet *moral hazard* har behandlats på ett akademiskt plan.³ I den rättsekonomiska doktrinen delas försäkringsrisker in i tre kategorier. Dels har försäkringsgivaren att ta ställning till en fysisk risk (*physical*

² Se t.ex. Rosa Maria Lastra, Lender of last Resort, an international perspective, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 48, 1999 s. 340, Gustav Sjöberg, Lagen om statligt stöd till kreditinstitut, Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience, Financial Stability Forum, April 2008, JT 2008–09 s. 579, Eleonor Kristoffersson, Statsstöd i ekonomisk kris, EU och den globala krisen (2010) s. 171 ff. med litteraturhänvisningar, Thomas Ordeberg, Hantering av finanskrisen i EU – rättsliga och institutionella aspekter, EU och den globala krisen (2010) s. 23 ff. med litteraturhänvisningar.

³ Se t.ex. Carol A. Heimer, Reactive risk and rational action – Managing Moral hazard in Insurance Contracts, University of California Press (1985), Christopher Parsons, Moral Hazard in Liability Insurance, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 28 No 3 (July 2003) s. 448–471, Seth Chandler, The Interaction of the Tort System and Liability

hazard), dvs. en risk som följer med ett föremåls natur eller dess omständigheter. Det kan vara t.ex. att en bostad är belägen i ett högriskområde.⁴ Vidare har försäkringsgivaren att ta ställning till en rättslig risk (*legal hazard*), vilket innebär att avtal, rättsregler eller andra normer påverkar risken för försäkringsfall. Det ligger nära till hands att anta att ansvarsförsäkringen är känslig för just rättsliga risker även om Bengtsson har nyanserat det antagandet och visat att det finns andra faktorer som i högre grad påverkar risken vid ansvarsförsäkring än ändrade skadestandsregler.⁵ Den moraliska risken (*moral hazard*) är en risk som kopplas till den försäkrade personligen. En moralisk risk är sålunda en ökning av sannolikheten för skada, eller risken för skadans storlek som beror på attityden eller karaktären hos den försäkrades eller försäkringstagarens person. De fysiska och de legala riskerna är vid en viss tid, i viss mån, fixerade, medan den moraliska risken innehåller ett element av fritt val: den försäkrade vet om att det finns försäkring som eventuellt täcker skadan, och anpassar sitt beteende därefter. I personförsäkringsrättsliga sammanhang talas ibland om *oelastiska* och *elastiska* risker, där de senare är sådana som kan påverkas av personliga överväganden.⁶ Gränsen mellan risker som påverkas av personliga överväganden och övriga risker är inte skarp. Det har hävdats att existensen av försäkring skapar sociala mekanismer som tenderar att öka omfattningen på risker som anses försäkringsbara och som förtjänar kollektivets skydd.⁷

Problemet med moraliska risker behandlas i doktrinen främst i bemärkelsen att en person på grund av existerande försäkring blir mer benägen att orsaka en skada, eller mer benägen att underlåta att förhindra en skada, eller fabricera skador t.ex. genom att överdriva omfattningen på skada eller helt enkelt hitta på en skada. Det kan gälla personskador av olika slag som sjukdomar, arbetsskador eller andra olycksfall, saksador som uppsåtligt framkallande bränder eller hopdiktade stölder, men det kan även vara andra typer av skador, som t.ex. förmögenhetsbrott eller avbrott i näringsverksamhet. Feno-

Insurance Regulation: Understanding Moral Hazard, Conn. Ins. L.J. Vol. 2 (1996) s. 91–178, Deborah A. Stone, Beyond Moral Hazard: Insurance as Moral Opportunity, Conn. Ins. L.J. Vol. 6, (1999–2000) s. 11–46, Steven Shavell, On the Social Function and the Regulation of Liability Insurance, The Geneva Papers on Risk and Insurance (2000), Vol. 25, No. 2 s. 166–179.

⁴ Heimer a.a. s. 29.

⁵ Bertil Bengtsson, Försäkringsteknik och Civilrätt (1998) s. 120 ff.

⁶ Mia Carlsson, Arbetsskada – samspelet mellan skadestånd och andra ersättningsanordningar (2008) s. 111 med hänvisningar.

⁷ Stone, a.a. s. 13.

menet att försäkringstagare är mer benägna att orsaka skador när försäkring finns som täcker förlusten har i svensk rätt kommit att behandlas i diskussionen kring skadeståndets preventiva effekt.⁸

I denna uppsats behandlas moraliska risker i en utvidgad bemärkelse. Moraliska risker behandlas inte endast i den nyss nämnda bemärkelsen utan även försäkrads handlande som syftar till att *foga in* en redan inträffad skada under försäkringens täckningsområde behandlas. Ett exempel vid ansvarsförsäkring kan vara att en försäkrad vid skadeanmälan och skaderegleringen felaktigt påstår att skadan orsakats genom vårdslöshet när det kanske i själva verket var fråga om en uppsåtligen orsakad skada som exkluderas från försäkringens täckningsområde. Man kan även tänka sig att en försäkrad felaktigt påstår att en skada är orsakad av vårdslöshet när det i själva verket var fråga om en ren olyckshändelse, som inte heller täcks av en ansvarsförsäkring.

Gemensamt för de moraliska riskerna är alltså, till skillnad från de övriga riskerna, att dessa är knutna till *den försäkrades person*. Människor som skyddas från konsekvenserna av ett riskfullt beteende t.ex. genom att teckna försäkring kan vara benägna att ta risker. Man kan fråga sig vad det beror på. Ofta beskrivs moralisk risk som synonymt med *karaktärssvaghet*, eller ”bad character”.⁹ En metod för att bekämpa dessa risker är att försäkringsgivaren vidtar bättre underwriting, som t.ex. en utredning av den potentielle försäkringstagaren. Resultatet kan vara att vägra försäkringsskydd åt ”hopplösa fall” och fastställa högre premier vid tveksamma fall. Även en *ekonomisk realitet* är en faktor som kan utgöra en moralisk risk. Genom att teckna försäkring flyttas den ekonomiska risken från den försäkrade till försäkringsgivaren. Genom att teckna försäkring mister den försäkrade ett incitament att se över andra möjligheter att minska den ekonomiska risken.¹⁰ I dessa fall måste det finnas andra incitament för att minska risken för skada, som t.ex. självrisker, biförpliktelser eller undantag i försäkringsvillkoren. Man kan även tänka sig att risken uppstår genom en *kombination* av ”omoraliskt” risktagande och eko-

⁸ Se t.ex. Hjalmar Karlgren, Skadeståndsrätt (1969) s. 13, Jan Hellner, Försäkringsrätt (1965) s. 389, Bertil Bengtsson, Ansvarsförsäkring och skadestånd – är det dags för en omprövning? i Vänbok till Erland Strömbäck (1996) s. 21 ff., Filip Bladini, Preventions-tanken i den skadeståndsrättsliga utvecklingen, i Vänbok till Erland Strömbäck (1996) s. 55 ff., Carlsson, a.a. s. 110 ff., A. Vinding Kruse m.fl. i debattserien Preventionen i ersättningsrätten – finns den?, SvJT 1987 s. 397 ff.

⁹ Heimer, a.a. s. 35.

¹⁰ Heimer, a.a. s. 35.

nomisk rationalitet. Ansvarsförsäkringens många osäkerhetsmoment gör att en försäkringstagare blir benägen att tänja på gränserna helt enkelt för att det är möjligt att göra det. Blotta möjligheten att genom försäkringen täcka förluster kan trigga en rationaliseringsprocess som kan resultera i att den försäkrade anpassar sitt beteende efter förekomsten av försäkring. Finns incitament att tänja på regler, begrepp och sanningar finns risken att det också kommer att ske.

I sammanhanget ska nämnas att *den försäkrade* inom företagsförsäkring är oftast själva företaget medan den som handlar eller underlåter att handla är en fysisk person som identifieras med företaget.¹¹ Även om man normalt anser att det bara är fysiska personer som kan ha eller sakna en moral lär det finnas det exempel på företag som agerar i enlighet med en företagsmoral som företagsledningen står bakom eller låter finnas.

Något ska också sägas om *kronologin* i de moraliska riskerna. Medan den fysiska och kanske också den legala risken är i någon mån fixerad vid tidpunkten för försäkringsavtalets ingående kan den moraliska risken aktualiseras under hela försäkringsförloppet. Det kan aktualiseras vid tecknandet av försäkringen, när premien ska fastställas. Den försäkrade kan här välja att dölja eller förtiga omständigheter eller uppge oriktiga upplysningar. Under försäkringsavtalets löptid kan den försäkrade framkalla försäkringsfall, eller förvärra dess följder. Vid ansvarsförsäkring finns en risk att den försäkrade vid inträffad skada medger skadeståndsskyldighet eller agerar i samråd med den skadeliande. Man kan också tänka sig att den försäkrade underlåter att anmäla försäkringsfall i tid med följd att det blir svårare att fastställa en korrekt ersättning. Slutligen kan man tänka sig att den försäkrade underlåter att medverka vid skaderegleringen på ett adekvat sätt, genom att t.ex. vägra att inkomma med relevant dokumentation. Den moraliska risken aktualiseras sålunda inte endast vid skadans inträffande, utan över hela försäkringsavtals-tiden.

1.2 Ansvarsförsäkringens särdrag

Alla försäkringsformer är föremål för olika slags moraliska risker. Vid personförsäkring finns risken att en försäkrad diktat ihop t.ex. ryggbesvär. Vid

¹¹ Ang. identifikation vid företagsförsäkring se Birger Nydrén, Identifikation samt förhållandet mellan biförpliktelser i företagsförsäkring, Uppsatser om försäkringsavtalslagen (2009) s. 102 ff.

brandförsäkring finns risken att den försäkrade själv tänder på den försäkrade egendomen. Ansvarsförsäkring är en form av skadeförsäkring, men försäkringens särskilda karaktär innebär att också de moraliska riskerna får en särskild karaktär.

För det första är alltid tre parter inblandade vid ansvarsförsäkringsfall: försäkringsgivaren, den försäkrade som också är skadevällare och den skadelidande. Vid ansvarsförsäkring är det sålunda inte den försäkrade som lidit den primära skadan, utan en tredje man som blivit offer för den försäkrades oaktsamhet. En sådan trepartskonstellation är en utmärkt grogrund dels för *intressekonflikter* av olika slag. Försäkringsgivaren och den försäkrade har gemensamma intressen som står emot den skadelidandes intressen, t.ex. när det gäller att fastställa om försäkringsfall föreligger eller inte. Den skadelidande med direktkravs rätt och försäkringsgivaren kan ha gemensamma intressen som står emot den försäkrades intressen, t.ex. när försäkringsgivaren mot den försäkrades vilja vill reglera skadan. Den försäkrade/skadevällaren och den skadelidande kan ha gemensamma intressen som står emot försäkringsgivarens intressen, t.ex. när den försäkrade vill nyttja ansvarsförsäkringen för att täcka en förlust hos den skadelidande trots att det är tveksamt om denne är skadeståndsskyldig.

Trepartskonstellationen utgör vidare en utmärkt grogrund för olika slags *informationsasymmetrier*. Den skadelidande har kunskap om själva skadan som inte skadevällaren eller försäkringsgivaren har. Skadevällaren har kunskap om handlandets karaktär som inte den skadelidande eller bolaget har. Bolaget har kunskaper om försäkringsavtalet och skaderegleringsprocesser som de övriga parterna kanske bara har en vag uppfattning om. När dessa kunskaper ska kommuniceras mellan de tre parterna finns en risk för att informationsasymmetrier uppstår. Risken för informationsasymmetrierna kan nyttjas för att skapa *kollusioner* av olika slag. Man kan tänka sig att skadevällaren och den skadelidande intar en gemensam uppfattning om ett t.ex. händelseförlopp som försäkringsgivaren sedan har svårt att motbevisa.

Ytterligare ett karaktärsdrag hos ansvarsförsäkring är att *försäkrat intresse* är ett skadeståndsansvar. Att det är skadeståndsansvaret som utgör försäkringsfall, och inte själva skadan, kan komplicera så gott som alla försäkringsavtalsrättsliga frågor som uppstår i samband med skaderegleringen. Bara sådana grundläggande frågor som när försäkringsfall inträffar, vad som är ett försäkringsfall, eller *när* en skadehändelse ska anmälas till bolaget kan vara svåra att

besvara vid ansvarsförsäkring. De skadeståndsrättsliga bedömningarna är i sig komplicerade. Var handlandet vårdslöst? Förelåg orsakssamband mellan handlandet och skadan? Gjorde den skadelidande sig skyldig till medvållande?

Ett annat karaktärsdrag är att skadan inte alltid inträffar vid en fixerad tidpunkt, vilket är fallet t.ex. när en fastighet brinner upp. I stället är det inte ovanligt att skadan, och därmed skadeståndsansvaret, s.a.s. kommer smygande. Ett projekt där en beställare ska uppgradera ett IT-system kan ta flera år. I ett sådant projekt, med många inblandade både från konsultens och från beställarens sida, kan det vara svårt att fastställa vilken den skadegörande handlingen är, och också när skadan inträffade. Vidare kan risken vid ansvarsförsäkring vara en långvarig risk (en s.k. *long-tail-risk*). Det betyder att försäkringen kan täcka skador som *orsakats* under försäkringstiden trots att dessa visar sig först mycket långt efter den skadegörande handlingen, och även lång tid efter det att försäkringen har upphört att gälla. Den s.k. orsaksprincipen var modellen enligt 1927 års FAL. Om en händelse har inträffat under försäkringstiden är bolaget vid ansvarsförsäkring enligt 91 § GFAL skyldigt att vid ansvarsförsäkring utbetala ersättning 'ändå att skadan har yppat sig först senare'. Bestämmelsen är dispositiv och i försäkringsavtalen föreskrivs också andra täckningsperioder. Andra metod är att täcka händelser som *inträffar* eller *anmäls* under försäkringstiden, eller att täcka händelser som *upptäcks* under försäkringstiden.¹²

2. Moralisk risk hos den försäkrade

2.1 Den försäkrade framkallar skada

Att den försäkrade, som också är skadevällare, är mindre aktsam än vad denne skulle ha varit om ansvarsförsäkring inte fanns, med följd att denne skapar risker som inte skulle skapats om försäkring inte fanns, är en klassisk moralisk risk. Det kan t.ex. vara fråga om att den försäkrade i syfte att spara tid och kostnader på sitt arbete underlåter att genomföra kvalitetskontroller i förlitan på att försäkringen ska täcka eventuella förluster. Det kan också vara fråga om en försäkrad som uppträcker att ett uppdrag håller på att misslyckas och som underlåter att meddela sin uppdragsgivare och försäkringsbolaget om händelseförloppet, och därmed orsakar en större skada än nödvändigt.

¹² Se vidare Bertil Bengtsson, Harald Ullman och Sven Unger, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden* (2009) s. 143 ff.

Försäkringstekniskt kan sådana beteenden vara att anse som framkallande av försäkringsfall. Enligt 8 kap. 11 § FAL är försäkringsbolaget fritt från ansvar mot en försäkrad som har framkallat ett försäkringsfall uppsåtligen eller genom grov vårdslöshet. Detsamma gäller om den försäkrade annars måste antas ha handlat eller underlåtit att handla i vetskap om att detta innebar en betydande risk för att skadan skulle inträffa. Bestämmelsen innebär en skärpning i förhållande till GFAL i den bemärkelsen att bestämmelsen i FAL inkluderar viss medveten oaktsamhet samt handlande eller underlåtenhet i vetskap om att det innebär en betydande risk.¹³ Av andra stycket framgår att bolaget är fritt från ansvar mot den försäkrade i den utsträckning förhållandet har påverkat skadan om den försäkrade har förvärrat följderna av skadan.

Sådant handlande kan även anses ske i strid med räddningsplikten. Av 4 kap. 7 § (som enligt 8 kap. 12 § tillämpas även vid företagsförsäkring) framgår att den försäkrade vid försäkringsfall efter förmåga ska vidta åtgärder för att hindra eller minska skadan. För att nedsättning ska komma i fråga krävs att den försäkrade uppsåtligen eller grovt vårdslöst har åsidosatt sina skyldigheter. För att ett brott mot räddningsplikten ska vara för handen krävs vidare att försäkringsfallet ska ha inträffat eller varit omedelbart förestående. Vid ansvarsförsäkring, där ansvaret kommer successivt, kan det vara svårt att fastställa en sådan tidpunkt. Enligt Bengtsson ska man vid tillämpningen av paragrafen ställa sig frågan om den försäkrade uppfattat att en skada inträffat eller varit på väg att inträffa och om han förstått att han kunde begränsa skadorna. I så fall kan man i allmänhet tala om uppsåt.¹⁴

Vid tillämpning av bestämmelserna ställs försäkringsgivaren inför en rad bevisvärigheter. Försäkringsgivaren ska bevisa vad en försäkrad insåg eller måste ha insett vid viss tidpunkt, och också att detta förhållande har påverkat skadan. Ansvarsförsäkringsavtal är därför ofta försedda med en s.k. *moral-klausul* som undantar skador som den försäkrade *bort* förutse, vilket är lättare att styrka. Villkoret kan lyda ungefär ”Försäkringen gäller inte heller för skada som uppkommer under sådana omständigheter, att det för den försäkrades företagsledning eller arbetsledning borde ha stått klart att skada med stor sannolikhet skulle komma att inträffa och som de skäligen hade kunnat förhindra.” Villkoret ger försäkringsgivaren möjlighet att undanta skador om den försäkrade borde ha insett risken för skada, och inte bara om den försäk-

¹³ Prop. 2003/04:150 s. 466, Bertil Bengtsson, Försäkringsavtalsrätt (2006) s. 340 f., Erland Strömbäck, Något om den renoverade försäkringsavtalslagen, JT 2004–05 s. 369.

¹⁴ Bengtsson, a.a. (2006) s. 270.

rade de facto har insett risken för skada.¹⁵ Det finns också en ganska omfattande praxis, äldre visserligen, från Skadeförsäkringens villkorsnämnd om villkorets tillämpning.¹⁶ Formuleringen i 8:11 FAL har inneburit att moralklausulen bättre överensstämmer med dispositiv rätt, även om formuleringen ”borde ha stått klart”, som är vanligt i villkoren, innebär klausulen fortfarande en skärpning i förhållande till FAL där den försäkrade ”måste antas ha handlat” i vetskap om risken.¹⁷

För att på ett tidigare stadium i försäkringsförhållandet möta de moraliska risker som består i att den försäkrade framkallar en skada kan försäkringsgivaren försöka *välja ut* lämpliga försäkringstagare, vilket är lättare sagt än gjort. En underwriter lär ha vittnat om att bolagen på 60-talet gjorde det enkelt för sig genom att helt enkelt välja bort potentiella försäkringstagare med vissa typer av yrken, som t.ex. körsnärer, skrothandlare, krögare, journalister eller en person ”vaguely connected with showbiz”.¹⁸ *Upplysningsplikten* i FAL syftar till att försäkringsgivaren ska kunna göra en bedömning dels om försäkring ska beviljas över huvud taget, dels vilken premie som ska fastställas. Vid ansvarsförsäkring är villkoren prissatta efter fastställda tariffer som beaktar en statistiskt beräknad skaderisk för verksamheten i fråga. För de flesta verksamheter bestäms premien även med hänsyn till verksamhetens individuella risker. Att flera skador tidigare uppkommit i verksamheten medför som regel en förhöjning av premien, medan ett gott skaderesultat kan medföra att premien sänks.^{19 20}

¹⁵ I doktrinen har klausulen behandlats av bl.a. Bertil Bengtsson, *Försäkringsrätt – Några huvudlinjer* (2005) s. 39, Peter Lagerström, *Företagsförsäkring* (2007) s. 243 ff., Erland Strömbäck, *Något om den renoverade försäkringsavtalslagen*, JT 2004–05 s. 369, och Harald Ullman, *Försäkring och ansvarsfördelning* (2006) s. 92 f. och 217 ff.

¹⁶ Se t.ex. SkVN 109/1983, SkVN 131/1981, SkVN 27/1974, SkVN 4/1987, SkVN 85/1995 och SkVN 37/1992.

¹⁷ Bengtsson, a.a. (2005) s. 39, som anser att formuleringen ”borde insett” innebär en för långtgående ansvarsbegränsning.

¹⁸ Parsons, a.a. s. 452 vid not 6.

¹⁹ Bengtsson, Ullman och Unger a.a. (2009) s. 139 f.

²⁰ En fråga i sammanhanget är om bolagen kan vägra att teckna försäkring. För konsumenter råder en *kontraheringsplikt* enligt 3 kap. 1 § FAL som inte finns vid företagsförsäkring (jfr 8 kap. FAL). Som utgångspunkt är det sålunda fritt fram att vägra vissa personer att teckna ansvarsförsäkring. Vissa yrken är förenade med försäkringsplikt. Sålunda finns ansvarsförsäkringsplikt för fastighetsmäklare är skyldiga att ha ansvarsförsäkring enligt 6 § fastighetsmäklarlagen (2011:666), försäkringsförmedlare har försäkringsplikt enligt 2 kap. 5 § 1 stycket respektive 2 kap. 6 § 1 stycket försäkringsförmedlingslagen (2005:405), pant-

Försäkringsskydd är så gott som alltid förenat med någon slags *självrisk*. Självriskens syfte är att försäkringsbolagen ska slippa kostnaderna för att reglera småskador, men självriskens har också ett preventivt syfte. Vid ansvarsförsäkring brukar självriskens ha utformning som ett grundbelopp samt en viss procent på överskjutande belopp.

En metod som tillämpas vid premiesättningen är s.k. *experience rating*, vilket betyder att försäkringsgivaren beräknar premien efter skadehistoriken. Experience rating är en effektiv metod för försäkringstagaren att beräkna premien, ett rättvisat sätt ur försäkringskollektivets perspektiv och ett effektivt sätt att kontrollera moraliska risker. Ansvarsförsäkring är dock ofta en långvarig risk, vilket betyder att lång tid förflyter mellan den skadegörande handlingen och anspråket på försäkringsersättning. Det kan innebära att en skadehistorik inte ger adekvat information om den försäkrade risken. Att den försäkrade inte har drabbats av något skadefall under de senaste åren betyder inte nödvändigtvis att denne varit särskilt aktsam. Metoden verkar inte heller vara allmänt brukad i svensk rätt.²¹

En försäkringsgivare kan också välja att försäkra den aktuella risken samtidigt som man förser detta skydd med ett separat försäkringsbelopp, en s.k. *sublimit*. En försäkringsgivare kan då erbjuda ett utvidgat skydd för t.ex. ren förmögenhetsskada om skyddet i relation till den försäkrade verksamheten i övrigt representerar en liten del av den totala riskbilden. En sublimit kan sålunda utbetalas av försäkringsgivaren utan att nämnvärt stör försäkringsgivarens premiekalkyl.²²

Många ansvarsförsäkringar för VD och styrelse, s.k. Director and Officers-insurance (D&O), innehåller villkor enligt vilka ersättning inte utgår för anspråk som grundas på eller är en följd av att försäkrad erhållit otillåten ersättning, förmån eller annan vinning. Villkoret har udden riktad mot det omo-

banker enligt 15 § pantbankslagen (1995:1000) och revisorer enligt 27 § revisorslagen (2001:883). Att det finns ansvarsförsäkring är då ett led i att få tillstånd för att utöva det aktuella yrket. Det är finansinspektionen som utövar tillsynen, och som därmed ska tillse att det finns försäkring i enlighet med författningen. Att yrkesutövandet förutsätter att gällande ansvarsförsäkring finns kan vara problematiskt. Vad händer om en potentiell skadegörare med försäkringsplikt vägras försäkring, kanske på grund av tidigare försummelser mot försäkringsbolaget? En situation kan uppstå när det ytterst är försäkringsbolaget som bedömer vilka som får utöva den aktuella verksamheten, en uppgift som bolaget kanske inte vill ta på sig.

²¹ SOU 2002:1 s. 50.

²² Ullman, a.a. (1999) s. 108.

raliska beteendet som består i att styrelseledamoten blir skadeståndsskyldig för en åtgärd som han har vidtagit i strid med sina skyldigheter som styrelseledamot, där åtgärden har lett till *ekonomisk vinning* för honom eller henne. Om inte det undantaget fanns skulle den försäkrade styrelseledamoten kunna tjäna ekonomiskt på försäkringsfallet, vilket vore ett incitament till att begå sådana skadeståndsgrundande handlingar – och därmed en grund för en moralisk risk.

Ansvarsförsäkringar som är tecknade enligt den s.k. *orsaks-* eller *inträffande-principen* innebär att försäkringen täcker händelser som orsakas eller inträffar under försäkringstiden trots att skadorna visar sig först långt senare. Försäkringar tecknade enligt principen kan vara förenade med moraliska risker, eftersom den möjliggör att försäkring tecknas varpå försäkringstagaren gått i konkurs när skadan sedermera visar sig. Detta har visat sig ha utnyttjats av mindre nogräknade försäkringstagare. I USA finns exempel på företag som har som enda syfte att ta hand om miljöfarligt avfall. Bolagets enda tillgång är mark där avfallet dumpas. När skadan upptäcks har bolaget för länge sedan gått i konkurs eller upphört att existera. De flesta rättsordningar har i dessa fall en direktkravs rätt för den skadelidande, vilket innebär att försäkringsgivaren får ansvara för dessa skador. Fenomenet har kommit att kallas för ”hit and run” eller ”looting” (plundring).²³

En metod som kan eliminera dessa långvariga risker är att meddela försäkring enligt *claims made-principen*. Med *claims made-principen* (eller ”kravprincipen”)²⁴ menas att försäkringen täcker händelser som anmäls under försäkringstiden, oavsett när de har orsakats. För att bolaget inte ska behöva ansvara för skador orsakade långt bakåt i tiden är *claims made-försäkringen* förenad med en retroaktiv tidsgräns, vilket betyder att skador orsakade före tidsgränsen faller utom försäkringen. Ett krav kan enligt vanliga villkor anses vara framställda t.ex. vid tidpunkten då den försäkrade eller bolaget för första gången mottar skriftligt skadeståndskrav från den skadelidande eller när bolaget för första gången från den försäkrade får en skriftlig anmälan om omständigheter som kan förväntas leda till att ersättningskrav framställs mot den försäkrade.²⁵

²³ Parsons, a.a. s. 460.

²⁴ Bengtsson, Ullman och Unger, a.a. (2009) s. 145.

²⁵ Se vidare Trine-Lise Wilhelmsen, Skjulte handlingsklausuler – forholdt mellom beskrivelse ansvarsförsäkring forsikringstilfellet og reglene om opplysningsplikt, meldeplikt, meldefrist og foreldelse, NFT 3/1999 s. 259.

Problemen med claims made-försäkringen kan uppstå vid byte av försäkringsgivare och befarad skadeståndsskyldighet. Situationen kan då inträffa att det före försäkringsavtalets ingående har inträffat händelser som är alltför obetydliga för att de ska kunna ses som försäkringsfall och falla inom ramen för den gamla försäkringen, men alltför konkreta för att den nye försäkringsgivaren ska vilja exkludera dem från försäkringsavtalet. Problemet blir att den försäkrade inte har försäkringstäckning för dessa fall i någon försäkring.

Claims made-försäkringar är därför ofta förenade med s.k. notifieringsklausuler, eller *Notice clauses*. Villkoret ger den försäkrade genom att meddela försäkringsbolaget omständigheter som påverkar eller kan komma att påverka försäkringsgivaren i händelse av skada rätt att få skadan täckt av den just då gällande ansvarsförsäkringen. En nackdel som har visat sig med dessa notice-klausuler är att vissa försäkringstagare s.a.s. ”dammsuger lådorna” och notifierar bolaget om alla slags omständigheter, även sådana som saknar substans. Det är kanske tveksamt om beteendet kan anses utgöra ett omoraliskt beteende från försäkringstagarens sida. Beteendet sker visserligen i syfte att försäkra sig om att en eventuell framtida skada ska fångas av den gällande försäkringen, och det måste en försäkringstagare ha rätt att göra, men om-dömeslös notifiering kan hur som helst skapa hanteringsproblem hos försäkringsbolagen. Det finns ingen svensk rättspraxis som belyser notifieringsklausulen, men däremot i engelsk rätt har den varit föremål för prövning.²⁶

2.2 Den försäkrade medger ansvar

Den som bäst kan bidra med relevant information i syfte att bestrida skadeståndsansvar är den försäkrade själv. Det är denne som har bäst kunskaper om själva handlandet och kanske också om orsakssambandet mellan handlandet och skada samt om adekvansen. En risk är att den försäkrade på ett eller annat sätt *medger* skadeståndsansvar. Här kan kollusioner mellan den försäkrade och den skadelidande ske genom att den försäkrade i förhållande till den skadelidande går med på att betala skadestånd och erkänner att denne har orsakat en skada på ett vårdslöst sätt. En skadevållare kan ha intressen av att ta på sig ett skadeståndsansvar kanske för att upprätthålla en värdefull kommersiell relation, eller för att man av något skäl fruktar följderna av att inte erkänna ett skadeståndsansvar. Medgivandet kan se ut på flera sätt. Det kan vara fråga om förlikningar av olika slag. I NJA 2009 s. 355 hade en ska-

²⁶ Se t.ex. H L B Kidsons v. Lloyd's Underwriters and Others, Court of Appeal, Case No: A3/2007/2450, 5 November 2008.

devällare ingått en förlikning med den skadelidande som bestod av flera delar: dels skulle ett visst belopp utbetalas, dels skulle aktier utställas till förmån för den skadelidande, dels överläts den rätt till ersättning som eventuellt kunde utgå från ansvarsförsäkringen på den skadelidande. Ett sådant beteende kan vara att anse som en moralisk risk i bemärkelsen att den försäkrade på grund av att det finns försäkring också blir benägen att ta på sig ett ansvar.

Försäkringsgivaren kan i en sådan situation åberopa 4 kap. 7 § FAL (som enligt 8 kap. 13 § FAL är tillämplig också vid företagsförsäkring). Av bestämmelsen framgår att den försäkrade vid försäkringsfall efter förmåga ska vidta åtgärder för att hindra eller minska skadan och, om någon annan är ersättningskyldig, bevara den rätt försäkringsbolaget har mot denne. Bestämmelsen, som stadgar den försäkrades *räddningsplikt*, tar sikte dels på skyldigheten att avvärja själva skadehändelsen, men också på att ta fram bevisning och att tillvarata försäkringsgivarens regressrätt. Bestämmelsen torde också omfatta den försäkrades skyldighet att avvärja skadeståndsskyldighet vid ansvarsförsäkring. Vidare kan försäkringsgivaren åberopa 7 kap. 2 § 1 stycket 1 meningen FAL (som enligt 8 kap. 19 § FAL är tillämplig också vid företagsförsäkring) där det stadgas att om den försäkrade försummat att följa försäkringsvillkor avseende skyldighet att medverka till *utredningen* av försäkringsfallet eller av bolagets ansvar, och försummelsen medfört skada för bolaget, kan den ersättning som annars skulle ha betalats till honom sättas ned efter vad som är skäligt. Skulle den försäkrade underlåta att göra det påverkar det enligt 2 meningens inte den skadelidandes rätt till ersättning, utan bolaget har i stället rätt att av den försäkrade återkräva en skälig del av vad som utbetalats till den skadelidande.

För att nedsättning av ersättning ska komma i fråga krävs att bolaget kan visa att detta har lidit någon slags skada på grund av försummelsen.²⁷ För bolagen är det i praktiken mycket svårt att bevisa att utredningen på grund av försäkringstagarens beteende har försämrats på ett sådant sätt att det medfört skada för bolaget. I praktiken är därför dessa biförpliktelser inte en framkomlig väg för att stävja risken att försäkringstagaren medger ansvar.

Det är, i alla fall vid företagsförsäkring, mycket vanligt med villkor i försäkringsavtalet som syftar till att förhindra den försäkrade att medge skadeståndsansvar. Ett sådant villkor har också effekten att det utgör ett incitament för försäkringstagaren att prioritera sin relation till försäkringsgivaren framför relationen till den skadelidande. Villkoret förbjuder den försäkrade att

²⁷ Hellner, a.a. (1965) s. 208, Bengtsson, a.a. (2006) s. 345 f.

medge skadeståndskrav om det inte är ”uppenbarligen lagligen grundat”. Sådana villkor har sin direkta motsvarighet i 94 § 1927 års FAL men i FAL saknas en motsvarande bestämmelse. Avsaknaden av sådana bestämmelser kritiserades av lagrådet och i propositionen bemöts kritiken med att villkoren är ovanliga och om ett sådant villkor ändå åberopas är det möjligt att ”utan vidare komma till rätta med det” med stöd av 36 § AvtL.²⁸ Lagstiftarens inställning förefaller att vara att eftersom villkor av detta slag är ovanliga krävs ingen särskild reglering. Lagstiftarens uppfattning om villkorets frekvens bygger emellertid på felaktiga förutsättningar. Av tio studerade försäkringsbolags ansvarsförsäkringsvillkor i företagsförsäkring framgår att villkoret är mycket vanligt förekommande. Det påträffades i samtliga studerade försäkringsavtal.²⁹

Det ovan nämnda avgörandet, NJA 2009 s. 355, innebär att det inte kommer att vara nödvändigt att jämka villkoren, som angivits i motiven. I stället har HD angivit hur villkoret ska tolkas. I målet hade ett fondbolag, Aragon, agerat oaktsamt i en värdepapperstransaktion, med följd att den skadelidande (vars fordran övertogs av Carnegie) förlorade stora belopp. Parterna förliktes sedermera i skadestandsfrågan. Carnegie nedsatte sin fordran och Aragon överlät en eventuell rätt till ersättning av ansvarsförsäkringsgivaren på den skadelidande som ett led i den slutliga uppgörelsen. Ansvarsförsäkringsgivaren bestred den skadelidandes anspråk med hänvisning till att den gjorda förlikningen skett i strid med ett sådant villkor. HD anser att förvärvet av försäkringstagarens rätt mot försäkringsgivaren *som full betalning* av skadeståndet anses strida mot ändamålet bakom villkoret och 94 § GFAL, vilket är att försäkringstagaren ska ha ett *ekonomiskt intresse* av att bestrida ansvar. Länsförsäkringar Sak befriades från ersättningsskyldighet.³⁰ Om en försäkringstagare har erkänt betalningsskyldighet betyder det, typiskt sett, att denne har ett försvagat ekonomiskt intresse av att bestrida ansvaret i skaderegleringen. Däremot kan erkännanden som ligger utanför ramarna för försäkringen vara förenliga med villkoret, eller erkännanden som är ”uppenbart lagligen grundade”.

²⁸ Prop. 2003/04:150 s. 231.

²⁹ Se t.ex. de allmänna ansvarsförsäkringsvillkoren hos Zürich, Länsförsäkringar, Folksam, Salus Ansvar, Gjensidige Försäkring, Trygg Hansa, Dina försäkringar, S:t Erik Försäkring, samt Försäkrings AB Göta Lejon.

³⁰ Om domen se Jessika van der Sluijs, Carnegiedomen, Stockholm Centre for Commercial Law:s årsskrift 2010 s. 419 ff.

2.3 Den försäkrade förhåller sig passiv

En risk som ligger den ovan beskrivna risken nära är att den försäkrade utan att direkt medge ett ansvar vägrar medverka aktivt vid skaderegleringen. När en skada anmäls till den försäkrade och sedan till bolaget finns en risk att den försäkrade förhåller sig helt passiv. Denne varken erkänner eller bestrider ansvar, utan anser det vara helt och hållet bolagets och den skadelidandes problem att reglera skadan. Inte heller inkommer denne med dokumentation eller medverkar vid möten etc. Försäkringsgivaren kan omöjligt känna till vilket relevant material som existerar i form av korrespondens, avtal och annan dokumentation. Bolaget kan vara helt beroende av den försäkrades medverkan när det gäller utredning av försäkringsfall. Om agerandet sker i syfte att endast den skadelidandes uppgifter ska utgöra grund för bedömningen vid skaderegleringen, vilket kan öka sannolikheten att händelsen betraktas som ett försäkringsfall, kan beteendet definieras som en moralisk risk. Ett sådant beteende träffas inte av ett villkor som beskrivits ovan. I NJA 2001 s. 255, som gällde mäklarförsäkring, förhöll sig den försäkrade helt passiv och lät själva skadestandsfrågan avgöras i tredskodom. Ansvarsförsäkringsgivaren bestred sedan ansvaret med hänvisning till ett sådant villkor som behandlats ovan enligt vilket bolaget är fritt från ansvar om den försäkrade medger skadeståndsskyldighet. I målet prövades frågan om det faktum att den försäkrade låtit en skadestandsfråga avgöras genom tredskodom utgjorde ett sådant erkännande i villkorets bemärkelse. HD fastställde att ordalydelsen i villkoret inte kunde anses innefatta domar avkunnande genom tredskodom och fastställde med stöd av oklarhetsregeln att bolaget fick ansvara eftersom villkoret var oklart formulerat.

Enligt FAL är den försäkrade skyldig att medverka vid skaderegleringen. I den skyldigheten ligger att inkomma med upplysningar och dokument. För att försäkringen ska täcka skadeståndsansvaret ska den försäkrade bland annat iakttä den ovan nämnda räddningsplikten i 4 kap. 7 § FAL eller plikten att medverka vid utredningen av försäkringsfallet i 7 kap. 2 § FAL. För att nedsättning enligt bestämmelserna ska komma i fråga krävs att bolaget har lidit någon förlust på grund av brotten mot biförpliktelserna, vilket i praktiken är mycket svårt för bolagen att styrka vid ansvarsförsäkring. För att skapa incitament för försäkringstagaren att medverka vid utredning av försäkringsfall kan försäkringsavtalet därför innehålla villkor som lyder ungefär enligt följande: "Konstruktionsritningar, tillverkningsplaner, recept, instruktioner,

avtal, bruksanvisningar, garantier och liknande handlingar som kan vara av betydelse vid skadestånd ska i rimlig omfattning bevaras. Om den försäkrade inte iakttar sina skyldigheter enligt dessa bestämmelser och det kan antas vara till väsentligt men för försäkringsgivaren är försäkringsgivaren berättigad till skäligt avdrag på den ersättning som eljest bort utgå.” Man kan tänka sig situationen att den försäkrade vägrar att inkomma med dokument med hänvisning till sekretess. En sådan invändning torde utgöra en grund för att vägra ersättning med hänvisning till villkoret.

I sammanhanget kan nämnas ordningen i *norska* FAL. I Norge har den skadelidande en generell direktkravs rätt vilket betyder att skaderegleringen huvudsakligen sker direkt mot den skadelidande. En sådan ordning ökar just risken för att den försäkrade förhåller sig passiv i skaderegleringen. Enligt § 7-6 3 stycket norska FAL kan därför försäkringsbolaget vid ett direktkravsanspråk kräva att den skadelidande riktar motsvarande anspråk mot skadegöraren. Bestämmelsen syftar till att skydda försäkringsbolagen från risken att den försäkrade drar sig ur skaderegleringen.³¹

En *överlåtelse* av rätten till försäkringsersättning på någon annan, t.ex. den skadelidande, kan inte *i sig* anses utgöra ett beteende i strid med ett villkor som förbjuder medgivande av ansvar. I NJA 1993 s. 222 överlät skadevållaren rätten till försäkringsersättning på den skadelidande och ansvarsförsäkringsgivaren bestred ansvar med hänvisning till att överlåtelsen var otillåten på grund av att försäkringsgivaren skulle hamna i en sämre position. HD fastställde att huvudregeln i svensk rätt är att en fordran kan överlåtas och att det endast i särskilda undantagsfall ska vara otillåtet. Det finns därmed ingenting som hindrar att en försäkringstagare överlåter den rätt som kan komma att utbetalas. Överlåtelsen kan däremot inte innebära att den försäkrade därmed frångår sina skyldigheter enligt försäkringsavtalet. Det är bara rätten till försäkringsersättning som överlåtes, inte skyldigheten att t.ex. medverka vid skaderegleringen.

2.4 Kollusioner

En moralisk risk ansvarsförsäkringsgivaren kan möta är att den försäkrade och den skadelidande kommer överens om händelseförlopp och definitioner i syfte att ansvarsförsäkringen ska täcka en inträffad händelse. Detta kan, liksom överenskommelser om att utbetala skadestånd beskrivet i avsnitt 2.3

³¹ NOU 1987:24 s. 149.

ovan, definieras som *kollusioner* av olika slag. Det kan vara så att när anspråket ska framställas mot ansvarsförsäkringsgivaren justerar den försäkrade och den skadelidande i samförstånd händelseförloppet. Man kan t.ex. tänka sig att man medvetet, i syfte att låta ansvarsförsäkringen täcka skadan, underlåter att informera bolaget om att en medvållandesituation är för handen, fabricerar ett vårdslöst handlande eller underlåter att upplysa om att en skada är uppsåtlig orsakad.

Att ljuga om eller dölja de faktiska omständigheterna i syfte att foga in ett händelseförlopp under ansvarsförsäkringens täckningsområde måste vara att betraktas som svek, ett försäkringsbedrägeri. I FAL regleras situationen i 7 kap. 3 § (som enligt 8 kap. 18 § är tillämplig även vid företagsförsäkring) som stadgar att om den försäkrade eller någon annan som begär ersättning av försäkringsbolaget efter försäkringsfall uppsåtlig eller av grov vårdslöshet oriktigt har uppgett eller förtigit eller dolt något av betydelse för bedömningen av rätten till ersättning från försäkringen, kan den ersättning som annars skulle ha betalats till honom sättas ned efter vad som är skäligt med hänsyn till omständigheterna. Det är här fråga om allvarliga brott mot den försäkrades lojalitetsplikt, och förfarandet ska vara ägnat at medföra antingen en ersättning som rätteligen inte skulle ha utgått eller en högre ersättning än den riktiga. Det kan också vara fråga om undertryckande av bevismedel eller obehörigt påverkande av vittnen. Nedsättningen av ersättningen sker efter en skälighetsbedömning och det behöver inte visas att bolaget har lidit skada. Den som använt sig av utstuderade metoder kan gå miste om hela ersättningen.³² Av motiven framgår att nedsättningen kan drabba även annan än den försäkrade om denne är i ond tro. Det kan t.ex. gälla när en försäkrad försöker gynna en skadelidande. Om denne sålunda uppbar ersättning med insikt om förhållandet skulle också denna ersättning kunna reduceras.³³

En annan form av kollusion inträffar när den försäkrade och den skadelidande kommer överens om att definiera en kostnad som ett skadestånd och inte som t.ex. ett *prisavdrag*. I syfte att foga in händelseförloppet under försäkringens täckningsområde definierar den skadelidande och den försäkrade i samråd det yrkade beloppet som ett skadestånd. Det kan vara fråga om en beställare som får en undermålig tjänst, t.ex. undermålig rådgivning, med följd att denne är tvingad att inhämta kompletterande rådgivning på annat

³² Bengtsson, a.a. (2006) s. 307 f.

³³ Prop. 2003/04:150 s. 448 f.

håll. Detta är att jämställa med ett *täckningsköp* och frågan är om kostnaden för detta ska omfattas av ansvarsförsäkringen.

I den kontraktsrättsliga doktrinen dras ingen gräns mellan de olika påföljderna prisavdrag, täckningsköp eller skadestånd. Hellner anger att ”den förlust som skadeståndet täcker inkluderar ofta kostnader som, även om rätt till skadestånd saknas, kan täckas på annat sätt, t.ex. genom prisavdrag, genom att fel avhjälpas av säljaren eller genom att ersättning utgår för att köparen själv avhjälpes fel. Även om viss del av den förlust som kan täckas av skadestånd ersätts på sådant sätt, ger skadeståndet ersättning för återstoden. Skadeståndets största betydelse kan ligga i att det ger den fulla ersättningen.”³⁴ Hur en förlust ska definiera måste sålunda bedömas i varje enskilt fall.

Bedömningen måste vidare ske mot bakgrund av de återopade grunderna för anspråket göras. Den skadelidandes och den försäkrade gemensamma definition av yrkandet kan inte ha någon självständig betydelse. Huruvida ett anspråk ska anses betraktas som ett skadestånd eller en annan påföljd ska bedömas utifrån de *faktiska omständigheterna*. I äldre konsultansvarsförsäkringsavtal fanns villkor enligt vilka konsultens arvode skulle avräknas vid beräkning av skadeståndet. Dessa villkor finns mig veterligen inte kvar i dagens försäkringsavtal, främst på grund av dess tillämpningssvårigheter.

Nästa fråga är i vilken mån ansvarsförsäkringen ska täcka ett kontraktuellt ansvar. Ansvarsförsäkringen var ursprungligen avsedd att täcka skada som orsakats utomobligatoriskt. Frågan är problematisk eftersom det är svårt att dra en gräns mellan kontraktuellt och utomobligatoriskt ansvar. Bengtsson konstaterade i sin avhandling att det inte är möjligt att på grundval av villkorens utformning eller tolkning uppställa någon allmän grundsats om att ansvar av visst slag skulle falla inom eller utom ansvarsförsäkringen.³⁵ Uttalandet står sig än idag. Ullman beskriver i sin avhandling att ”de principer som försäkringsgivare ger uttryck åt i försäkringsvillkoren brukar återspeglas av en praxis vid meddelande av ansvarsförsäkring och allriskförsäkring närmast i form av oskrivna regler som utvecklats och etablerats på ett relativt enhetligt sätt. Principerna för försäkring av kommersiella risker får olika betydelser i olika marknader, beroende på den enskilda marknadens struktur. På en s.k. mjuk marknad som präglas av en höggradig konkurrens och en därigenom

³⁴ Jan Hellner, Richard Hager och Annina Persson, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt* (2006) s. 147.

³⁵ Bengtsson, a.a. (1960) s. 564.

pressad premienivå ökar möjligheterna för en företagare, som så önskar, att försäkra sina affärs- eller driftsrisiker. Denna möjlighet är förbehållen större företag som tecknar försäkring baserad på individuell premiesättning.³⁶ En allmän tendens sägs emellertid vara ett ökat skydd av det kontraktuella ansvaret.³⁷ Vid konsultansvarsförsäkring kan skadeståndsansvar på grund av att den försäkrade misslyckats i utförandet av sitt uppdrag täckas.³⁸ I syfte att minska osäkra ansvarsmoment kan försäkringsvillkoren innehålla omfattningsbegränsningar. En naturlig begränsning är att ansvarsförsäkringen vanligtvis inte täcker skador på levererade produkter och på omhändertagen egendom. Ytterligare en är att försäkringen inte täcker garantier och utfästelser.³⁹ En annan naturlig begränsning ligger i att ansvarsförsäkringen normalt täcker ansvar endast för person- eller sakskada, vilket betyder att ansvar för ren förmögenhetsskada inte omfattas av ansvarsförsäkringens täckningsområde.⁴⁰ Vid professionsansvarsförsäkring täcks däremot ansvar för ren förmögenhetsskada. Dessa begränsningar gör det inte alltid lättare att fastställa var gränserna för ansvarsförsäkringen går. Huruvida det kontraktuella ansvaret täcks av ansvarsförsäkringen eller inte blir en fråga om tolkning dels av avtalet mellan den försäkrade och den skadelidande, dels av ansvarsförsäkringsavtalet.

Man kan tänka sig att problemet huruvida skador i kontraktsförhållanden ska omfattas av ansvarsförsäkring eller falla utanför skulle kunna bedömas utifrån allmänna försäkringsmässiga principer. Dessa principer, som inte kan anses vara s.a.s. ”huggna i sten” och som dessutom i praktiken kan vara förenade med undantag, har kanske sin främsta tillämpning vid egendomsförsäkring. Men även vid ansvarsförsäkring torde principerna kunna vara vägledande för om ett ansvar ska falla inom ramarna för en ansvarsförsäkring eller utanför.

En sådan princip är att inte andra påföljder än skadestånd kan täckas. Enligt Hellner kan ansvarsförsäkringen inte lämpligen täcka skador som består i att en kontrahent underlåtit att *fullgöra den prestation* som han har åtagit sig. Om en säljare levererar 90 % av den avtalade leveransen kan inte en försäkring skydda mot det anspråk som uppstår på grund av detta, *oavsett om dessa*

³⁶ Ullman, a.a. (1999) s. 107.

³⁷ Ullman, a.a. (1999) s. 108, Lagerström, a.a. (2007) s. 166.

³⁸ Bengtsson, Ullman och Unger, a.a. (2009) s. 150.

³⁹ Bengtsson, Ullman och Unger, a.a. (2009) s. 150.

⁴⁰ Ullman, a.a. (1999) s. 102 ff.

får formen av ett skadeståndsanspråk. Försäkringsgivarens ersättning kan inte få utgöra ett alternativ till att kontrahenten fullgör sin förpliktelse.⁴¹ Gränsen mellan fullgörelseansvar och skadeståndsansvar är av avgörande betydelse och uppmärksammas också av skadereglerarna.⁴²

Stöd i det sagda kan även hämtas från intressebegreppet. I 36 § GFAL fanns en presumtion om den försäkrade intresset. Bestämmelsen tillämpades vid "försäkring å gods". Också i doktrinen behandlas begreppet försäkrat intresse vid egendomsförsäkring i syfte att fastställa att egendomsförsäkringens föremål inte var den försäkrade egendomen som sådan utan det intresse som bestod i att egendomen bevarades. Vid en förstörd fastighet kan sålunda ägare, panthavare, eller hyrestagare vara bärare av ett intresse i denna. Försäkrat intresse vid ansvarsförsäkring är ett skadeståndsansvar och inte ett kontraktsansvar.

En annan försäkringsmässig princip är att försäkringsersättning endast kan utgå om den försäkrade har *lidit skada*. Vid kontraktsbrott kan den försäkrade, dvs. skadevällaren, inte anses ha lidit någon skada, eftersom han har uppfyllt ett löfte, för vilket han erhållit motprestation.⁴³ Effekten av att ett prisavdrag skulle täckas blir att den försäkrade kan göra ett undermåligt arbete och bringa in arvodet genom försäkringen.⁴⁴

Vidare måste det vara fråga om en *oviss* och i någon grad *plötsligt inträffad händelse*. Skadestånd på grund av kontraktsbrott kan vara något en försäkringstagare har att räkna med och det kan av omständigheterna framgå att den inte är plötslig.⁴⁵ Exempel på skador som *bör* omfattas av ansvarsförsäkring kan vara när säljaren levererar giftiga varor som förgiftar köparen, eller att en målare tappar färg och förstör beställarens egendom.⁴⁶ Vidare måste det vara fråga om en skada som är följd av en *oförutsedd* händelse. Händelsen måste ha inträffat på ett oväntat eller osannolikt sätt. I den mån det i kontraktsbrottet finns element av fritt val hos den försäkrade kan händelsen sålunda komma att betraktas som en händelse som kunnat förutses, och som därmed inte täcks av ansvarsförsäkringen.⁴⁷

⁴¹ Hellner, a.a. (1965) s. 408 f., Bengtsson, Ullman och Unger, a.a. (2009) s. 149 f.

⁴² Ullman, a.a. (1999) s. 410 ff.

⁴³ Bengtsson, a.a. (1960) s. 317.

⁴⁴ Bengtsson, a.a. (1960) s. 319 f.

⁴⁵ Bengtsson, a.a. (1960) s. 317.

⁴⁶ Hellner, a.a. (1965) s. 408 f.

⁴⁷ Se NJA 2007 s. 17 där fråga uppstod om ett brott på en lina utgjorde en oförutsedd skada. Se även SkVN 40/1995 samt SkVN 24/1992. Begreppet oförutsedd skada har i doktrinen behandlats av bl.a. Harald Ullman, Plötslig och oförutsedd skada, NFT 1/1980.

En försäkringsmässig princip är att en risk måste gå att *kalkylera*. Också det kan vara en begränsning för vilket ansvar som är försäkrat. Ur bolagens synvinkel är det svårt att bedöma risken för kontraktuellt ansvar, eftersom bolagen inte har insikt i de ingångna avtalen. Bolagen kan inte förutse innehållet i avtalen, och därmed inte ansvarsrisken.

3. Moraliska risker hos den skadelidande

3.1 Deepest pocket

Vid ett skadefall kan den skadelidande ha flera möjligheter att täcka sin skada. Det kan finnas egendomsförsäkring som täcker skadan, men det kan också finnas skäl till att den skadelidande väljer att rikta ett anspråk mot skadevällaren. En anledning kan vara att t.ex. en personskada då beräknas på skadeståndsrättslig grund vilket betyder att även ideell ersättning utgår, vilket kan skilja sig från ett eventuellt schablonbelopp ur den egna olycksfallsförsäkringen. Om möjlighet finns väljer den skadelidande att framställa anspråket på den skadevällare som har bäst möjligheter att betala, vilket ofta är den som har ansvarsförsäkring. Det här fenomenet, att en skadelidande söker den bästa ersättningsmöjligheten för sina skador, är en rätt som den skadelidande har och ur försäkringsgivarens perspektiv kan dessa typer av val knappast betraktas som ett problem med moraliska risker.

Däremot finns risker med att den skadelidande antingen hittar på skador eller till i extrema fall vållar skador på sig själv i syfte att få ut ansvarsförsäkringsersättning. Problemet är det samma som vid egendoms, sjuk- eller olycksfallsförsäkring. Konflikter av denna karaktär uppstår vid diffusa personsador som ryggbesvär eller whiplashskador, och man kan tänka sig att det inom alla ansvarsförsäkringsformer kan finnas problem med falska skador i syfte att inbringa ansvarsförsäkringsersättning.⁴⁸

Att en skadelidande inte har rätt till kompensation vid självförvållade skador följer av de skadeståndsrättsliga medvållandereglererna. De falska skadorna kan man komma åt genom att den skadelidande måste styrka sin skada. De regler som ålägger den försäkrade en skaderegleringsplikt tillämpas även på den skadelidande. Enligt 7 kap. 2 § är den ersättningsberättigade skyldig att medverka till utredningen av försäkringsfallet, och försummelse kan medföra att ersättningen sätts ned. Enligt 7 kap. 3 § kan ersättning sättas ned om den försäkrade eller någon annan som begärt ersättning uppsåtligen eller av grov

⁴⁸ Se t.ex. Carlsson, a.a. (2008) s. 112.

vårdslöshet uppgett eller förtigt något av betydelse för bedömning av rätten till ersättning.

3.2 Sekretess

I vissa branscher är det vanligt att kunden, dvs. en potentiell skadelidande, inför ett kontrakt vill försäkra sig om att uppdragsgivaren har ansvarsförsäkring. Detta sker i syfte att försäkra sig om att uppdragsgivaren har betalningsförmåga om skada skulle inträffa. Av företrädare från bl.a. IT branschen har jag fått veta att försäkringsgivaren kan ålägga försäkringstagaren sekretess som består i att denne inför nya kunder inte får avslöja vilka försäkringsbelopp som tecknats som omfattar befintliga kunders skador. Det ligger nära till hands att anta att ett syfte med en sådan sekretess kan vara att förhindra att den skadelidande överdriver skador, underlåter att medverka till att förhindra skador, vilka kan karaktäriseras som olika typer av moraliska risker.

3.3 Insured v. insured

I Directors and Officers-försäkringen (D&O), som täcker skadeståndsskyldighet för bolagsstyrelse och VD, finns ofta ett s.k. *Insured v. Insured*-undantag. Undantaget kan vara formulerat så att försäkringen inte ersätter ersättningsanspråk framställt av försäkrad mot annan försäkrad. Syftet kan alltså vara att stävja kollusioner av olika slag. Bakgrunden är att D&O-försäkringen ledde till beteenden som ansågs omoraliska. På 1980-talet i USA förekom att banker, som på grund av bristfällig kreditprövning orsakats kreditförluster, gjorde försök att begränsa förlusterna genom att först avskeda och sedan kräva den person som beviljat lånet på skadestånd.⁴⁹ Undantagsvillkoren, som också kommit att kallas för *assured v. assured-exclusions* innebär att ansvarsförsäkringen inte täcker anspråk som framställts internt inom företaget.⁵⁰ Det är t.ex. inte möjligt för en delägare som kan identifieras med en försäkrad att framställa anspråk mot sin egen VD eller styrelse. Klausulen har sina tillämpningsproblem. I USA har tvister uppstått kring vilka som hör till den försäkrade kretsen, och som därmed undantas från rätt att framställa ersättningsanspråk.⁵¹

⁴⁹ Parsons, a.a. s. 462.

⁵⁰ Om dessa klausuler se vidare Melanie K. Palmore, "Insured vs. Insured" exclusions in director and Officer Liability Insurance Policies, 9 Bankr. Dev. J. 1992 s. 101 ff.

⁵¹ Palmore, a.a. s. 110 ff.

I Sverige är det trots det vanligt med s.k. ”*cross liability*-villkor” som innebär att försäkringen omfattar skadeståndskrav mellan försäkrade.⁵² Från försäkringstagarhåll finns önskemål om att det ska vara möjligt att teckna separata försäkringar för två olika bolag som tillhör samma koncern. Även om det i praktiken innebär att en *cross liability*-situation är för handen tillhandahålls sådana lösningar av försäkringsbolagen. *Cross liability*-villkor kan ställa till med problem, eftersom de öppnar för en situation där ett dotterbolag som utför konstruktioner åt ett moderbolag förses med en konsultansvarsförsäkring, och därigenom förser koncernen med skydd för skador genom illa konstruerade och dåligt fungerade produkter. Försäkringen får sålunda en karaktär av ett slags produktgarantiskydd vilket inte är det egentliga syftet med ansvarsförsäkringsformen.

4. Moraliska risker hos försäkringsbolaget

Finns det några moraliska risker med ansvarsförsäkring hos försäkringsgivaren själv? Kan ansvarsförsäkringens karaktär inbjuda till att t.ex. en anställd på ett bolag tar större risker än nödvändigt?

Vid ansvarsförsäkring kan det vara svårt att kalkylera riskerna. Denna osäkerhet, tillsammans med tendensen mot ett ökat försäkringsskydd för kontraktuellt ansvar, gör att det kan vara frestande för en försäkringsgivare att i sin iver att få till stånd ett avtal med en ny kund efterger kravet på kalkylerbarhet och kanske nöjer sig med att limitera försäkringsåtagandet. Vidare kan *long tail*-karaktären som innebär att det är frestande att teckna försäkring eftersom riskerna realiserar långt fram i tiden.

En moralisk risk hos bolagen som riktas mot försäkringstagarkollektivet, snarare än mot det egna bolaget, kan ligga i dess nyttjande av s.k. överskottinformation. Detta har kommit att bli ett aktuellt problem vid personskadeförsäkring. För närvarande finns i justitiedepartementet en promemoria med utkast till lagrådsremiss där det föreslås åtgärder för ett förstärkt integritetskydd på försäkringsområdet med sikte främst på formerna för inhämtande av hälsouppgifter. I olika sammanhang har kritik framförts om bolagens sätt att slentrianmässigt begär samtycke till att inhämta hälsouppgifter. Kritiken har bland annat handlat om att försäkringsbolagen får tillgång till irrelevant överskottsinformation som över- eller misstolkas av bolagen med följd att

⁵² Bengtsson, Ullman och Unger, a.a.(2009) s. 143.

försäkringstagare obefogat får sämre villkor eller helt nekas försäkring.⁵³ Problemet med överskottsinformation har belysts särskilt vid andra försäkringsformer än ansvarsförsäkring, även om man kan tänka sig, i alla fall i teorin, att ansvarsförsäkringsbolaget genom t.ex. skaderegleringsprocessen kan få tillträde till information som sedan nyttjas på ett oväntat sätt.

5. Moraliska risker i rättsbildningen

Man kan tänka sig att det kan finnas en viss risk som består i att domstolar och myndigheter fattar beslut med anledning av att det finns ansvarsförsäkring som kommer att täcka förlusten.⁵⁴ Det är alltså domaren eller tjänstemannen som fattar olika beslut beroende på om det finns ansvarsförsäkring eller inte.⁵⁵ Det kan diskuteras om beteendet utgör en ”moralisk risk” eller inte, men effekten blir att en händelse bedöms olika beroende på om det finns ansvarsförsäkring eller inte. I vissa fall ska förekomsten av ansvarsförsäkring påverka den skadeståndsrättsliga bedömningen. Vid t.ex. jämkning av skadestånd enligt 2:3, 2:4 samt 6:2 skadeståndslagen (SkL) har ansvarsförsäkringen betydelse. Även vid tillämpning av regressbestämmelsen i 3:6 SkL har förekomsten av ansvarsförsäkring samt dess omfattning betydelse.⁵⁶ I övrigt är principen att förekomsten av försäkring inte ska påverka den materiella utgången av en skadestandsfråga.

I praxis finns dock ett antal avgöranden där det visserligen inte framgår av domskälen att förekomsten av ansvarsförsäkring har beaktats, men där man ändå skulle kunna ställa sig frågan om inte förekomsten av ansvarsförsäkring har, kanske omedvetet, påverkat HD:s bedömning. Av 2:2 skadeståndslagen framgår att den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott ska ersätta skadan. E contrario ska ren förmögenhetsskada som inte är orsakad genom brott inte ersättas enligt SkL. Högsta domstolen har i ett par avgöranden i stället, när ansvaret omfattas av ansvarsförsäkring, kvalificerat en skada som en följd förlust till en sakskada, vilket undanröjer begränsningen gällande rena förmögenhetsskador. I NJA 1990 s. 80 ansågs en tik som blivit

⁵³ Ds 2005:13 – Försäkringsbolags tillgång till patientjournaler samt promemorian med utkast till lagrådsremiss – Ett förstärkt integritetsskydd i försäkringssammanhang.

⁵⁴ Angående ”Jurisprudential hazard” se Parsons, a.a. s. 463.

⁵⁵ Hellner menar att det inte är uteslutet att domstolar i det enskilda fallet beaktar att ansvarsförsäkring finns, både när det gäller åläggande av skadeståndsansvar och vid bestämmande av skadeståndets storlek, se Hellner, a.a. (1965) s. 391.

⁵⁶ NJA 1996 s. 118.

dräktig med blandrasvalpar ha genomgått en sådan fysisk förändring att sakskada förelåg. I målet var klarlagt att hundägaren hade ansvarsförsäkring. I NJA 1996 s. 68, som gällde tolkning av ett ansvarsförsäkringsvillkor, hade ett defekt föremål sammansvetsats med ett felfritt föremål, vilket ansågs innebära att den slutliga produktens funktion förlorats eller blivit nedsatt. Sakskada hade sålunda inträffat och omfattades därför av försäkringen. I NJA 2004 s. 566 ansågs Vägverket ha drabbats av en sakskada när bensin spillts ut på en vägbanan, trots att vägbanan i sig var opåverkad. Tvisten gällde ersättning ur trafikförsäkringen.

Vidare finns ett antal fall där domstolen har gjort en gentemot den skadelidande en ganska generös culpabedömning vilket har lett till skadeståndsansvar samt att ansvarsförsäkring täckte skadan. I fallet NJA 1992 s. 782 hade en mäklare underlåtit att följa upp en förmedlad försäkring, vilket ledde till att en premie inbetalades för sent med följd att den försäkrade stod utan försäkringsskydd när den försäkrade fastigheten, Södertälje Stadshotell, totalförstördes i brand. Frågan var om mäklaren handlat vårdslöst i detta avseende. Mäklaren ålades skadeståndsskyldighet. Fallet kom att bli omdiskuterat i branschen eftersom många ansåg att HD:s prejudikat gick betydligt längre än vad som vid denna tidpunkt uppfattades ligga inom försäkringsmäklarnas uppdrag.⁵⁷ Att skadeståndsansvar ålades mäklaren skulle möjligen kunna förklaras med den obligatoriska ansvarsförsäkring som alla försäkringsmäklare (numera försäkringsförmedlare) har.

Också i doktrinen har pekats på fenomenet att ansvarsförsäkringens begränsning till culpa har medfört en risk för att domstolarna ska karaktärisera ett i realiteten uppsåtligt handlande som ett oaktsamt handlande. Detta kan ske till exempel när en styrelse på ett ansvarsgrundande sätt främjar andras intressen än det egna bolagets.⁵⁸ Gränsen mellan grov vårdslöshet och uppsåt kan vara besvärlig att dra och en gentemot skadevällaren mild bedömning från domstolens sida medför att skador som annars skulle fallit utanför ansvarsförsäkringens täckningsområde ersätts.⁵⁹

I sammanhanget kan nämnas NJA 1982 s. 421 där HD hade att pröva huruvida läkemedelstillverkare skulle anses vara strikt ansvariga för skador orsakade av kontrastmedel. Inget strikt ansvar infördes. HD anförde att ”Produktansvar I, innehöll förslag till lag om ersättning för läkemedelsskada.

⁵⁷ Fredric Korling, *Rådgivaransvar* (2010) s. 215.

⁵⁸ Kristin Normann Aarum, *Styremedlemmers ersättningsansvar i aksjeselskaper* (1994) s. 110.

⁵⁹ Normann Aarum, a.a. (1994) s. 111.

Det ledde emellertid inte till lagstiftning men gav upphov till en särskild, frivillig försäkringsform, läkemedelsförsäkringen, varigenom de – företag och importörer – som eljest normalt skulle bära produktansvaret för läkemedel åtagit sig att ersätta läkemedelsskada och att försäkra detta åtagande hos ett särskilt konsortium, benämnt konsortiet för läkemedelsförsäkring. Läkemedelsförsäkringen, som trädde i kraft d 1 juli 1978, kom sålunda att ersätta en lagstiftning på området.” HD anför vidare att för läkemedelsskador gäller således från och med d 1 juli 1978 de ersättningsbestämmelser som följer av läkemedelsförsäkringens villkor. Försäkringen gäller emellertid inte för skador som uppkommit före d 1 juli 1978. Stadsmakterna får, enligt HD, genom vad sålunda förekommit anses ha tagit ställning i frågan om ansvar för läkemedelsskador. Att för sådana skador som inträffat i tiden före försäkringen ikraftträdande tillskapa ett strikt produktansvar genom avgörande i rättstillämpningen bör inte ske. Domen kan tolkas som om det i och för sig fanns skäl att införa ett skärpt ansvar vid läkemedelsskador, men att det på grund av den läkemedelsförsäkring som skulle komma att träda i kraft inte var nödvändigt att fastställa en sådan regel i rättspraxis. Konsekvensen blev att den skadelidande i målet blev utan ersättning. Rättsfallet kanske inte är ett exempel på en fall av moralisk risk i rättsbildningen (även om de skadelidande kanske upplevde det så) men fallet illustrerar de ibland oväntade effekterna som en ansvarsförsäkringsordning (som i det här fallet inte ens hade trätt i kraft) kan ha.

6. Gränsen mot obetänksamt beteende

Ett problem med att kontrollera just de moraliska riskerna är att det är mycket svårt att bevisa att en försäkrad har anpassat sitt agerande just efter förekomsten av ansvarsförsäkring. I viss mån kan försummelse av samtliga biförpliktelser (t.ex. räddningsplikt, skyldighet att medverka vid skaderegleringen eller anmälningsplikten) anses vara moraliskt tveksamma, eftersom försummelseorna förutsätter någon form av vårdslöst eller obetänksamt beteende. Därmed är inte sagt att alla former av vårdslöst, obetänksamt eller nonchalant beteende är att kategorisera som moraliska risker i den bemärkelse som avses inom ramen för denna artikel. För att det ska vara fråga om en moralisk risk krävs något mer. Det ska vara fråga om ett element av illojalitet, eller en avvikelse från ett krav på etik som inneburit att den försäkrade anpassat sitt handlande efter förekomsten av ansvarsförsäkring.

Man kan tänka sig att det av samtliga risker ovan finns en ”light”-variant där situationen uppstår på grund av okunskap eller allmänt slarv. För att ansvarsförsäkringsfall ska föreligga över huvud taget förutsätts vårdslöshet av den försäkrade. Rena olyckshändelser ersätts inte av försäkringen. Man kan även tänka sig att ett skadeståndsansvar smyger sig på utan att den försäkrade uppmärksammar det i sådan grad att det är aktuellt att avbryta ett pågående projekt eller för den delen ta kontakt med ansvarsförsäkringsgivaren. Man kan tänka sig att den försäkrade ingår en förlikning med den skadelidande i den goda tron att det inte påverkar ansvarsförsäkringsavtalet. Man kan också tänka sig situationen att den försäkrade saknar kunskaper om vad som efter en inträffad skada krävs av denne för att uppfylla sin skaderegleringsplikt. Det kan ju finnas legitima skäl till en sådan underlåtenhet, som t.ex. att den försäkrade inte insåg relevansen av informationen.

De regler i FAL som nämnts i avsnitt 2 och 3 fångar upp även beteenden som inte nödvändigtvis kategoriseras som moraliska risker. 8 kap. 11 § FAL innebär att försäkringsbolaget är fritt från ansvar mot en försäkrad som har framkallat ett försäkringsfall uppsåtligen eller genom grov vårdslöshet oavsett om handlandet har ägt rum mot bakgrund av att det finns ansvarsförsäkring eller av andra skäl. Samma sak gäller bestämmelsen som reglerar räddningsplikten, 4 kap. 7 § FAL skaderegleringsplikten i 7 kap. 2 § FAL och 94 § GFAL.

Reglerna skiljer på lindriga försummelser som allmänt slarv eller grövre försummelser som illojala beteenden eftersom olika rättsföljder inträder i de olika situationerna. Enligt 8 kap. 9 § FAL som reglerar upplysningsplikten är bolaget fritt från ansvar om den försäkrade förfarit svikligen eller i strid med tro och heder, dvs. omoraliskt, medan ersättningen kan sättas ned vid andra brott mot upplysningsplikten. För att brott mot räddningsplikten enligt 4 kap. 7 § ska medföra nedsatt ersättning krävs någon form av kvalificerad vårdslöshet, vilket innebär att vid lindriga fall utgår full ersättning. 7 kap. 2 och 3 §§ FAL som reglerar den försäkrades skyldighet att anmäla skada och medverka till skaderegleringen uppställer ett skaderekvisit för bolaget vilket kan innebära att olika ersättning utgår beroende på graden av försumlighet hos den försäkrade. Även om bestämmelsen täcker in ageranden av olika karaktär kan de anses ha udden riktat mot just det beteende som kan definieras som en moralisk risk. För att bestämmelserna ska ge bolaget rätt att sätta ned ersättningen krävs som ovan nämnts att bolaget har lidit någon förlust på grund av det obetänksamma beteendet, vilket vid ansvarsförsäkring är mycket svårt att styrka. Bestämmelserna om biförpliktelserna i FAL är därför

till begränsad nytta också för att komma åt obetänksamt beteende hos försäkringstagaren vid ansvarsförsäkring.

Det finns däremot villkor som ger försäkringsgivaren möjlighet begränsa sitt ansvar utan att behöva styrka att ett beteende från försäkringstagarens sida medfört förlust hos bolaget. Flera regler som kanske har till syfte att stävja moraliska risker fångar upp även allmänt obetänksamt och nonchalant beteende. De flesta villkor som nämnts ovan träffar även obetänksamt beteende, som t.ex. villkor om självrisker, experience rating, sublimits, insured v. insured och claims-made, dokumentationsplikten och notifieringsklausuler. Också moralklausulen kan träffa obetänksamt beteende eftersom den tillämpas om den försäkrade "bort inse" att skada skulle inträffa. Också villkor som förbjuder den försäkrade att åta sig ett skadeståndsansvar kan omfatta även obetänksamt beteende från den försäkrades sida. Att klausulerna träffar även obetänksamt beteende är en fördel ur bevissynpunkt. Det är försäkringsgivaren som har bevisbördan för att ett omoraliskt beteende med följd att försäkringsersättningen sätts ned har ägt rum.⁶⁰ Som klausulerna är utformade är det inte nödvändigt att stryka ett otillbörligt syfte eller illojalitet från den försäkrades sida. Det är tillräckligt att påvisa vissa omständigheter, eller att den försäkrade *bort* inse vissa förhållanden. I vissa fall kan också bevisbördans placering ändras i villkoren. Det förekommer att den s.k. moralklausulen stadgar att det är den försäkrade som ska visa att denne *inte* varit medveten om eller borde ha varit medveten om skaderisken.⁶¹ Bengtsson ställer sig dock tveksam till om sådana villkor kan åberopas mot den försäkrade.⁶² Vissa av de beteenden som beskrivits ovan är till sin karaktär sådana att de är svåra att styrka. Det gäller t.ex. kollusioner mellan den försäkrade och den skadelidande men även de hit-and-run-fenomen som påvisats. Mig veterligen finns inget fall i svensk rätt där försäkringsersättning nekats den försäkrade på grund av kollusion mellan den försäkrade och den skadelidande.

7. Är ansvarsförsäkringsformen omoralisk i sig?

Ända sedan försäkringsformen uppkommit har diskussion pågått om försäkringsformen är omoralisk *i sig* eftersom den skyddar skadevällaren mot följdena av vårdslöst handlande. Det har påståtts att skadevällaren blev mindre

⁶⁰ Det är fråga om omvänd bevisbördan, se Lindell, Bengt, Bevisbördan i försäkringsmål, NFT 2/1992, s. 216 f.

⁶¹ Ullman, a.a.(1999) s. 295.

⁶² Bengtsson, a.a. (2006) s. 342.

aktsam eftersom han visste att skadeståndet skulle komma att täckas av försäkring. Ansvarsförsäkringen uppstod på sjöfartens område. Det lär finnas anteckningar från 1600-talet som vittnar om försäkringsbedrägerier. Ansvarsförsäkringen ansågs också försvaga redarens incitament att bygga säkra skepp eller att navigera omsorgsfullt.⁶³ Tunc skriver att ”At the beginning of the nineteenth century, liability insurance would have been unthinkable. It would have been considered as immoral to take out an insurance against the consequences of civil liability as to take out one against the consequences of criminal liability”.⁶⁴ I många länder var försäkringstäckning av skadeståndsskyldighet inte heller tillåtet förrän i mitten på 1800-talet. I Frankrike tilläts att skadeståndsskyldighet orsakad av vårdslöshet täcktes av ansvarsförsäkring först 1876, och skadeståndsskyldighet orsakad av grov vårdslöshet 1930. I USA hävdades fram till 1925 att ansvarsförsäkringsavtalen var ogiltiga eftersom dessa uppmuntrade oaktsamhet hos den försäkrade.⁶⁵ I Sverige introducerades ansvarsförsäkringen runt 1915. Även här fanns en misstänksamhet mot försäkringsformen. Karlgren skriver att ansvarighetsförsäkring ju reellt föranleder, att skadevällare i hög grad undgå konsekvenserna av sina culpösa handlingar och att det knappast kan förnekas att berörda utveckling innebär vissa faror.⁶⁶ Så sent som på 1980-talet var ansvarsförsäkringsformen helt otillåten i det dåvarande Sovjetunionen.⁶⁷

Numera stöter inte försäkringsformen på dessa hinder utan är en vanligt förekommande försäkringsform. För svensk, eller nordisk, rätts del förefaller diskussionen om huruvida ansvarsförsäkringen ska få förekomma eller ej inte särskilt relevant. Den svenska inställningen till skadeståndsrätten har länge varit att den har ett främst reparativt syfte, och då ligger det nära till hands att skadorna kanaliseras till försäkring. I propositionen till skadeståndslagen framhävs ansvarsförsäkringens roll som finansiär av skadestånd, t.ex. när det gäller principalansvaret.⁶⁸ I stället har som ovan beskrivits obligatorisk ansvarsförsäkring införts på en mängd områden.⁶⁹

⁶³ Parsons, a.a. s. 454 f. med hänvisningar.

⁶⁴ André Tunc, ”Introduction”, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol 11 s. 50.

⁶⁵ Tunc, a.a. s. 51.

⁶⁶ Hjalmar Karlgren, *Skadeståndsrätt*, fjärde upplagen (1969) s. 13.

⁶⁷ Tunc, a.a. s. 51 f.

⁶⁸ Prop. 1972:5 s. 214 ff.

⁶⁹ Se ovan avsnitt 2.1 not 20.

En tendens är att det preventiva inslaget håller på att stärkas i svensk skadeståndsrätt. Om skadeståndet har ett uttalat preventivt syfte, som är fallet vid t.ex. kränkningersättning, är det inte alls lika självklart att ansvaret ska kunna täckas av ansvarsförsäkring. Då och då förs en diskussion om huruvida ett ansvar ett skadeståndsansvar i vissa fall inte ska vara möjligt att försäkra. I t.ex. BRÅ:s PM 1990:1 finns en diskussion om att ett utökat ansvar för vårdnadshavare skulle kompletteras med en anvisning till bolagen om att ansvar upp till ett visst belopp inte skulle vara försäkringsbart. Det skulle ske genom en central överenskommelse med försäkringsbolagen om att försäkringen inte ska kunna täcka någon del av det lagliga begränsningsbeloppet.⁷⁰ I Ds 2009:42, där ett skärpt skadeståndsansvar för vårdnadshavare utreds, finns emellertid inte något sådant förslag. I stället anges att det blir en fråga för försäkringsbolagen om de är villiga att erbjuda en försäkringsprodukt som täcker denna risk. Eftersom det rör sig om en ny ansvarsgrund, är det inte känt om sådana försäkringsprodukter kommer att erbjudas på marknaden. Vidare hänvisas till den s.k. produktfrihetsprincipen, som i korthet innebär att försäkringsbolagen fritt bör få ange vilka risker de täcker och de undantag från försäkringsskyddet som görs. Lagstiftarens roll bör därför vara att sätta upp ramverket för försäkringsavtalen. Principen kan motiveras bl.a. med hänsyn till att inte hindra produktutvecklingen på försäkringsområdet och en ökad internationell konkurrens mellan försäkringsbolag.⁷¹

Också när det gäller ansvaret för bolagsstyrelser har i doktrin och lagstiftningsärenden förts en diskussion om ansvaret ska vara försäkringsbart över huvud taget. Lars Leijonborg har i motion 1986/87 L 208 om bolagsstyrelser ansvar argumenterat för att ansvaret inte ska vara möjligt att ansvarsförsäkra. Som skäl angavs att det är av utomordentlig vikt att styrelseledamöter i aktiebolag är beredda att ta det fulla ansvaret för sin uppgift. Om det inte finns ett personligt betalningsansvar föreligger risk för att styrelseledamöternas ansvarskänsla luckras upp. Det inger därför betänkligheter att många företag numera tar ut försäkringar för det skadeståndsansvar som en styrelseledamot kan komma att ådömas för sitt agerande i bolaget och det bör övervägas om inte möjligheten att försäkra bort styrelseledamöters ansvar bör begränsas, t.ex. genom förbud mot användning av bolagsmedel för sådant ändamål eller genom särskilda bestämmelser om självrisk. Utskottet delade inte motionärens uppfattning att förekomsten av ansvarsförsäkring skulle medföra att sty-

⁷⁰ BRÅ-PM 1990-1, Barnens brott och föräldrarnas ansvar, s. 113.

⁷¹ Ds 2009:42 s. 62.

relseledamöter generellt sett skulle bli mindre benägna att ta ansvar för sitt uppdrag.⁷² Dotevall för en sådan diskussion men anser med hänvisning till att skadeståndet har en reparativ funktion inte torde vara något fel med att ansvarsförsäkra ansvaret.⁷³

Skadeståndet har fått ett tydligt preventivt syfte vid diskriminering. I motiven till diskrimineringslagen anges att ”För att ge diskrimineringsförbuden på alla samhällsområden ett verksamt genomslag fordras att det finns effektiva sanktioner mot diskriminering. Vid övervägandena kring hur påföljderna vid diskriminering bör utformas i den nya diskrimineringslagen måste dessa aspekter särskilt beaktas”. Vidare sägs att ”Regeringen anser att det är av stor vikt att den påföljd som väljs tydligt markerar att en dubbel funktion ska upprätthållas, dvs. att påföljden utöver att ersätta den kränkning som överträdelsen innebär också ska avskräcka från diskriminering.”⁷⁴ Rubriken på avsnittet är ”Det ska kosta att diskriminera”.

I diskrimineringslagstiftningen diskuteras inte försäkringsfrågan alls. Ansvarsförsäkringen omfattar inte heller diskrimineringsersättning eftersom det inte är fråga om personskada i vanlig mening. Historiskt sett har motståndet mot ansvarsförsäkringsformen som sådan tenderat att följa synsättet på skadeståndet. I början på 1900-talet, när skadeståndet hade en mer uttalad preventiv funktion ansågs också ansvarsförsäkringen som tveksam, och omoralisk i någon bemärkelse. Sedan andra halvan av 1900-talet dominerar ett synsätt som fokuserar på skadeståndets reparativa funktion och numera ifrågasätts inte heller ansvarsförsäkringen som omoralisk försäkringsform. Det ska bli intressant att följa vad en eventuell skiftning i synsättet på skadeståndets funktion kommer att kunna ha för betydelse för synen på ansvarsförsäkringsformen.

8. Avslutande anmärkningar

Moraliska risker, dvs. en ökning av sannolikheten för skada, eller risken för skadans storlek som beror på attityden eller karaktären hos den försäkrades eller försäkringstagarens person aktualiseras inom alla försäkringsformer. Ansvarsförsäkringens särdrag gör emellertid att också de moraliska riskerna som aktualiseras har en särskild karaktär. Risken består inte bara i att sannolik-

⁷² Motion 1986/87 L 208.

⁷³ Rolf Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar* (1999) s. 149.

⁷⁴ Prop. 2007/08:95 s. 390.

heten för skada inträffar. Ansvarsförsäkringsformen medför också särskilda risker för att försäkringstagaren och den skadelidande har ett intresse av att "få till" ett ansvarsförsäkringsfall av en inträffad skadehändelse.

FAL innehåller flera bestämmelser om biförpliktelser som kan åberopas av bolaget för att försäkringstagaren ska få nedsatt försäkringsersättning i sådana situationer. Bestämmelserna utgör emellertid trubbiga verktyg för försäkringsgivaren eftersom detta omedelbart hamnar i svåra bevisituationer. Det är försäkringsgivaren som har att styrka de omständigheter som ligger till grund för nedsättning av ersättningen, som att den försäkrade uppsåtligen åsidosatt räddningsplikten, eller att denne åsidosatt räddningsplikten med vetskap om att det innebar betydande risk för att skada skulle inträffa. Den försäkrade är vidare skyldig att medverka vid skaderegleringen, och försummas det kan ersättningen komma att sättas ned. I dessa fall kan det vara svårt för bolaget att bevisa att det föreligger en försummelse över huvud taget eftersom bolaget inte vet vilket utredningsmaterial som existerar och som den försäkrade i så fall underlåtit att tillföra skaderegleringen. För att en nedsättning av försäkringsersättning ska bli aktuell med stöd av bestämmelserna i FAL krävs vidare att bolaget kan bevisa att dessa försummelser har orsakat skada för bolaget, vilket kan vara mycket svårt att fastställa i många fall.

Ett effektivare tillvägagångssätt för att stävja de moraliska riskerna är därför att begränsa ansvaret genom att i villkoren göra undantag för skador i vissa konkreta situationer, vilket innebär att bolaget inte behöver styrka förhållanden som uppsåt, vårdslöshet eller försämrat skaderegleringsläge. Vid ansvarsbegränsande villkor om t.ex. självrisker, experience rating, sublimits, insured v. insured och claims-made, dokumentationsplikten och notifieringsklausuler görs en mer objektiv bedömning av situationen vilket förenklar bevisläget för försäkringsgivaren. Moralklausulen innehåller en mer objektiv bedömning eftersom bolaget måste bevisa att den försäkrade "bort inse" att skada skulle inträffa, vilket är enklare att bevisa att den försäkrade faktiskt insett att skada skulle inträffa. Också villkor som förbjuder den försäkrade att åta sig ett skadeståndsansvar om det inte är "uppenbart lagligen grundat" medger att en situation kan angripas på ett mer objektivt sätt. Ett annat sätt är att i villkoren föreskriva en omvänd bevisbörda med följd att det är försäkringstagaren som ska bevisa t.ex. att skada uppkommit utan vållande, men som nämnts ovan är det tveksamt om sådana villkor kan åberopas av bolaget. Ansvaret kan inte begränsas hur långt som helst. Försäkringsmarknaden är en konkurrensutsatt marknad vilket innebär dels att bolagen är tvingade att täcka besvärliga risker. Tendensen som innebär att ansvarsför-

säkringen täcker också kontraktuella risker, samt cross liability-villkoren är exempel på villkor som skulle kunna skapa incitament till beteenden som kan anses utgöra moraliska risker. Av samma skäl kan försäkringsgivaren i den konkreta skaderegleringssituationen anse sig behöva inta en generös attityd mot försäkringstagaren.

De villkor som finns för att fånga upp moraliska risker utgör trubbiga verktyg i den bemärkelsen att de fångar upp även annat illojalt beteende men även obetänksamt beteende. Att en försäkrad har anpassat sitt handlande i enlighet med förekomsten av ansvarsförsäkring har alltså ingen avgörande betydelse för de sanktioner som står till buds. Betyder det att en identifiering av de moraliska riskerna helt betydelselös? Jag tror inte det. Det är tänkbart att de moraliska riskerna har en effekt i rättsbildningen. Finansiella kriser driver ofta fram översyn av reglering. Det kan antas att motsvarande mekanism finns på ansvarsförsäkringens område. Samhällsutvecklingen skapar nya beteenden som av försäkringsgivaren uppfattas som illojalt. Försäkringstagaren uppfinner nya sätt att nyttja sin ansvarsförsäkring för att täcka risker som försäkringsgivaren inte hade för avsikt att täcka. Försäkringsgivaren kommer då sannolikt i syfte att undvika liknande anspråk i framtiden att justera sina villkor genom att införa nya undantag. På så vis drivs produktutvecklingen framåt. Flera av de villkor som beskrivits ovan, som t.ex. insured v. insured-undantagen och också moralklausulen lär ha tillkommit på detta sätt.⁷⁵ På sått bidrar de moraliska riskerna till utvecklingen av ansvarsförsäkringsvillkoren.

En effekt av en finanskris brukar vidare vara att en översyn av det befintliga regelverket äger rum. Man lär sig av de fenomen som ledde till en finanskris, och ser över regleringen för att förhindra att motsvarande händelser ska kunna inträffa i framtiden.⁷⁶ Ett förslag på en sådan lösning är att öka insynen i bankverksamheten.⁷⁷ Ett villkor för att staten ska ingripa i dåliga tider är att insyn i verksamheten förbättras under goda tider. Man skulle, i alla fall i teorin, kunna tänka sig en motsvarande taktik på ansvarsförsäkringens område, med ökad insyn i de försäkrade bolagen. Detta är dock knappast möjligt att omsätta i praktiken.

⁷⁵ Lagerström, a.a. (2007) s. 244, Parsons, a.a. s. 463.

⁷⁶ Se t.ex. Daniel Stattin, Skandaldriven och problemdriven reglering, Regelfrågor på en förändrad kapitalmarknad (2009) s. 157 ff.

⁷⁷ Se riksbankens rapport 2009:2-Finansiell stabilitet s. 107 ff.

Det finns praktiskt verksamma jurister i branschen som uttryckt farhågor att en ganska stor del av de ansvarsskador som regleras är ett resultat av ett handlande som i någon mån kan kategoriseras som en moralisk risk. Bevisvärigheterna gör att det inte är möjligt att frambringa någon relevant statistik i frågan. Moraliska risker är ett fenomen som bolagen tvingas att leva med och förhålla sig till. Blotta möjligheten att genom försäkringen täcka förluster sätter igång en rationaliseringsprocess som kan resultera i att den försäkrade tar risker som är att anse som omoraliska. Finns incitament att tänja på regler, begrepp och sanningar kan man räkna med sig att det också kommer att ske, men ett kreativt villkorsskapande kan förhindra åtminstone de vanligaste riskerna.

Referenser

Doktrin

- Aarum, Kristin Normann, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper (1994).
- Bengtsson, Bertil, Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden (1960).
- Bengtsson, Bertil, Ansvarsförsäkring och skadestånd – är det dags för en omprövning? i Vänbok till Erland Strömbäck (1996).
- Bengtsson, Bertil, Försäkringsteknik och Civilrätt (1998).
- Bengtsson, Bertil, Försäkringsrätt – Några huvudlinjer (2005).
- Bengtsson, Bertil, Harald Ullman och Sven Unger, Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden (2009).
- Bladini, Filip, Preventionstanken i den skadeståndsrättsliga utvecklingen, i Vänbok till Erland Strömbäck (1996).
- Carlsson, Mia, Arbetskada – samspelet mellan skadestånd och andra ersättningsanordningar (2008).
- Chandler, Seth, The Interaction of the Tort System and Liability Insurance Regulation: Understanding Moral Hazard, Conn. Ins. L.J. Vol. 2 pp. 91–178 (1996).
- Dotevall, Rolf, Bolagsledningens skadeståndsansvar (1999).
- Heimer, Carol A. Reactive risk and rational action – Managing Moral hazard in Insurance Contracts, University of California Press (1985).
- Hellner, Jan, Försäkringsrätt (1965).
- Hellner, Jan, Richard Hager och Annina Persson, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt (2006).

- Karlgren, Hjalmar, Skadeståndsrätt (1969).
- Korling, Fredric, Rådgivaransvar (2010).
- Kristoffersson, Eleonor, Statsstöd i ekonomisk kris, EU och den globala krisen (2010).
- Lagerström, Peter, Företagsförsäkring (2007).
- Lastra, Rosa Maria, Lender of last Resort, an international perspective, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 48. (1999).
- Lindell, Bengt, Bevisbördan i försäkringsmål, *NFT* 2/1992.
- Nydrén, Birger, Identifikation samt förhållandet mellan biförpliktelser i företagsförsäkring, *Uppsatser om försäkringsavtalslagen* (2009).
- Ordeberg, Thomas, Hantering av finanskrisen i EU – rättsliga och institutionella aspekter, EU och den globala krisen (2010).
- Palmore, Melanie K., "Insured vs. Insured" exclusions in director and Officer Liability Insurance Policies, *9 Bankruptcy Developments Journal* (1992).
- Parsons, Christopher, Moral Hazard in Liability Insurance, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 28 No 3 (July 2003).
- Shavell, Steven, On the Social Function and the Regulation of Liability Insurance, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 25 (2000) No. 2 s. 166–179.
- Sjöberg, Gustaf, Lagen om statligt stöd till kreditinstitut, *JT* 2008–09 s. 579.
- van der Sluijs, Jessika, *Carnegiedomen*, Stockholm Centre for Commercial Law:s årsskrift 2009.
- Stone, Deborah A., Beyond Moral Hazard: Insurance as Moral Opportunity, *Conn. Ins. L.J.* Vol. 6, pp. 11–46 (1999–2000).
- Strömbäck, Erland, Något om den renoverade försäkringsavtalslagen, *JT* 2004/05.
- Tunc, André, "Introduction", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol 11.
- Ullman, Harald, Plötslig och oförutsedd skada, *NFT* 1/1980.
- Ullman, Harald, *Försäkring och ansvarsfördelning* (2006).
- Vinding Kruse m.fl., i debattserien "Preventionen i ersättningsrätten – finns den?", *SvJT* 1987.
- Wilhelmsen, Trine-Lise, Skjulte handlingsklausuler – forholdt mellom beskrivelse ansvarsförsäkring forsikringstilfellet og reglene om opplysningsplikt, meldeplikt, meldefrist og foreldelse, *NFT* 3/1999.

Offentligt tryck

Prop. 1972:5 Skadeståndslag.

Prop. 2003/04:150 Ny försäkringsavtalslag.

Prop. 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering.

Ds 2005:13 – Försäkringsbolags tillgång till patientjournaler samt promemorian med utkast till lagrådsremiss – Ett förstärkt integritetsskydd i försäkringssammanhang.

Ds 2009:42 – Ett skärpt skadeståndsansvar för vårdnadshavare.

SOU 2002:1 Samordning och regress – ersättning vid personskada. Betänkande från personskadekommittén.

BRÅ:s PM 1990:1 – Barnens brott och föräldrarnas ansvar.

Motion 1986/87 L 208 om bolagsstyrelser.

NOU 1987:24 Lov om avtaler om skadeforsikring.

Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience, Financial Stability Forum, April 2008.

Rättspraxis

NJA 1982 s. 421

NJA 1990 s. 80

NJA 1992 s. 782

NJA 1993 s. 222

NJA 1996 s. 68

NJA 1996 s. 118

NJA 2001 s. 255

NJA 2004 s. 566

NJA 2007 s. 17

NJA 2009 s. 355

SkVN 27/1974

SkVN 109/1983

SkVN 131/1981

SkVN 4/1987

SkVN 24/1992

SkVN 85/1995

SkVN 40/1995

SkVN 37/1992

H L B Kidsons v. Lloyd's Underwriters and Others, Court of Appeal,
Case No: A3/2007/2450, 5 November 2008