

# Soft law-reglering av försäkringsrätten

JESSIKA VAN DER SLUIJS

## 1. Inledning<sup>1</sup>

Om försäkringsbranschen lär någon ha sagt att det inte finns någon annan bransch som har ”så många köpare som inte har någon aning om vad de köper och så många säljare som inte har någon aning om vad de säljer”. Konceptet försäkring är inte lätt att ta till sig och försäkring kan belysas ur många olika perspektiv. Rättsligt kan försäkring definieras som ett avtal, eller en kontraktstyp. Få kontraktstyper är så detaljreglerade som försäkringskontraktet. Bakom försäkringsavtalslagen finns en lång lagstiftningstradition i form av 1927 års FAL och 1980 års konsumentförsäkringslag. Till lagarna hör utförliga förarbeten. Försäkringsfrågor är ofta föremål för domstolsprövning och ämnet försäkringsrätt har också behandlats i stor utsträckning i doktrinen. Den ena parten i avtalet, försäkringsbolaget, är föremål för omfattande näringsrättslig reglering sedan 1903. För en jurist borde det alltså finnas möjligheter att utifrån de traditionella rättskällorna skapa sig en hygglig uppfattning om kontraktstypen försäkring.

Den som vill lösa försäkringsrättsliga problem kan emellertid inte nöja sig med att beakta de traditionella rättskällorna. På försäkringsrättens område finns en omfattande utomrättslig normgivning av olika karaktär och auktoritet. Dessa normer skapas utanför den traditionella rättsbildningen av t.ex. myndigheter, branschorganisationer och olika nämnder. Dessa normer uppfattas i högre eller lägre grad som bindande av aktörerna som också efterlever normerna. Den som önskar bilda sig en mer komplett bild av ”gällande rätt” på försäkringsområdet, oavsett om det är fråga om en försäkringsavtalskripare, skadereglerare, ombud, lagstiftare, domare eller akademiker, har att beakta även denna utomrättsliga normbildning, denna *soft law*.

<sup>1</sup> Stort tack till professorerna Jori Munukka och Mauro Zamboni för värdefulla kommentarer på tidigare utkast till denna artikel.

Det finns ingen enhetlig definition av begreppet soft law. Soft law beskrivs i vissa sammanhang som bindande regler med ett vagt innehåll som inte ålägger ett subjekt en konkret förpliktelse (legal soft law).<sup>2</sup> Ett exempel på civilrättens område skulle kunna vara 36 § AvtL.<sup>3</sup> Soft law beskrivs också som utomrättsliga normer som t.ex. vägledande råd, allmänna råd, eller etiska principer.<sup>4</sup> Dessa utomrättsliga normer (non legal soft law)<sup>5</sup> är konstruerade på ett sätt som påminner om rättsregler, men som tillkommit utanför ramarna för den traditionella rättsbildningen. Producenter av soft law kan vara aktörer utanför den traditionella rättsskapande processen som t.ex. branschorgan, akademiker eller internationella privata eller politiska organ. I denna artikel är det soft law i form av utomrättslig normgivning som är föremål för analys.

Begreppet har sitt ursprung i folkrätten och det är i doktrinen som behandlar internationell rätt i olika sammanhang som begreppet soft law förekommer mest frekvent och har kommit att belysas ur ett principiellt perspektiv.<sup>6</sup> De karaktärsdrag som påvisats hos utomrättslig soft law i en internationell kontext kan också appliceras på den utomrättsliga reglering som finns på försäkringsrättens område. Sådan utomrättslig normgivning förekommer i olika former och är av olika karaktär. Liksom internationell soft law utgörs dessa utomrättsliga normer av icke bindande regler som av branschen upp-

<sup>2</sup> A. E. Boyle, Some reflections on the relationship of treaties and soft law, *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 48, 1999, s. 907 ff., C. M Chinkin, The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, s. 850, Ann-Charlotte Landelius, Om soft law på det sociala skyddsområdet – en EG-rättslig studie, 2001, s. 74, Taudeusz Gruchalla-Wesierski, A Framework for Understanding "Soft Law", *McGill Law Journal*, Vol. 37, 1984–1985, s. 44, Jan Klabbers, The Redundancy of Soft Law, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 65, 1996 s. 168.

<sup>3</sup> Kai Kruger, *Norsk Kjøpsrett*, 4 utgåve, 1999, s. 272.

<sup>4</sup> Lena Olsen, Det konsumenträttsliga regelverket – en överblick över ett dynamiskt rättsområde, *JT* nr 4 2001/02 s. 818, Mads Bryde Andersen, Nordisk retstænkning i et globaliseringsperspektiv, *TfR* 4–5/2006 s. 483, Joseph Gold, Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements, *the American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, s. 443, Chinkin, a.a. s. 851, Boyle, a.a. s. 902, Landelius, a.a. s. 76, Gruchalla-Wesierski, a.a. s. 46, Anna Di Robilant, Genealogies of Soft Law, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, 2006, s. 499 ff., Klabbers, a.a. 1996, s. 168.

<sup>5</sup> Gruchalla-Wesierski, a.a. s. 40.

<sup>6</sup> Se t.ex. Gruchalla-Wesierski, a.a. s. 45, Gold, a.a. s. 443 ff., Chinkin, a.a. s. 850 ff., Bryde Andersen, a.a. s. 483 ff., Morten Kinander, Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, *TfR* 5/2003 s. 683 ff., Boyle, a.a. s. 901 ff., Di Robilant, a.a. s. 499 ff., Landelius, a.a., Jan Klabbers, a.a. s. 167 ff., Jan Klabbers, The Undesirability of Soft Law, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 67, 1998, s. 381 ff.

fattas som i hög grad bindande och också efterföljs och respekteras av denna. Normerna är inte förenade med direkta rättsliga sanktioner men kan vara förenade med indirekta sanktioner. Normerna kan ifrågasättas ur ett rättskälleperspektiv och är förenade med liknande legitimitetsproblem som de internationella soft law-normerna.

Ämnet förtjänar djupare studier i t.ex. vilka faktiska effekter soft law har i det praktiska rättslivet, vilken funktion soft law har i rättsbildningen på området samt hur soft law närmare förhåller sig till hard law, sedvana, allmänna principer och avtal. Denna uppsats har emellertid endast två syften. Det första syftet är att visa att de karaktärsdrag som uppmärksammas med soft law i en internationell kontext också kan appliceras på den utomrättsliga reglering som förekommer på försäkringsrättens område. Det andra syftet är att visa att även om denna soft law utgörs av icke bindande regler är dessa att betrakta som *en del* av rättskällorna på försäkringsområdet.

## 2. Begreppet soft law

### 2.1 Soft law

Som redan nämnts finns ingen enhetlig definition av begreppet soft law. Här skall inte heller göras någon positiv definition av begreppet. I stället kan vissa karaktärsdrag av normer som brukar benämnas soft law lyftas fram.

Karaktäristiskt för normer som brukar benämnas soft law är att dessa har bildats av organ som anses ha en viss, om än informell, kompetens att bilda normer. Vem som helst kan inte skapa soft law, utan organet måste anses ha viss auktoritet i förhållande till de adressater som träffas av normerna. Producenter av internationell soft law kan vara den europeiska kommissionen, Internationella handelskammaren, akademiska grupper, branschorgan eller FN. Den normgivning som i en internationell kontext anses utgöra soft law kan vara t.ex. uppförandekoder, riktlinjer, rekommendationer, resolutioner, ratificerade konventioner m.m.

Gemensamt för all soft law är vidare att normerna inte är bindande i traditionell rättsdogmatisk mening.<sup>7</sup> En försummelse att följa soft law utgör inte *i sig* ett brott mot en rättslig förpliktelse.<sup>8</sup> En part kan inte i domstol ar-

<sup>7</sup> Gruchalla-Weisierski a.a. s. 40, Boyle, a.a. s. 901, Chinkin, a.a. s. 862, Ole Lando, En nordisk restatement, TfR 4–5/2009 s. 496, Landelius, a.a. s. 77, Di Robilant, a.a. s. 499, Klabbers, a.a. 1998, s. 385.

<sup>8</sup> Gold, a.a. s. 443.

gumentera för sin sak enbart med stöd av soft law.<sup>9</sup> Stater kan fritt välja att inte anta reglerna eller att inte följa reglerna. Därmed är inte sagt att soft law aldrig är bindande för någon. Normerna kan vara bindande för vissa organ. Ett vägledande råd är inte bindande för adressaten, men den myndighet som utställt rådet får nog betraktas som bunden av det.<sup>10</sup> Om en internationell organisation har författat ett soft law-dokument är organisationen i sina interna handlingar också bunden av dess normer. Normerna binder inte nödvändigtvis medlemmarna men själva organisationen eller institutionen får antas ha gett uttryck för en vilja att efterleva dem.<sup>11</sup> Normerna påminner ofta till sin utformning om bindande rättsregler, genom att reglerna innehåller uppmaningar till ett visst handlingssätt eller genom att besluten liknar ett domstolsavgörande. Man kan säga att soft law ofta hämtar symboliken från den gällande rätten.

För att en norm ska kvalificeras som soft law förutsätts vidare att den *uppfattas* som bindande och efterföljs av adressaterna av normen. Det lär inte ha gjorts några empiriska studier om de närmare effekterna av soft law på ett internationellt plan, men doktrinen finns en uppfattning att normer som benämns som soft law ofta uppfattas som tillräckligt bindande för att efterföljas och respekteras av dem som på något sätt åtagit sig att följa dessa.<sup>12</sup> Själva åtagandet kan se olika ut, men kan utgöras av t.ex. ett medlemskap i eller anslutning till en internationell organisation eller ett uttryckligt åtagande att följa vissa normer. Stater som accepterar ett soft law-instrument förväntas att ta innehållet på allvar och tillmäta dessa i alla fall viss betydelse. På den internationella arenan är det inte tillräckligt att beakta den "hard law" som förekommer, utan det är också nödvändigt att beakta även soft law. I internationella sammanhang pekas på att soft law får effekten som *tolkningsdatum* vid tolkning av internationella fördrag, avtal eller nationell rätt.<sup>13</sup> Soft law

<sup>9</sup> Klabbers, a.a. 1998, s. 382.

<sup>10</sup> Gruchalla-Wesierski, a.a. s. 52 f.

<sup>11</sup> Klabbers, a.a. 1998 s. 388 f., Landelius, a.a. s. 86.

<sup>12</sup> Gold, a.a. s. 443, Gruchalla-Weierski, a.a. s. 46 ff., s. 65 ff., Chinkin, a.a. s. 860, Boyle, a.a. s. 901, ADM Forte, Soft Law Regulation of Insurance Contracts in the United Kingdom and the General Insurance Standards Council Codes: Cause for Complaint?, South African Mercantile Law Journal, 2002, s. 1 ff., Landelius, a.a. s. 79, Klabbers, a.a. 1998, s. 390, Ulf Bernitz, Reformen av EG:s konkurrensrätt: vad blir effekterna för den nationella konkurrensrätten?, ERT nr 3/2006 s. 441.

<sup>13</sup> Gruchalla-Wesierski, a.a. s. 65, Landelius, a.a. s. 77 vid not 111.

anses vidare utgöra en *presumption* på agerande i god tro<sup>14</sup> eller en ”standard of best practice”.<sup>15</sup> Soft law legitimerar eller erkänner ett visst handlande som godtagbart. Soft law kan även ha en effekt på dem som inte åtagit sig att följa denna. En stat som inte har erkänt en soft law-norm har t.ex. mycket svårt att hävda att en annan stat som har erkänt normen, och agerar i enlighet med normen, därmed agerar illegitimt.<sup>16</sup>

En förklaring till att normerna uppfattas som bindande är, förutom auktoriteten hos normbildaren, att det finns en normativ avsikt bakom reglerna.<sup>17</sup> Reglerna *syftar* till att påverka adressaternas handlande på olika sätt. Soft law innehåller ofta uppmaningar eller rekommendationer att agera på olika sätt. En annan förklaring till att normerna uppfattas som bindande är att även om soft law inte direkt följs av rättsliga *sanktioner* kan en aktör inte utgå ifrån att inte några sanktioner följer med soft law. Jan Klabbers beskriver att det kan vara fråga om ”soft liability” eller ”soft responsibility” vars närmare innebörd fastställs först i en eventuell ”soft settlement”.<sup>18</sup> Ofta är det inte fråga om att fastställa en sanktion för att en aktör skall ha agerat i strid med soft law, utan det kan i stället vara fråga om att skapa incitament att följa normerna eller att dra in de rättigheter som följer med soft law.<sup>19</sup> Det kan vara svårt att förutse vilka sanktioner som följer med soft law. Ett agerande i strid med soft law kan leda till spontana verkställande mekanismer som dålig publicitet,<sup>20</sup> och det finns även en risk för en ”naming and shaming”-effekt som kan vara svår att förutse,<sup>21</sup> eller en risk för att bli föremål för ”black listing”.<sup>22</sup> Soft law för ofta med sig att aktörerna övervakas på olika sätt av tillsatta tillsynsorgan.<sup>23</sup> Även om soft law saknar direkta *rättsliga* sanktioner kan dessa på ett kanske oförutsebart sätt ändå vara belastande för den adressat som enkom beaktar rätten ur ett traditionellt rättsdogmatiskt perspektiv.

<sup>14</sup> Chinkin, a.a. s. 866, Gruchalla-Wesierski, a.a. s. 62.

<sup>15</sup> Se Boyle, a.a. s. 905.

<sup>16</sup> Chinkin, a.a. s. 866.

<sup>17</sup> Gruchalla-Wesierski, a.a. s. 46 ff., Landelius, a.a. s. 75, Boyle, a.a. s. 902, Gold, a.a. s. 443.

<sup>18</sup> Klabbers, a.a. 1996, s. 169.

<sup>19</sup> Boyle, a.a. s. 909 ff.

<sup>20</sup> Landelius, a.a. s. 87.

<sup>21</sup> Di Robilant, a.a. s. 508.

<sup>22</sup> Jason Sharman, Small States and Weapons of the Weak in the Global Governance of Tax and Financial Services, Refereed paper presented to the Australasian Political Studies Association Conference University of Tasmania, Hobart 29 September–1 Oktober 2003.

<sup>23</sup> Landelius, a.a. s. 87, Chinkin, a.a. s. 862.

Fördelarna med att reglera genom soft law är flera. Soft law är inte bindande vilket gör det lättare att uppnå mellanstatliga överenskommelser. Eftersom soft law inte binder staterna tillåts regleringen bli mer detaljerad. Soft law produceras utanför den demokratiska processen vilket gör att det finns ett flexibelt instrument som lättare kan justeras vid behov.<sup>24</sup> Soft law anses vidare svara mot de behov som samhället har av normer och anses vidare utgöra incitament för interaktion mellan olika aktörer på olika nivåer vilket gör att en bred kunskaps- och erfarenhetsbas kan nyttjas.<sup>25</sup> Soft law anses uppfylla en normerande funktion där det annars hade varit omöjligt att skapa rättsliga normer.<sup>26</sup>

Reglering genom soft law är inte oproblematisk. I grunden för den kritik som riktats mot soft law ligger legitimitetsproblemet. Klabbers är den som kanske på ett mest intensivt sätt har kritiserat tanken på att soft law skulle kunna ha ett normativt innehåll.<sup>27</sup> Utgångspunkten i hans kritik är att det inte finns något mellanting mellan ”hard law” och ”no law”. I de fall en domstol beaktar soft law blir konsekvensen antingen att normen kollapsar i ”no law” eller omedelbart upphöjs till ”hard law”. En norm är bindande eller inte bindande. Ett handlande är lagligt eller icke lagligt. En bestämmelse är i kraft eller icke i kraft. Det kan aldrig vara fråga om ett mellanting mellan bindande och icke bindande regler.<sup>28</sup> Förklaringen till att soft law ändå beaktas i olika sammanhang ligger, enligt Klabbers, delvis i begreppet ”soft law”. Det innebär att begreppet, som skulle kunna användas bara för att beskriva ett utomrättsligt fenomen, på ett diffust sätt har fått ett normativt innehåll. Det är ett problem, eftersom normerna saknar formell legitimitet.<sup>29</sup> Att detta tillåts ske beror, enligt Klabbers, på att man utgår från att normproducenterna, som t.ex. den europeiska kommissionen, agerar i syfte att tillvarata gemenskapens intressen. Ingen kan emellertid säkert veta vilka intressen som tillvaratas av t.ex. kommissionen.<sup>30</sup> Även andra författare har påpekat att soft law innebär en oavsiktlig maktförskjutning och en kapitulation inför marknadskrafterna.<sup>31</sup> Vidare kan normerna medföra en oförutsebarhet om vad som gäller

<sup>24</sup> Boyle, a.a. s. 903.

<sup>25</sup> Di Robilant, a.a. s. 506 f.

<sup>26</sup> Gold, a.a. s. 444.

<sup>27</sup> Klabbers, a.a. 1996, s. 167 f och Klabbers, a.a. 1998, s. 385 f.

<sup>28</sup> Klabbers, a.a. 1998, s. 388.

<sup>29</sup> Klabbers, a.a. 1998, s. 385.

<sup>30</sup> Klabbers, a.a. 1998, s. 391.

<sup>31</sup> Landelius a.a. s. 87, Di Robilant, a.a. s. 508.

på ett visst område. Det beror dels på att den ofta vaga utformningen kan bidra till att det kan vara svårt att fastställa det egentliga innehållet i normerna.<sup>32</sup> En annan orsak kan vara att soft law är ofta utformad på ett sätt som gör att rättsakten framstår som bindande,<sup>33</sup> vilket gör att soft law-normerna framställs som "softa för aggressiva och opportunistiska aktörer men hårda för svaga aktörer".<sup>34</sup> Klabbers går så långt som att påstå att soft law är skadlig. Konsekvensen av begreppet soft *law* är, enligt Klabbers, att det leder till missuppfattningen att "law" kan ha varierande normativ styrka. Genom att soft law skapar en osäkerhet kring gränserna för den gällande rätten, så bidrar soft law till ett sönderfallande av hela rättssystemet. Om moral och politiska angelägenheter tillåts att ta plats inom rättssystemet, förlorar rättssystemet dess självständighet från moral och politik.<sup>35</sup>

Ett gemensamt drag för nämnda kritiker är paradoxalt nog att de erkänner att soft law i och för sig existerar som fenomen. Landelius gör i sitt arbete en redogörelse för den soft law som förekommer på det sociala skyddsområdet, Di Robilant beskriver soft law ur ett rättshistoriskt perspektiv och till och med Klabbers konstaterar att det finns "guidelines" utfärdade av den europeiska kommissionen som i och för sig har hänvisats till av EU-domstolen.<sup>36</sup>

## 2.2 Självreglering

Man skulle kunna tänka sig att för att beskriva den utomrättsliga normgivningen på försäkringsrättens område använda sig av begreppet *självreglering* eller *egenåtgärder* i stället för av begreppet soft law. Med självreglering avses vägledande råd från branschorganisationer, standardavtal, eller branschetiska regler. Till *egenåtgärderna* hör inrättandet av nämnder och andra organ för övervakning av efterlevnaden av sådana normer eller förhandsgranskning av marknadsföring.<sup>37</sup> I många avseenden är begreppen självreglering och soft law synonyma. Inte heller begreppet självreglering har någon enhetlig definition. Ursprungligen avsågs olika aktiviteter inom näringslivet för att lösa

<sup>32</sup> Daniel Stattin, Skandaldriven och problemdriven reglering, Regelfrågor på en förändrad kapitalmarknad, 2009, s. 161, Landelius, a.a. s. 87.

<sup>33</sup> Landelius, a.a. s. 87.

<sup>34</sup> Di Robilant, a.a. s. 508 med hänvisningar.

<sup>35</sup> Klabbers, a.a. 1998, s. 385.

<sup>36</sup> Klabbers, a.a. 1998, s. 390.

<sup>37</sup> SOU 2006:76 s. 151.

olika konsumentproblem.<sup>38</sup> Självreglering kan anses innefatta åtgärder som i systematiserad form vidtas av alltifrån ett enskilt företag till en bransch eller organisation för att strukturera verksamheten och förebygga konflikter mellan branschens aktörer och dess kunder utan lagstiftningens inblandning.<sup>39</sup> Självreglering kan också ses om ett uttryck för avtalsfrihet eller en fri marknad.<sup>40</sup>

Självreglering utgör sålunda icke bindande normer som i praktiken, av aktörerna på marknaden, uppfattas som bindande och efterlevs i hög grad. Normgivande organ är t.ex. handelskammaren, börser, medlemsorganisationer och internationella organ som t.ex. ICC (Internationella handelskammaren). Utöver disciplinära sanktioner som varningar och uteslutning är det inte ovanligt att indirekta sanktioner kan följa med ett brott mot självregleringen, som t.ex. skadeståndsskyldighet. Normerna utgör tolkningsdatum av andra rättsregler, som t.ex. vad som är god sed på den aktuella marknaden. Normen kan utgöra en presumtion på agerande i god tro och ett brott mot en sådan norm leder ofta till en förklaringsplikt.

Begreppet ”självreglering” överlappar sålunda delvis begreppet ”soft law”. Mycket soft law utgörs också av självreglering, som t.ex. när branscher internt skapar normer. Flera av de fördelar som följer med soft law samt den kritik som kan riktas mot soft law är relevant också vid självreglering. I doktrinen används begreppet självreglering främst i en *näringsrättslig kontext* – dvs. för att beskriva normer som reglerar verksamheter av olika slag, till skillnad från relationen mellan enskilda.<sup>41</sup> Begreppet är välbehandlat på finansmarknadsrättsområdet,<sup>42</sup> men används även inom andra segment så som miljösammanhang,<sup>43</sup> marknadsföring, franchising, reklambranschen och branschen för elektronisk handel.<sup>44</sup> I begreppet självreglering ligger vidare att normerna skapas av dem som träffas av normerna, eller företrädare för dessa. Begreppet

<sup>38</sup> Lars Haglind, Lagstiftning eller självreglering – vad tycker lagstiftaren?, SvJT 2001 s. 263.

<sup>39</sup> Haglind, a.a. s. 263.

<sup>40</sup> Claes Peterson, Lagstiftning eller självreglering i ett rättshistoriskt perspektiv, SvJT 2001 s. 229.

<sup>41</sup> Anne-Marie Pålsson, Lagreglering eller självreglering av marknaden för finansiell rådgivning, SvJT 2001 s. 248 ff., Haglind, a.a. s. 263 ff.

<sup>42</sup> Pålsson, a.a. s. 248, Fredric Korling, Rådgivningsansvar, 2010, s. 92 f., Ulf Bernitz, Näringslivets normer, Finna rätt, 2004, s. 160 ff.

<sup>43</sup> Lena Gipperth, Lagstiftning eller självreglering i miljöretten, SvJT 2001 s. 280 ff.

<sup>44</sup> Haglind, a.a. s. 264, SOU 2007:76, Ulf Bernitz, Näringslivets normer, Finna rätt, 2004.



exkluderar däremot normer som skapats av andra än branschföreträdare som t.ex. myndigheter.

### 2.3 Samreglering

Regleringen av olika frågor inom konsumtionsmarknaden kan också uppstå genom en samverkansprocess, som kan se olika ut. I sådana fall kan man tala om *samreglering*, vilket har beskrivits så att staten har ett intresse i resultatet genom att normerna ersätter eller kompletterar lagstiftning.<sup>45</sup> Exempel på detta är regler där lagstiftaren hänvisar till god affärssed eller allmänt till handelsbruk eller sedvana. Inom EU har det också blivit allt vanligare att man lämnar dörren öppen för en implementering av direktiv genom åtgärder från självständiga organ, vilka normalt kommer från näringsidkarsidan. Ytterligare ett exempel på ett slags samreglering är de förhandlingar som sker mellan Konsumentverket och branschorganisationer i syfte att skapa standardavtal, som kan godkännas av båda parter, eller normer för marknadsföringen.<sup>46</sup>

Begreppet samreglering riktar udden mot förfarandet vid normbildningen, som sker i samarbete mellan offentliga och privata organ. Samreglering kan mynna ut i utomrättslig normgivning, vilken kan betraktas som soft law. All soft law sker emellertid inte inom ramen för samreglering. Tvärt om kan normbildare av soft law vara rent privata organisationer eller subjekt.

### 2.4 Kompletterande normgivning

Ett annat begrepp, som används främst på redovisnings- och skatteområdet, är begreppet ”kompletterande normgivning”. Av motiven till ny bokföringslag anges att kompletterande normgivning ges ut i form av Finansinspektionens allmänna råd för finansiella företag. Vidare anges att utvecklingen av god redovisningssed skall ske genom kompletterande normgivning av bokföringsnämnden och redovisningsrådet.<sup>47</sup>

I många avseenden används begreppen kompletterande normgivning och soft law för att illustrera samma fenomen, dvs. utomrättsliga, icke bindande normer som bär kännetecknen från ”hard law” och som också i praktiken, av

<sup>45</sup> Lena Olsen, Det konsumenträttsliga regelverket – en överblick över ett dynamiskt rättsområde, JT 2001–02 s. 818.

<sup>46</sup> Olsen, a.a. s. 818.

<sup>47</sup> Prop. 1998/99:130 s. 1., Jan Bjuvberg, Redovisningens betydelse för beskattningen, 2006, s. 117.

aktörerna på marknaden, uppfattas som bindande och efterlevs i hög grad. Normerna utgör tolkningsdatum av andra rättsregler, som t.ex. vad som är ”god redovisningssed” vilket har betydelse t.ex. vid beskattningsfrågor eller skadeståndsfrågor. Den kompletterande normgivningen ger liksom soft law upphov till diskussioner normgivningens rättsliga ställning.<sup>48</sup>

Också begreppet ”kompletterande normgivning” överlappar sålunda delvis begreppet ”soft law”. All soft law utgör emellertid inte kompletterande normgivning, utan i vissa fall kan soft law vara den enda normgivningen på området,<sup>49</sup> eller ha en funktion som en alternativ normgivning till andra normer.

### 3. Soft law-reglering av försäkringsrätten

#### 3.1 Inledning

Det kan diskuteras om begreppet ”soft law” är det lämpligaste för att beskriva den utomrättsliga normgivningen på försäkringsrättens område. Inte för något av de nämnda begreppen ”soft law”, ”självreglering”, ”kompletterande normgivning” eller ”samreglering” finns en enhetlig definition. Vilket begrepp som används är därför inte av avgörande betydelse. Det är fullt tänkbart att använda begreppen ”självreglering” eller ”kompletterande normgivning” och därmed ge begreppen en mera utvidgad betydelse än vad som förekommit traditionellt i doktrinen. Begreppet soft law är emellertid det begrepp som bäst lämpar sig för att fånga upp all den utomrättsliga normgivning som finns på försäkringsrättens område.

Att generellt tala om *kompletterande normgivning* på försäkringsområdet skulle vara missvisande. I viss mån har utomrättsliga normer en kompletterande funktion. Finansinspektionens allmänna råd om vad som är god försäkringsförmedlingssed har det syftet. Trafikskadenämndens hjälptabeller kompletterar regeln i skadeståndslagen om ideell ersättning. Svensk Försäkrings etiska regler kan ses som kompletterande normgivning till bestämmelsen i FAL enligt vilken ett försäkringsbolag utan uppskov skall vidta de åtgärder som behövs för att skadan skall kunna regleras. All utomrättslig normgivning på försäkringsrättens område har dock inte en kompletterande funktion, utan kan utgöra den enda normgivningen på området. Det är fallet t.ex.

<sup>48</sup> Prop. 1998/99:130 s. 195 f., Bjuvberg, a.a. s. 117 ff.

<sup>49</sup> Gold a.a. s. 444 som beskriver att soft law-regler kan ha en funktion som ”the only alternative to anarchy”.

med Svensk Försäkrings tekniska rekommendationer. Det kan också vara fråga om alternativa normer, vilket är fallet med branschöverenskommelserna eller PEICL.<sup>50</sup>

Man skulle kunna tänka sig att i stället generellt använda sig av begreppet *självreglering* för att illustrera den utomrättsliga normgivningen på försäkringsrättens område. Även om det i doktrinen förs en diskussion om självregleringens effekt på civilrättens område<sup>51</sup> används begreppet främst i en *näringsrättslig kontext*. Med det synsättet exkluderar begreppet t.ex. Trafikskadenämndens hjälptabeller, allmänna reklamationsnämndens och de branschgemensamma nämndernas avgöranden och branschöverenskommelserna.

Inte heller begreppet *samreglering* inrymmer all den utomrättsliga normgivningen på försäkringsområdet. Begreppet riktar udden mot själva förfarandet dvs. när den utomrättsliga regleringen tas fram i samråd med officiella organ. Mycket av den normgivning som äger rum på försäkringsrättens område sker med inblandning från officiella organ. Till Allmänna reklamationsnämnden, Trafikskadenämnden och Patientskadenämnden utses ledamöterna av regeringen och Finansinspektionens allmänna råd är ofta komplement till bindande föreskrifter. Långt ifrån all utomrättslig normgivning är dock ett resultat av samreglering. De flesta tvistlösningsorgan verkar utan inblandning från statligt håll och även mycket av Svensk Försäkrings arbete sker branschinternt.

Man kan också tänka sig att man använder olika begrepp för olika fenomen och därvid benämner Svensk Försäkrings vägledande råd som självreglering och Finansinspektionens allmänna råd som kompletterande normgivning. Begreppet soft law i vid bemärkelse, dvs. normer som innebär normgivning utan rättslig bundenhet som i hög grad följs och efterlevs i branschen, inrymmer emellertid all utomrättslig normgivning som finns på försäkringsrättens område. De karaktärsdrag, fördelar och problem som lyfts fram i den doktrin som behandlar soft law i en internationell kontext kan appliceras också på den utomrättsliga reglering som förekommer på den nationella försäkringsrättens område. Därmed är inte sagt att en norm inte kan definieras som varandes *både* soft law och t.ex. självreglering eller kompletterande normgivning.

Det finns en nackdel med att använda begreppet soft law för att beskriva utomrättslig normgivning. Begreppet soft "law" kan anses missvisande efter-

<sup>50</sup> Principles of European Insurance Contract Law.

<sup>51</sup> Korling, a.a. s. 550 ff.

som det ger sken av att det skulle vara frågan om i och för sig bindande rätt. Enligt Klabbers skulle konceptet soft law inte utgöra ett problem om det endast användes som en deskription på ett fenomen. Han skriver: "The problem with law, however, perhaps more so than with other academic disciplines, is that descriptive categories sooner or later transform into normative categories."<sup>52</sup> Det är dock tveksamt om det finns någon risk att en norm genom att beskrivas som "law" automatisk tillerkänns ett normativt värde. Producenter av soft law är utomrättsliga organ och det främsta karaktärsdraget för soft law är att normerna inte är bindande. Det normativa värde som eventuellt tillkommer en soft law-norm orsakas av att de beaktas i domstolar, av lagstiftare eller av branschaktörer och då har benämningen på normen ingen betydelse.

En utvärdering av all utomrättslig normgivning på försäkringsrättens område är inte görlig inom ramen för denna översikt. Nedan skall ett urval av den svenska utomrättsliga regleringen på försäkringsavtalsrättens område belysas ur ett soft law-perspektiv. Den soft law som behandlas är Finansinspektionens allmänna råd, Trafikskadenämndens hjälptabeller, Svensk Försäkringsrekommendationer, Allmänna reklamationsnämndens samt de branschgemensamma nämndernas avgöranden. De valda normerna bär alla soft laws karaktärsdrag som icke bindande normer som i hög grad respekteras och efterlevs av branschen. Inom ramen för denna framställning har jag valt att inte behandla *standardavtalen* eller *branschöverenskommelserna*. Dessa kan anses ha ett normativt värde, men utgör i första hand överenskommelser som är bindande mellan parterna. Inom ramen för denna framställning har jag valt att inte heller behandla de *yrkesetiska normerna* utfärdade av t.ex. advokatsamfundet. Dessa normer har visserligen betydelse på försäkringsrättens område, vid t.ex. ansvarsförsäkringen, och kan behandlas närmare i ett sådant sammanhang. Också *bolagens interna instruktioner* som t.ex. skadehandböcker lämnas därhän för tillfället.

### 3.2 Finansinspektionens allmänna råd

Finansinspektionen utfärdar föreskrifter och allmänna råd som reglerar främst försäkringsrörelserättsliga frågor, men också på det civilrättsliga området finns föreskrifter och allmänna råd. Att fastställa soft law-normer i form

<sup>52</sup> Klabbers, a.a. 1998, s. 385.

av allmänna råd har sina fördelar. Regelutgivningen blir enklare, det går snabbare och kan lättare ändras vid behov än rättsregler.

Medan föreskrifterna är bindande för dem som bestämmelserna riktar sig till är de allmänna råden inte bindande. Trots det *uppfattas* de allmänna råden i praktiken som bindande normer och aktörerna följer också råden i hög grad. Att de allmänna råden uppfattas som bindande beror dels på normernas utformning. Det är vanligt att FI:s normgivande verksamhet sker i form av ”föreskrifter *och* allmänna råd”. Det är fallet t.ex. med FFFS 2008:26 om årsredovisning i försäkringsföretag där de allmänna råden följer respektive paragraf i föreskriften.

I vissa fall är det inte möjligt att delegera normgivningsmakt till FI. Det har fått konsekvensen att FI kan författa två parallella normdokument – ett med benämningen föreskrifter och ett med benämningen allmänna råd. Sålunda innehåller t.ex. FFFS 2009:6 föreskrifter *och* allmänna råd om ersättningspolicy för kreditinstitut, värdepappersbolag och fondbolag medan FFFS 2009:7 innehåller endast allmänna råd om ersättningspolicy för försäkringsföretag, börser, clearingorganisationer och institut för utgivning av elektroniska pengar. Av ingressen till FFFS 2009:6 framgår att kompetensen har tilldelats Finansinspektionen. Motsvarande delegering saknas i de författningar som reglerar de övriga verksamheterna. Dokumenten är i stort sett identiska med den skillnaden att samtliga föreskrifter anger att en verksamhetsutövare ”ska” agera på ett visst sätt medan reglerna i de allmänna råden anger att verksamhetsutövaren ”bör” agera på ett visst sätt. Samma regler är sålunda att se som bindande föreskrift mot en bransch och som en icke bindande föreskrift mot en annan bransch.

I den internationella soft law-doktrinen har påpekats att det kan vara svårt för en aktör att bedöma de allmänna rådets normativa styrka.<sup>53</sup> På motsvarande sätt kan det för en aktör vara svårt att bedöma vilken normativ status myndigheternas allmänna råd har. Visserligen följer inga direkta sanktioner med ett brott mot de allmänna råden, men ett brott mot reglerna kan medföra indirekta sanktioner. HD har i ett antal fall haft att pröva vilket rättslig verkan de allmänna råden har. I t.ex. NJA 1993 s. 163 hade tre syskon ingått en generell borgen. Till säkerhet för två av krediterna erhöll banken företagshypotek. Fråga var om banken uppfyllt sin informationsskyldighet mot borgensmännen. HD hänvisade till Bankinspektionens rekommendationer angående informationsskyldighet och menade att dessa medförde en

<sup>53</sup> Chinkin, a.a. s. 866.

förpliktelse för banken att iaktta.<sup>54</sup> De allmänna råden kan vidare ha en effekt på bevisbördans placering vid t.ex. skadeståndsskyldighet. Om en aktör väljer att avvika från allmänna råd kan *bevisbördan* övergå till aktören som har att visa att dennes agerande inte var vårdslöst och orsakat den skadelidande skada. Den skadelidande har därmed lättare att styrka ett oaktsamt beteende mot bakgrund av en oaktsamhetspresumtion som en avvikelse i efterlevnad av de allmänna råden innebär.<sup>55</sup>

En annan förklaring till att FI:s allmänna råd i hög grad följs och efterlevs av de aktörer som träffas av dem är att reglerna är utfärdade av den myndighet som utöver tillsyn över verksamheten, samt att de allmänna råden har ett normativt syfte. FI förväntar sig att de allmänna råden skall efterlevas. Av den besluts-PM som följer FFFS 2009:6 och FFFS 2009:7 (dvs. de dokument som uppställer parallella regler i form av föreskrifter och allmänna råd) framgår att avsikten är att regleringen i form av allmänna råd medger företagen använder alternativa lösningar förutsatt att dessa leder fram *till samma resultat och kan motiveras*.<sup>56</sup> FI här uppställer här en ”följ eller förklara”-princip som innebär att en aktör visserligen kan välja alternativa handlingsätt, men har en förklaringsbörda om annat handlingsätt väljs. För en aktör måste regleringen uppfattas som i praktiken bindande på ett sätt som suddar ut gränsen mot bindande föreskrifter.

Också upphävda föreskrifter med tillhörande allmänna råd kan ha en normerande funktion. Vad som utgör god försäkringsförmedlingssed framgår av de allmänna råd utgivna av Finansinspektionen i FFFS 1995:52. De allmänna råden om god försäkringsmäklarsed är indelade i fem kapitel; allmänna bestämmelser, mäklaruppdraget, ersättning för uppdraget, avskiljande och vidarebefordran av pengar och andra tillgångar samt försäkringsbrev och försäkringsbevis. Föreskriften har upphävts från och med den 1 juli 2005 då FI:s föreskrifter och allmänna råd om försäkringsförmedling (FFFS 2005:11) trädde i kraft. Dessa föreskrifter innehåller emellertid inga allmänna råd om vad som skall anses utgöra god försäkringsförmedlingssed. I propositionen till försäkringsförmedlingslagen anges att någon anledning att frångå då gällande regler för försäkringsmäklare och andra jämförbara yrkesutövare inte finns.<sup>57</sup> De allmänna råden fastslagna i den numera upphävda

<sup>54</sup> Se vidare Korling, a.a. s. 535 f.

<sup>55</sup> Korling, a.a. s. 567.

<sup>56</sup> Se FI:s besluts-PM 2009-12-11 s. 3.

<sup>57</sup> Prop. 2004/05:133 s. 98 f.

FFFS 1995:52 får alltså ännu anses normera god försäkringsförmedlings-sed.<sup>58</sup>

Soft law av den här karaktären ligger de bindande rättsreglerna nära. Om adressaten till en föreskrift är ett försäkringsbolag kan man förmoda att den som tar del av normerna också har förmåga att skilja på normernas karaktär. Är adressaten däremot en mindre erfaren person är det inte lika självklart att denne kan se åtskillnad mellan normerna, utan uppfattar båda som i samma grad bindande. De allmänna råden (och även föreskrifterna, för den delen) beskylls ofta av praktiker för att hålla en låg kvalitet, för att vara hastverk som är svåra att tolka och tillämpa. Det kan delvis förklaras med att normgivningen sker på kort tid och utan den granskningsprocess som lagstiftning genomgår. Men om reglerna i form av allmänna råd är oklara, samt att det är oklart vilka indirekta sanktioner som följer med ett brott mot reglerna, finns en risk att råden i stället för förutsebarhet skapar en osäkerhet ibland norm-adressaterna.

### 3.3 Hjälp tabellerna

Vid ideell ersättning är det på grund av avsaknad av objektiva måttmetoder egentligen omöjligt att individuellt fastslå ett belopp som skall kompensera lidande. I Danmark har man valt vägen att fastslå beloppen i lag.<sup>59</sup> I Frankrike och England är det domstolspraxis som vägleder.<sup>60</sup> I svensk rätt har man sedan länge brukat tabeller. Ursprungligen fastställdes tabellerna i lag. Lagen om arbetsgivarnas ekonomiska ansvar för skada till följd av olycksfall i arbetet infördes 1901. I lagtexten angavs invaliditetsgrader som allmänt skulle tillämpas, exempelvis 50 % för förlust av ena handen eller foten, 25 % för en tumme, 20 % vid blindhet på ett öga och 10 % vid ensidig hörsel-förlust. Också vid trafikskador fastställdes ersättningarna i tabeller. De första branschgemensamma invaliditetstabeller lär ha härstammat från slutet av 1800-talet i de ersättningsnormer som gällde i tysk privatolycksfallsförsäkring. Avsikten med dessa var i och för sig inte att fastställa medicinsk invaliditet i betydelsen funktionsförlust, utan i stället att få ett mått på ersättnings-nivån vid olika skadetyper.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Tom Riese, *Försäkringsförmedling*, 2006, s. 35, Jansson m.fl. *Juridik – personförsäkring*, 2007, s. 111.

<sup>59</sup> Jens Møller och Michael S. Wiisbye, *Erstatningsansvarsloven*, København, 2002, s. 98 ff.

<sup>60</sup> Roos, *Ersättningsrätt och ersättningssystem*, 1990, s. 155.

<sup>61</sup> Se inledningen till tabellverket *Gradering av medicinsk invaliditet*, 2004.

Den nu gällande *Hjälptabell för bestämmande av ersättning för sveda och värk* samt *Hjälptabell för 2010 för bestämmande av ersättning för medicinsk invaliditet* (de s.k. hjälptabellerna) ges ut av Trafikskadenämnden och publiceras på nämndens hemsida. Tabellerna är indexreglerade och omarbetas med jämna mellanrum. Trafikskadenämnden ger också ut en *Lathund* som reglerar vissa ersättningsbelopp för gamla skador, dvs. skador som har inträffat före 2002. Svensk Försäkring<sup>62</sup> har genom en arbetsgrupp arbetat fram tabellverket *Gradering av medicinsk invaliditet 2004* som fastställs av Trafikskadenämnden. Motsvarande tabellverk finns om invalidisering på grund av sjukdomar.<sup>63</sup>

Tabellerna är endast rekommendationer och utgör inte bindande normer. I inledningen till tabellen om gradering av medicinsk invalidisering på grund av sjukdomar anges att ”användandet är givetvis helt frivilligt”. Av inledningen till hjälptabellen *Gradering av medicinsk invaliditet* framgår att tabellerna utgör endast rådgivande riktlinjer och måste användas med praktiskt kliniskt omdöme, särskilt som många skador och skadekombinationer självklart aldrig kan förutses. Av cirkulär nr 2-2010 framgår att Trafikskadenämnden har förbehållit sig rätt att, när särskilda skäl finns, rekommendera en annan ersättning än som följer av en strikt tillämpning av gällande tabellverk. Trafikskadenämndens hjälptabeller är sålunda inte bindande ens för Trafikskadenämnden. Nämnden har också i ett fåtal fall, vid försvårande omständigheter, utgivit en högre ersättning än vad som framgår av tabellen.<sup>64</sup>

Hjälptabellernas främsta funktion är att tjäna som kompletterande normgivning till 5:1 skadeståndslagen (1972:207) som reglerar den skadelidandes rätt till ideell ersättning vid personskada i form av ersättning för fysiskt och psykiskt lidande av övergående natur (sveda och värk) eller av bestående art (lyte eller annat stadigvarande men). Bakom hjälptabellerna för sveda och värk samt lyte och men finns en normativ avsikt och tabellerna följs av hela försäkringsbranschen.<sup>65</sup> Tabellerna används också av domstolarna. I NJA 1972 s. 81 fastställde HD grundsatsen att ideell ersättning får bestämmas

<sup>62</sup> Dåvarande Försäkringsförbundet.

<sup>63</sup> Försäkringsförbundets tabell om gradering av medicinsk invalidisering på grund av sjukdomar.

<sup>64</sup> Madeleine Randquist m.fl., *Ersättning vid personskada*, 2009, s. 104.

<sup>65</sup> Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, åttonde upplagan, 2010, avsnitt 22.6, Ola Schönning och Marie Svendenius, *Skadad – vart vänder jag mig?*, 1999 s. 103, Randquist m.fl. s. 156.



schablonmässigt. Domstolarna tillmäter också tabellerna stor betydelse.<sup>66</sup> HD har dock i några fall gjort avsteg från tabellen och i stället utdömt ett skäligen skadestånd,<sup>67</sup> eller ett rimligt belopp.<sup>68</sup>

Hjälptabellerna har tillämpats i Sverige i över 100 år och åtnjuter stark legitimitet i svensk rätt. Reglerna kan vid behov ändras relativt enkelt utan att genomgå en tung lagstiftningsprocess. I över 100 års tid är det alltså branschen som har fastställt ersättningsnivåerna för ideell ersättning vid personskada. En fråga man kan ställa sig är om det har inneburit att branschens intressen därmed har prioriterats genom t.ex. en återhållsamhet i utvecklingen av ersättningsnivåerna. Hur det än är med den saken har hjälptabellerna accepterats av HD, i doktrinen och även politiskt. Det finns inga planer på att överge systemet med schablonersättning fastställt i tabeller. Vid 2001 års lagstiftning om ersättning för ideell skada har skadeprövningsnämndernas verksamhet fått starkt stöd. Kommittén om ideell skada fann att lagen inte uttömmande kunde ange schabloner för ideell skada eller ersättningsnivå, utan att dessa frågor liksom hittills borde överlämnas till rättsbildningen. Kommittén såg positivt på den roll som skadeprövningsnämnderna hade spelat i utvecklingen av praxis, inte minst när det gällde ersättning för ideell skada. Den fann inte anledning att ifrågasätta nämndernas fortsatta betydelse.<sup>69</sup>

### 3.4 Svensk Försäkrings rekommendationer

Utöver ovannämnda tabellverk utfärdar Svensk Försäkring en stor mängd normerande material i form av riktlinjer och tekniska rekommendationer, varav endast några behandlas här. Rekommendationen *God sed för försäkring på Internet* fastlägger allmänna principer för försäkringsbolag som erbjuder konsumenter att ingå försäkringsavtal på Internet. Rekommendationen är anpassad till andan i bestämmelserna i EG-direktivet om elektronisk handel. Reglerna kan utgöra tolkningsdatum vid tolkning av 4 kap. 3 § försäkringsrörelselagen, FRL (2010:2043), enligt vilken ”verksamheten skall bedrivas enligt *god försäkringsstandard*”. Bestämmelsen är tillämplig på försäkrings-

<sup>66</sup> Se t.ex. NJA 1972 s. 81, NJA 1989 s. 389, NJA 1991 s. 766, NJA 1992 s. 642, NJA 1993 s. 68, NJA 1992 s. 740 samt NJA 1996 s. 509 där HD uttryckligen hänvisade till trafikskadenämndens tabeller.

<sup>67</sup> Se t.ex. NJA 2000 s. 278.

<sup>68</sup> Se t.ex. NJA 2004 s. 26.

<sup>69</sup> Prop. 2000/01:68 s. 60 ff.

verksamheten i dess helhet.<sup>70</sup> Reglerna om god sed för försäkring på Internet kan sålunda komplettera regeln i FRL. Svensk Försäkring har vidare utfärdat *Grundläggande principer för skadebehandling*. Principerna, eller de etiska reglerna, innehåller bestämmelser om skaderegleringen som t.ex. att försäkringsbolaget skall lämna aktiv service och utredningen skall utföras så snabbt som möjligt. Dessa etiska regler skapades på 1980-talet för att bemöta en då intensiv kritik som riktades mot branschen i media, och några av dessa bestämmelser har fått lagfästa motsvarigheter.<sup>71</sup>

Reglerna är inte bindande utan utgör endast rekommendationer. Branschen har emellertid åtagit sig att följa skadebehandlingsprinciperna.<sup>72</sup> Bakom rekommendationerna finns ett normativt syfte. Det finns inga direkta sanktioner som följer med en avvikelse från normerna, men de grundläggande principerna kan utgöra tolkningsdatum för 4 kap. 3 § FRL som är tillämplig på skaderegleringen.<sup>73</sup> Vad som närmare avses med uttrycket god försäkringsstandard finns inte preciserat i motiven utan man hänvisar till motiven till 1982 års FRL.<sup>74</sup> Där anges endast att uttrycket innebär att det skall vara fråga om en kvalitativt tillfredsställande standard hos en representativ krets av försäkringsgivare.<sup>75</sup> Av specialmotiveringen framgår att innebörden av begreppet god försäkringsstandard ska fyllas ut främst genom tillsynspraxis och genom allmänna råd utfärdade av Finansinspektionen. Förekommande praxis hos den aktuella kretsen av försäkringsgivare kan också ge viss ledning för tillämpningen.<sup>76</sup> Finansinspektionen har inte utgivit några allmänna råd om vad som skall anses som skadereglering enligt god försäkringsstandard. Svensk Försäkrings grundläggande principer för skadebehandling utgör i stället ett komplement till bestämmelsen i FRL. Ett agerande i strid med de grundläggande principerna kan sålunda vara förenat med risk för eventuella sanktioner vid FI:s tillsyn.

<sup>70</sup> Prop. 1998/99:87 s. 409.

<sup>71</sup> Gunnar Löf, Försäkring – en introduktion, 2006, s. 31.

<sup>72</sup> Löf, a.a. s. 31.

<sup>73</sup> Bertil Bengtsson, Försäkringsavtalsrätt, 2006, s. 302 som hänvisar till motsvarande bestämmelse i 1982 års FRL, 1 kap. 1 a § 3 st. Tidigare föll skaderegleringen in under skälighetsprincipen. Denna skaderegleringsskälighet gällde inte frågan om försäkringsfall förelåg eller inte, utan avsåg rutinerna i skaderegleringen, se prop. 1998/99:87 s. 182, prop. 2003/04:150 s. 127.

<sup>74</sup> Prop. 2009/10:246 s. 444.

<sup>75</sup> Prop. 1998/99:87 s. 193.

<sup>76</sup> Prop. 1998/99:87 s. 409.

De grundläggande principerna kan vidare utgöra ett stöd för tolkning av 2 kap. 7 § FAL, enligt vilken försäkringsbolaget i samband med skaderegleringen är skyldigt att informera den försäkrade om möjligheterna till prövning av beslutet samt preskription. I 7 kap. 1 § 1 stycket 2 meningen FAL anges att ”skaderegleringen skall ske skyndsamt och med beaktande av den försäkrades och annan skadelidandes behöriga intressen”. I övrigt saknas detaljerad reglering av bolagets förpliktelser i samband med skadereglering och de grundläggande principerna kan tjäna som komplement till bestämmelsen.

### 3.5 Nämndsbesluten

En stor del av de försäkringsrättsliga tvisterna löses inom ramen för Allmänna reklamationsnämnden samt de olika branschgemensamma nämnderna. Allmänna reklamationsnämnden och de branschgemensamma nämnderna utgör alternativa tvistlösningsorgan till de allmänna domstolarna på försäkringsområdet. Nämnderna tillämpar gällande rätt. Också de bolagsinterna nämnderna har funktion som alternativt tvistlösningsorgan till de offentliga nämnderna och till domstolarna. Gemensamt för nämndernas beslut är att de inte är bindande för parterna, utan utgör endast *vägledande råd* om hur en tvist bör lösas. Frågan är om dessa vägledande råd har ett normativt värde. Kan nämndsbesluten anses utgöra en ”mjuk” variant av domstolsavgöranden, dels för parterna, dels för utomstående i form av vägledande prejudikat?

Allmänna reklamationsnämnden (ARN) är statlig och inrättades 1968. Allmänna reklamationsnämndens uppgift är att pröva tvister mellan konsumenter och näringsidkare. Nämndens arbete regleras av förordning (2007:1041) med instruktion för Allmänna reklamationsnämnden. ARN prövar endast yrkanden som en konsument framställer mot en näringsidkare. Vidare finns ett antal privata branschgemensamma nämnder. De är privata i den bemärkelsen att dessa är knutna till branschorganisationer eller företag. Dessa nämnder regleras inte av författning utan av interna reglementen. På personskadeområdet finns tre nämnder som är knutna till de stora kollektiva ansvarsförsäkringarna, nämligen trafikförsäkringen, patientförsäkringen och läkemedelsförsäkringen. Den nämnd som är äldst, och som också fattar störst antal beslut, är *Trafikskadenämnden*. I sin tidigaste form, som trafikförsäkringsanstaltens nämnd, har den funnits sedan 1916.

Vidare finns ett antal nämnder som inte är knutna till någon särskild försäkring, utan som är inriktade på särskilda skadetyper. *Ansvarsförsäkringens Personskadenämnd* prövar skaderegleringsfrågor som rör ersättning för personskada när det handlar om en ansvarsförsäkring eller annan försäkring som inte är trafikförsäkring. *Personförsäkringsnämnden* prövar tvister mellan den försäkrade (enskild konsument) och försäkringsbolaget i ärenden som rör liv-, sjuk- och olycksfallsförsäkring, i de fall där det krävs medicinska bedömningar. Personförsäkringsnämnden ersatte Olycksfalls- och sjukförsäkringsnämnden och Livförsäkringens Villkorsnämnd från den 1 januari 2004. *Ombudskostnadsnämnden* har till uppgift att lämna rådgivande yttranden om skäligheten av advokats eller biträdande jurists yrkade arvode och andra kostnadsanspråk som ostridigt kan komma att ersättas genom försäkring, meddelad av medlemsbolag i Svensk Försäkring. Svensk Försäkrings *Nämnd för Rättskyddsfrågor* prövar på begäran av försäkrad eller ombud tvister angående frågor om omfattningen av försäkring och ersättningsanspråk inom rättskydds- och trafikförsäkring. Nämnden prövar även frågor om ombuds lämplighet där försäkringsbolaget inte har godkänt ombudets lämplighet. *Svensk Försäkrings Prövningsförfarande beträffande Ombuds Lämplighet (POL)* prövar på begäran av ombud, försäkringsbolag eller försäkrad ärenden där det enligt villkoren för rättskydds- och trafikförsäkring är bolagets ansvar att få ett ombuds lämplighet prövad. Tidigare fanns i Sverige ett antal nämnder som var specialiserade på att avgöra just försäkringsavtalsrättsliga frågor. *Skadeförsäkringens villkorsnämnd* upphörde 2000.

Nämndsbesluten är inte formellt bindande. Inte ens för parterna. Av 2 § i Trafikskadenämndens reglemente framgår att Trafikskadenämndens yttrande endast är rådgivande. Av 17 § patientskadelagen framgår att nämnden på begäran av patient eller annan skadelidande, vårdgivare, försäkringsgivare eller domstol ska *yttra sig över ersättningsfall*.<sup>77</sup> Också Läkemedelsskadenämnden har en rådgivande funktion, och råden är alltså inte bindande ens för läkemedelsförsäkringsbolaget. Nämnderna lämnar alltså endast icke bindande råd hur en tvist bör lösas. Bolagen kan i vissa fall, som framgår ovan, vara skyldiga att hänskjuta frågor till de branschgemensamma nämnderna, men är trots det inte skyldiga att följa beslutet. Tvisterna kan prövas i allmän domstol och en part kan då framställa nya yrkanden, nya invändningar och fram-

<sup>77</sup> Se även prop. 1995/96:187 s. 68.

ställa ny bevisning.<sup>78</sup> Mot den som vägrar följa ett nämndsbeslut finns inga rättsliga sanktioner.

Däremot kan ett nämndsbeslut medföra vissa indirekta sanktioner. Enligt Heuman kan ett beslut från ARN ha en bevisverkan i senare rättegång,<sup>79</sup> och det finns anledning att anta att ett beslut från en branschgemensam nämnd kan ha samma effekt. ARN-besluten är förenade med en uppföljning av Konsumentverket. På ARN:s hemsida finns statistik på andelen näringsidkare som handlat i enlighet med nämndens beslut. Om näringsidkaren vägrar att följa beslutet hamnar denne på Konsumentverkets ”svarta lista” som publiceras i magasinet Råd och Rön och på Konsumentverkets hemsida. Där hamnar en näringsidkare även om frågan är föremål för domstolsprövning vilket kan diskuteras ur rättssäkerhetssynpunkt. Här finns ett exempel på sådan ”naming and shaming” eller ”black listing” som också belysts i den internationella soft law-doktrinen.

Även om besluten inte är formellt bindande efterföljs de i hög grad av parterna. Till ARN inkommer ca 800 försäkringsärenden per år. I ungefär 15 procent av fallen får den försäkrade, dvs. kunden rätt mot försäkringsbolaget. Bolagen följer nämndens avgörande i så gott som samtliga fall.<sup>80</sup> På Läkemedelsförsäkringsföreningens hemsida framgår att läkemedelsförsäkringen alltid följer läkemedelsnämndens yttranden.<sup>81</sup>

En förklaring till efterlevnaden är att bolagen i vissa fall är skyldiga att pröva frågor i nämnden, vilket gör det naturligt att också följa besluten. Bolagen måste sålunda i vissa fall hänskjuta frågor till Trafikskadenämnden eller till Personförsäkringsnämnden. Man kan också anta att de organ som inrättat nämnderna förväntat sig att parterna skall följa besluten. Av stadgarna kan framgå att bolaget är skyldigt att meddela nämnden om man väljer att avvika från beslutet. Av 11 § 6 stycket i stadgarna för Personförsäkringsnämnden framgår att om ett försäkringsföretag avviker från nämndens yttrande ska företaget snarast skriftligt meddela detta och ange skälen för avvikelserna. På samma sätt framgår av 14 § 9 stycket i stadgarna för Ansvarsförsäkringens personskadenämnd att om ett bolag avviker från nämndens yttrande ska bolaget snarast skriftligt meddela nämnden detta och ange skälen för avvikel-

<sup>78</sup> Se Lars Heuman, Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder, 1980, s. 732.

<sup>79</sup> Se Heuman, a.a. s. 636.

<sup>80</sup> <http://www.arn.se/Statistik-och-remissvar/Statistik/>.

<sup>81</sup> <http://ly.eddy.se/>.

sen. Även här, liksom vid Finansinspektionens allmänna råd kan sägas råda en ”följ eller förklara”-princip.

En fråga är om besluten har något normativt värde för andra än parterna. Svaret måste bli att det beror på. Klart är att det inte följer ens indirekta sanktioner för ett bolag som inte är part som inte inrättar sig efter ett nämndsavgörande. Tvister som hänskjuts till nämnderna gäller ofta rena bevisfrågor som saknar principiellt intresse. Sådana beslut har inget normativt värde. Vidare är nämndsbesluten ofta mycket kortfattade. Det är inte alltid möjligt att av beslutet se bakgrunden till tvisten eller föremålet för tvisten. I en del av ARN:s beslut i avtalstolkningsfrågor går det inte ens att utläsa vilket försäkringsvillkor som varit föremål för tolkning.<sup>82</sup> I sådana fall har nämndsbesluten inte heller något normativt värde. Ett annat problem med nämndsbesluten är att de emellanåt är så illa motiverade att det inte är möjligt att utläsa någon princip eller regel att följa. Ytterligare ett problem är nämndernas sammansättning. Ledamöterna i vissa nämnder är utsedda av regeringen eller statligt kontrollerade organ vilket skapar viss legitimitet. I andra nämnder utses en majoritet ledamöterna av försäkringsgivarsidan, vilket i sig utgör ett legitimitetsproblem.

Nämndsbeslutens ställning inom ramen för den traditionella rättsdogmatiska rättskälleläran är omdiskuterad,<sup>83</sup> men försäkringsjurister vittnar om att de åberopas i det *praktiska* rättslivet. Relevanta nämndsbeslut beaktas vid skaderegleringen och kan ligga till grund för avtalstolkning och avtalsskrivning. På så sätt verkar besluten handlingsdirigerande och har rent faktiskt ett visst normativt värde. Liksom vid internationell soft law-reglering kan det finnas en *normativ avsikt* bakom nämndsbesluten som riktas även mot andra än parterna. Nämnderna förväntar sig att besluten kan komma att användas som allmän vägledning, vilket är karaktäristiskt för soft law. För att så ska kunna ske måste de göras tillgängliga. Av 8 § i Arbetsordningen för Trafikskadenämnden fastställs att ”yttranden av allmänt intresse som kan vara vägledande för skaderegleringsverksamheten skall delges samtliga bolag samt, i den utsträckning som finns lämplig, myndigheter, Sveriges advokatsamfund och andra institutioner och organisationer som har intresse därav”. Patientskadenämnden ger ut en referatsamling med yttranden i principiellt svåra frå-

<sup>82</sup> Marcus Radetzki, Orsak och skada, 1998, s. 151 med hänvisningar.

<sup>83</sup> Radetzki, a.a. s. 151.

gor, så som t.ex. tolkning av begreppet ”patient”, ”personskada” eller ”behandlingsskada”.

Även om det är tveksamt om nämndsbesluten har ett självständigt normativt värde kan dessa sammantaget med andra normativa instrument ha ett *indirekt* normativt värde. I doktrinen beaktas nämndsbesluten frekvent.<sup>84</sup> På personskadeområdet har Trafikskadenämndens yttrande betydelse också i principiella frågor som t.ex. beviskrav vid inkomstbortfall,<sup>85</sup> tolkning av skadetabeller,<sup>86</sup> principiella frågor om schabloner vid avkastning,<sup>87</sup> kretsen av ersättningsberättigade,<sup>88</sup> hur kombinationer av egna skador och chockskador skall bedömas,<sup>89</sup> jämningsfrågor<sup>90</sup> samt rätten till omprövning av ersättning.<sup>91</sup> Den s.k. 90 %-regeln, som är en regel enligt vilken ersättning för inkomstförlust inte får jämkas med högre belopp än vad som svarar mot 10 % av inkomstunderlaget, är försäkringspraxis inom hela försäkringsbranschen och formulerades av trafikförsäkringsanstaltens nämnd i cirkulärreferat 2/1980.<sup>92</sup>

Det är vanligt med hänvisningar till avgöranden av Skadeförsäkringens Villkorsnämnd när det gäller tolkningsfrågor. Effekten av att besluten beaktas i doktrin är att dessa, som har ett tveksamt självständigt normativt värde, i sitt sammanhang får ett visst normativt värde som doktrin. Besluten har i en sådan kontext en funktion i rättsbildningen.

Effekten kan sägas bli densamma när *HD* inhämtar yttranden från nämnderna,<sup>93</sup> hänvisar till nämndsbeslut,<sup>94</sup> samt följer de bedömningar som görs. I t.ex. NJA 1981 s. 920, där föraren av en bil uppsåtligt medverkade till att

<sup>84</sup> Se t.ex. Bertil Bengtsson, Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden, 1960, Jan Hellner, Försäkringsrätt, 1965, Edvard Nilsson och Erland Strömbäck, Konsumentförsäkringslagen, 1984, Carl Martin Roos, Ersättningsrätt och ersättningssystem, 1990, Harald Ullman, Försäkring och ansvarsfördelning, 1999, Radetzki, Orsak och skada, 1998, Bengtsson, Försäkringsavtalsrätt, 2006, Jessika van der Sluijs, Direktkrav vid ansvarsförsäkring, 2006, Peter Lagerström, Företagsförsäkring, 2007.

<sup>85</sup> Randquist m.fl. a.a. s. 104.

<sup>86</sup> Randquist m.fl. a.a. s. 169.

<sup>87</sup> Randquist m.fl. a.a. s. 188.

<sup>88</sup> Randquist m.fl. a.a. s. 194.

<sup>89</sup> Randquist m.fl. a.a. s. 196 f.

<sup>90</sup> Randquist m.fl. a.a. s. 203 ff.

<sup>91</sup> Randquist m.fl. a.a. s. 229.

<sup>92</sup> Randquist m.fl. a.a. s. 206.

<sup>93</sup> Se t.ex. NJA 1996 s. 639 där yttranden inhämtades från Sveriges försäkringsförbund, trafikskadenämnden och ansvarsförsäkringens personskadenämnd.

<sup>94</sup> Se t.ex. NJA 1994 C 6 där HD hänvisade till ett avgörande från Skadeförsäkringens Villkorsnämnd i motiveringen till att lämna prövningstillstånd i HovR:n.

han omkom till följd av trafik följde HD Trafikskadenämndens bedömning angående jämkning av begravningskostnader. I NJA 1982 s. 668 hade en man allvarligt skadats vid en trafikolycka och en kort tid därefter avlidit. Med anledning av olycksfallet reste en son till honom hem från Australien, medan fadern ännu var i livet. I målet prövades rätten till ersättning för sonens resekostnader och förlust av arbetsförtjänst på grund av resan. HD inhämtade yttrande från Trafikskadenämnden som anförde att om det framstår som rimligt att antaga att den som besöker en skadad, vilken kort därefter avlider, skulle ha varit närvarande vid begravningen även om besöket inte blivit av, bör ersättning för kostnader utgå i skälig omfattning. HD följde i domen det uttalandet. I NJA 1993 s. 192 som gällde bestämmande av personskadeersättning anslöt sig tingsrätten uttryckligen till personskadenämndens bedömning gällande beräkning av inkomstförlust. Den numera upphävda villkorsnämndens bedömningar har av HD följts i t.ex. NJA 1996 s. 727 som gällde tolkning av en klausul som undantog tvister som aktualiserades vid äktenskapsskillnad. Patientskadenämnden har beretts inkomma med yttranden till HD i t.ex. NJA 1990 s. 442 där en patients samtycke före en operation inte kunde anses omfatta ett ingrepp som innebar att en nervtråd skulle komma att skäras av. Nämnden fann att informationsfrågan inte hade någon självständig betydelse. I stället skall det objektiva medicinska händelseförloppet utredas. Däremot kan informationen ha betydelse vid medicinskt omotiverade ingrepp. HD för i sin prövning av samma ärende ett resonemang huruvida ingreppet var medicinskt motiverat och fann att det inte grunda skadeståndsskyldighet för landstingskommunen eftersom ingreppet var försvarligt. Också praxis från Allmänna reklamationsnämndens försäkringsavdelning beaktas. I t.ex. NJA 2006 s. 721, där det var fråga om vilket beviskrav som skulle gälla för trafikskadeersättning för skada som orsakats genom vållande hänvisades till ett beslut från ARN i samma ärende enligt vilket beviskravet sänktes. När HD hänvisar till eller beaktar ett nämndsbeslut eller yttrande bidrar också beslutet eller yttrandet till ökad förståelse för HD-avgörandet. Besluten får i detta sammanhang kanske inte ett självständigt normativt värde, men har en rättsbildande funktion. De uppfattas vara värda att beaktas om de innehåller relevanta skäl för beslutet.

Sammanfattningsvis har Allmänna reklamationsnämndens och de branschgemensamma nämndernas verksamhet en stark ställning som tvistlösningsorgan på det försäkringsrättsliga området. Nämndsbesluten följs i hög grad av parterna som uppfattar besluten som auktoritativa. Även för andra än par-



terna kan nämndsbesluten ha en vägledande funktion och beaktas av domstolarna, i doktrinen och av branschen vid avtalskrivande och skadereglering. Det ligger en normativ avsikt bakom nämndsbesluten eftersom de offentliggörs i syfte att tjäna som vägledning. Vissa nämnder för efterlevandestatistik som offentliggörs. Nämndsbesluten kan sammantaget betraktas som en ”mjuk” modell av domstolsavgöranden.

Twistlösning genom nämnder är förenat med legitimitetsproblem. Försäkringstvister löses i första hand av branschexperter och inte av allmän domstol. I nämnderna finns inte försäkringstagarkollektivet representerat, vilket betyder att det är representanter för branschen som bedömer hur de försäkringsrättsliga tvisterna skall lösas. Det utgör i sig ett legitimitetsproblem. Nämndsbesluten är dessutom ofta är knapphändigt motiverade vilket medför att det finns en begränsad möjlighet till insyn i hur försäkringstvisterna löses. Den bristande insynen i twistlösningen är ett problem ur ett rättskälleperspektiv, eftersom det endast finns en mager rättspraxis som kan tjäna som vägledning vid tillämpning av rättsreglerna på försäkringsrättens område. Ett starkt, etablerat nämndssystem kan vara förenat med en risk för att i alla fall underrätterna, av någon slags respekt för ”branschexpertisen” frestas att acceptera de bedömningar som ofta gjorts i första hand av nämnderna.

Det finns åtgärder som skulle kunna vidtas i syfte att stärka legitimiteten hos nämndsbesluten. Sådana åtgärder skulle kunna vara utförligare motiveringar av besluten, att tillsätta ledamöter som representerar försäkringstagarkollektivet alternativt öka andelen lagfarna domare som inte representerar branschen. Att nämndernas funktion som twistlösningsorgan är viktig, kostnadseffektiv och också konsumentvänligt ifrågasätts inte, men kanske skulle nämndernas funktion som rättsbildare kunna stärkas.

#### 4. Det rättspluralistiska synsättet

Ur ett strängt rättspositivistiskt perspektiv med vidhängande snäva rättskällelära kan den soft law som behandlats ovan inte anses utgöra gällande rätt. Soft law-normerna har inte tillkommit i den traditionella rättsskapande processen och har ingen formell status som rättskälla. Som visats har soft law trots det en stor betydelse på försäkringsrättsområdet eftersom det används i det praktiska rättslivet men även beaktas av domstolar, lagstiftare och i doktrinen. I Jan Hellners verk *Försäkringsrätt* finns omfattande hänvisningar till nämndspraxis. Marcus Radetzki skriver att det vore verklighetsfrämmande att i arbetet om tolkning av försäkringsvillkor inte beakta nämndspraxis. I

den personskaderättsliga doktrinen hänvisas frekvent till hjälptabellerna och till Trafikskadenämndens praxis. Ett erkännande av andra än traditionella rättskällor utgör inte nödvändigtvis en grundläggande kritik av den traditionella rättskälleläran, utan endast ett konstaterande att antalet rättskällor varierar beroende på rättsområde. Ett erkännande av att det finns olika praxis i fråga om rättskällor på olika rättsområden kan motiveras genom ett anammande av ett rättspluralistiskt synsätt.

Pluralistiska eller polycentriska (polycentrin kan beskrivas som en variant av pluralismen)<sup>95</sup> teorier har sin utgångspunkt i antagandet att människor tillhör, eller känner samhörighet med, olika slags grupperingar och uppfattar sig själva bundna av de normer som råder inom de olika grupperingarna.<sup>96</sup> Sådana grupper kan utgöras av stater, länder eller kommuner, men också etniska grupper, religiösa grupper, branschorganisationer eller föreningar.<sup>97</sup> Rätten produceras inte endast av ”*rättsproducenter*” utan även av andra, utomrättsliga organ.

Rättspluralismen innebär bl. a. att det finns flera överlappande rättsordningar av olika karaktär och att skilda typer av rättstillämpare har olika källor och metoder för sin rättstillämpning. Rätten kan inte ses som ett harmoniskt sammanhängande system utan utmärks av en differentiering i flera avseenden. Rättstillämpningen är oenhetlig och rättskulturen starkt varierad. De olika rättskällorna har olika räckvidd och adressater. Konsekvenserna av den rättsliga pluralismen är bl. a. att systemet är öppet, tolkningsmöjligheterna många och beslutsfattarnas rörelsefrihet stor. Därmed är också handlingsmöjligheterna många för dem som vill bruka systemet för sina syften.<sup>98</sup>

Enligt synsättet binder en norm olika subjekt på olika sätt. Ett förarbetsuttalande är inte bindande för en domstol, men däremot i någon mån bindande för de politiker som har utarbetat motiven. Ytterligare ett exempel är att en statlig myndighets vägledande råd och rekommendationer inte är bindande för dessa, men som ändå efterlevs minst lika slaviskt som bindande föreskrift. En myndighet kan sålunda påverka andra organ, utan att ha kompetens att utställa bindande föreskrifter.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Claes Sandgren, *En social avtalsrätt?* JT 1992–93 s. 457.

<sup>96</sup> Paul Smith Berman, *Global Legal Pluralism*, *Southern California Law Review*, Vol. 80, 2007, s. 1169 f.

<sup>97</sup> Berman, a.a. s. 1170.

<sup>98</sup> Sandgren, a.a. s. 457 f. med hänvisningar.

<sup>99</sup> Henrik Zahle, *Polycentri i retskildelæren*, i *festskrift till Torstein Eckhoff*, 1986, s. 753 f.

Rättspluralismen bottenar i studier i början på 1900-talet där jurister med antropologisk inriktning studerade överlappningen av de normativa systemen som uppstod vid kolonisering.<sup>100</sup> Vid studierna av rättssystemen i de kolonialiserade länderna visades att de inhemska och de europeiska rättssystemen existerade jämsides. Brittisk rätt integrerade sålunda de inhemska rättsordningarna. Dessa tidiga rättspluralistiska studier fokuserade på det hierarkiska samspelet mellan vad som uppfattades vara väsensskilda normsystem. Eftersom föremålet för studierna var väsensskilda normsystem, var det möjligt att påvisa vilken inverkan det ena normsystemet, som t.ex. europeisk rätt, hade på det andra systemet, dvs. det inhemska rättssystemet.<sup>101</sup> Dessa pionjärbeten banade väg för den grundläggande förståelsen för rättspluralismen: ett erkännande av en *mångfald* av normativa ordningar och fokus på interaktionen mellan dessa normativa ordningar.<sup>102</sup>

På 1970- och 80-talen komplicerades den rättspluralistiska vetenskapen på tre olika sätt. För det första ifrågasattes utgångspunkten i de tidigare studierna att det ena systemet dominerade det andra. I stället argumenterades för att de parallella systemen ofta var semisjälvständiga och verkade inom ramen för andra rättssystem, utan att vara helt styrda av dem.<sup>103</sup> Detta synsätt var banbrytande eftersom fokus för studierna flyttades till *relationen* mellan de officiella rättssystemen och andra normsystem som är sammankopplade med de officiella systemen, men som på många sätt är separerade från dessa.<sup>104</sup> För det andra började samspelet mellan normsystemen att betraktas som *dubbelriktat* med följd att ett normsystem influerade och även bidrog till att utveckla andra system.<sup>105</sup> Detta var ett nytt synsätt i förhållande till det gamla, som tenderade att fokusera endast på hur det officiella systemet påverkade och utvecklade de övriga normsystemen.<sup>106</sup> För det tredje kom begreppet ”*rättssystem*” att få en vidare innebörd, och kom att innefatta också många olika former av inofficiella normativa ordningar. Sådana inofficiella normativa ordningar förekom inte bara i kolonialiserade stater, utan även in-

<sup>100</sup> J. Griffiths, What is Legal Pluralism? Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law, 1986 s. 6 f., Sally Engle Merry, Legal Pluralism, Law and Society Review, 1988, s. 870 f., Berman, a.a. s. 1170 ff.

<sup>101</sup> Berman, a.a. s. 1170.

<sup>102</sup> Berman, a.a. s. 1171.

<sup>103</sup> Berman a.a. s. 1171 med hänvisningar.

<sup>104</sup> Engle Merry, a.a. s. 873.

<sup>105</sup> Engle Merry a.a. s. 889.

<sup>106</sup> Berman, a.a. s. 1171.

dustrialiserade länder. Föremål för rättspluralisternas studier blev inte bara normsystemen i en kolonial kontext, utan alla former av sociala normer som i varierande grad hämtar symboliken i det officiella rättssystemet, men som verkar i dess bakgrund.<sup>107</sup>

Utifrån detta nya synsätt kunde andra än antropologiskt intresserade rättsvetare, som de som ägnade sig åt *political theory*, finna ett stort antal icke officiella normsystem också i moderna nationsstater, som t.ex. inom etniska grupper, religiösa grupper, privata normgivningsorgan och en rad institutioner. Termen ”private justice” myntades och avsåg icke officiella system som t.ex. disciplinnämnder, branschorganisationer och andra rådgivande organ, samfund för olika professioner, och förbund.<sup>108</sup> Organ som t.ex. kyrkan, börsen, olika professioner, och försäkringsväsendet är föremål för olika former av utomrättslig normgivning som ofta inkluderar verktyg för tvistlösning inom det egna området.<sup>109</sup>

Den senaste rättspluralistiska forskningen hänvisar sällan till den antropologiska eller den politiska teoribildningen, kanske eftersom teorierna i stället anses grundas på en rättssociologisk teori, närmare bestämt *behavioral law and economics*. Dessa studier har i stället fokus på olika normer och standards som fastställer ett acceptabelt beteende, utifrån partsbruk, sedvana, eller medlemskap i olika organisationer<sup>110</sup> Även om utvecklingen urvattnar rättspluralisternas traditionella fokus på etniska och religiösa grupper, så har den senaste inriktningen den fördelen att också stora transnationella grupperingar där regleringen sker genom långsiktiga förhandlingar kan vara föremål för studier på ett teoretiskt plan.

Med ett rättspluralistiskt synsätt kan man övervinna den oändliga debatten huruvida soft law är rätt över huvud taget. På det hela taget är debatten om ”rätt” kontra ”icke rätt” mindre givande eftersom kärnfrågan är huruvida en viss gemenskap uppfattar sig förpliktad att följa vissa normer, snarare än normernas formella status.<sup>111</sup> Att konstatera att normerna finns, följs och efterlevs har ett värde i sig. På så sätt kan ”gällande rätt” betraktas i en större kontext. Med stöd av rättspluralismen kan man lättare se hur normer vinner legitimitet över tiden, och övervinna tanken på att andra normer än officiella

<sup>107</sup> Engle Merry, a.a. s. 874.

<sup>108</sup> Engle Merry, a.a. s. 877 med hänvisningar.

<sup>109</sup> Berman, a.a. s. 1172.

<sup>110</sup> Berman, a.a. s. 1173.

<sup>111</sup> Berman, a.a. s. 1177.

normer saknar betydelse.<sup>112</sup> ”Not all law takes in place in courts” säger Sally Engle Merry. Ett rättspluralistiskt synsätt kan då förklara glappet mellan ”the law in the books” och ”the law in action”.<sup>113</sup>

## 5. Slutsatser

### 5.1 Soft law-fenomenet i ett nationellt perspektiv

De karaktärsdrag, effekter, fördelar och problem som påvisats med utomrättslig soft law i en internationell kontext kan appliceras även på den utomrättsliga reglering som förekommer på försäkringsrättens område i form av allmänna råd från Finansinspektionen, allmänna råd i form av hjälptabeller från Trafikskadenämnden och Svensk Försäkring, Svensk Försäkrings rekommendationer och även nämndernas tvistlösande verksamhet. Normbildare av internationell soft law är t.ex. internationella branschorgan, Kommissionen, Internationella handelskammaren eller FN, medan det på försäkringsrättens område finns en omfattande nationell utomrättslig reglering. Bildare av soft law på försäkringsområdet är t.ex. Svensk Försäkring, Finansinspektionen, de branschgemensamma nämnderna eller akademiska grupper. Gemensamt för den soft law som behandlats här är att normerna inte är bindande för adressaten. I samtliga fall finns en normativ avsikt bakom normerna. Att i generella termer närmare fastställa effekterna av soft law är inte möjligt eftersom olika normer varierar i styrka. Klart är att den inhemska soft law som behandlats ovan i hög grad beaktas och efterlevs av dem som normerna är riktade till. Med den soft law som finns på försäkringsområdet följer en presumtion på att en korrekt bedömning av en fråga gjorts om den aktuella normen åtföljts, t.ex. vid fastställande av ideell ersättning vid personskada. Soft law på försäkringsområdet utgör också tolkningsdatum för rättsregler, som t.ex. culparegeln i skadeståndslagen. Soft law är det begrepp som på bästa sätt inrymmer all den utomrättsliga normgivning som finns på försäkringsområdet, även om soft law på samma gång kan utgöra självreglering, samreglering eller kompletterande normgivning.

En fråga är om soft law behövs på försäkringsområdet, om det tillför någonting gott. Ingen kontraktstyp är så detaljreglerad som försäkringsavtalet och ingen bransch är så noggrant reglerad som försäkringsbranschen, vilket borde

<sup>112</sup> Berman, a.a. s. 1177.

<sup>113</sup> Engle Merry, a.a. s. 890.

kunna innebära att soft law på området är överflödigt. En sådan fråga är emellertid inte relevant. Soft law är ett faktum. Soft law existerar parallellt med bindande rättsregler, och har i alla fall sedan 1916 bevisligen gjort det i form av nämndsavgöranden. Den utomrättsliga normbildningen är en ständigt pågående process delvis bortom lagstiftarens kontroll. Internationellt har mängden av soft law ökat, vilket beror på att umgänget mellan stater ökar och fler stater deltar i det internationella samarbetet.<sup>114</sup> Ömsesidigt beroende gör att det finns behov av att kunna ingå överenskommelser. Inte heller på ett nationellt plan finns tendenser som pekar på att soft law kommer att få minskad betydelse i framtiden. Det finns exempel där man i stället lämnat traditionell rättsbildning till förmån för soft law. Tidigare var hjälptabellerna fastställda i lag och även normerna för god revisorssed var lagfästa.<sup>115</sup> Skälen är att det är flexibelt att skapa normer genom soft law. Det är inte nödvändigt att iaktta alla de formella krav som gäller för bindande föreskrifter. Soft law bidrar till en pragmatisk förändring och tar fram regler där det finns ett *behov*. Normerna skapas av dem som kan bedöma vilka förändringar som är nödvändiga. Normgivning genom soft law utgör ett incitament för interaktion på flera nivåer och skapar bättre förutsättningar, på gott och ont, att låta expertisen påverka den normskapande processen.<sup>116</sup> Reglering genom soft law är ett faktum som försäkringsrättaren är tvingad att förhålla sig till.

Att soft law tillerkänns viss legitimitet samt att vissa sanktioner följer med soft law är inte oproblemiskt. Genom att det följer vissa sanktioner med soft law kan normerna vara belastande för den enskilde. Soft law är i dessa fall mindre ”soft” än många kanske tror. Soft law skapar därigenom osäkerhet bland adressaterna. Blir man av med tillståndet att utöva försäkringsförmedlingsverksamhet om man inte följer FI:s allmänna råd? Vad händer vid en eventuell tillsyn?

Detta är problematiskt eftersom reglerna har tillkommit genom ett förfarande utanför den traditionella rättsbildningen. Enligt RF:s regler om normgivningsmakten är utgångspunkten att föreskrifter skall ges genom lag som beslutas av riksdagen. I 8 kap. 2 och 3 §§ RF dras en gräns mellan privaträtt och offentlig rätt. Privaträttsliga föreskrifter får endast meddelas genom lag, se 8 kap. 2 § RF. Föreskrifter om enskildas personliga ställning samt om deras personliga och ekonomiska förhållanden inbördes skall utan undantag med-

<sup>114</sup> Landelius, a.a. s. 78.

<sup>115</sup> Korling, a.a. s. 526.

<sup>116</sup> Boyle, a.a. s. 912.

delas i lag. En icke uttömmande uppräknning i 8:2 RF ger vid handen att regler om rätt till fast och lös egendom, om avtal samt om bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser hör till det privaträttsliga området. Om föreskrifterna tillerkänns en hög status på dessa områden är det i praktiken ett kringgående av reglerna om delegation i RF. Ofta undviks problemet med delegation genom att soft law uppfattas som ett tolkningsdatum och inte en regel, som t.ex. en norm för vad som är culpa, vilket enligt lag är en förutsättning för skadestånd.

I kritiken av soft law i den internationella kontexten finns synpunkten att soft law innebär en kapitulation inför marknadskrafterna. Motsvarande kritik skulle kunna framföras för försäkringsbranschen. Det finns också en risk med att *lagstiftaren* släpper kontrollen över branschen och överlåter normgivningen på experterna. Som ett exempel på en sådan företeelse i svensk rätt kan nämnas lagstiftarens val att i stället för att reglera produktansvaret för läkemedel överlåta normgivningen på området på den helt privata läkemedelsförsäkringen. En risk med soft law-lösningar i allmänhet är att normerna inte utgör bindande rätt vilket innebär att det saknas medel att tvinga en aktör att följa de uppställda normerna. En försäkringstagare har inte ”rätt” att få ersättning i enlighet med hjälptabellerna och ett försäkringsbolag är inte skyldigt att skadereglera i enlighet med de uppställda riktlinjerna.

## 5.2 Soft law som en del av den gällande rätten

Vilken normativ status har soft law på försäkringsrättens område? Det går inte att ge ett generellt svar på frågan, men utgångspunkten är att soft law i form av utomrättsliga normer inte kan anses utgöra gällande rätt i traditionell, rättsdogmatisk bemärkelse. Ingen kan vända sig till domstol med ett anspråk grundat endast på att en part handlat i strid med soft law. Klabbers hävdar att problemet med soft law är att så snart en domstol har att beakta normerna finns det två utfall – domstolen väljer att tillämpa soft law vilket betyder att regeln upphöjs till ”hard law”, eller domstolen väljer att inte tillämpa soft law, vilket betyder att regeln sönderfaller i ”no law”.<sup>117</sup> Mot det synsättet kan anföras flera invändningar.

Den första invändningen mot synsättet är att all juridik inte äger rum i domstolen. Soft law karaktäriseras ofta som rätten för ”doers”, eller ”the law in ac-

<sup>117</sup> Klabbers 1996, s. 179.

tion” till skillnad från ”*the law in the books*”. Soft law har mycket stor betydelse för dessa ”doers”, dvs. framför allt skadereglerare och andra medarbetare på försäkringsbolagen, som i hög grad tillämpar normerna i det dagliga praktiska arbetet. Det finns flera förklaringar. En förklaring är att det är praktiskt och kostnadseffektivt att följa en fastslagen standard och att lösa tvisterna i nämnder och undvika att låta dem gå till allmän domstol. Försäkringsbolag masshanterar skadeärenden. 2010 anmäldes 2 121 943 skador inom skadeförsäkring, 688 287 inom hem- och villaförsäkring, 92 456 inom företagsförsäkring, 382 114 inom trafikförsäkring och 959 086 inom motorfordonsförsäkring. Försäkringsverksamhet är en industri i stor skala. Under 2010 inbetalades till skadeförsäkringsbranschen 60 278 miljoner kronor i premier.<sup>118</sup> Försäkringsbranschen har ca 20 000 anställda i Sverige.<sup>119</sup> I försäkringsbranschen möts en mångfald av aktörer vilket gör det nödvändigt med standards av olika slag. Konsumenter möter en kommersiell bransch. Experter möter dem som helt saknar kunskaper om försäkring. Kommersiella intressen står mot konsumentskydd och tillträde till kompensation. I en sådan kontext är en ”standard” som gäller för alla något attraktivt och tilltalande. Den aktör som agerat i enlighet med en soft law-norm kommer i alla fall inte att bli anklagad för att ha handlat helt felaktigt.

Att branschen i hög grad efterlever soft law har inte bara praktiska skäl, utan en annan förklaring är att normernas grundval ger dem viss legitimitet. Soft law-producenternas verksamhet sanktioneras ofta från officiellt håll. Ledamöter till ARN, Trafikskadenämnden och Patientskadenämnden utses av regeringen, vilket stärker dessa verksamheters legitimitet. Nämndernas arbete har starkt politiskt stöd. FI:s allmänna råd kan ses som en förlängning av lagstiftningsmakten vilket ger normerna legitimitet. Landelius ifrågasätter till och med om myndigheters allmänna råd är soft law över huvud taget eftersom ”de är ett uttryck för lagstiftarens vaga normgivning”.<sup>120</sup> En förklaring till legitimiteten hos den soft law som tillkommit genom självreglering är att denna produceras av de berörda aktörerna själva. Eftersom branschen känner ansvar för och deltar i utformningen av regelsystemet ökar ofta systemets effektivitet, flexibilitet och legitimitet.<sup>121</sup>

<sup>118</sup> Försäkringsförbundets statistik Svensk försäkring i siffror 2010.

<sup>119</sup> <http://www.svenskforsakring.se/Statistics/StatBranch/Svfolder/sv2010.pdf>.

<sup>120</sup> Landelius, a.a. s. 76.

<sup>121</sup> Carl Josefsson, Lagstiftning eller självreglering? Olika aspekter på frågan om när och hur lagstiftningsinstrumentet bör användas, SvJT 2001 s. 217.



Soft law är visserligen inte bindande. Det finns inga rättsliga tvångsmedel till hands för att upprätthålla soft law. Däremot kan en aktör inte utgå ifrån att det inte följer några som helst sanktioner med ett handlande i strid med soft law. Besluten i ARN följs upp av ARN och av Konsumentverket. Det förs statistik på antalet näringsidkare som följer nämndsbesluten och den näringsidkare som vägrar följa ett beslut offentliggörs. En ganska vanlig sanktion som följer med soft law är en förklaringsbörd. En aktör som väljer ett annat handlingsätt än det som uppställs i soft law har att motivera avvikelser. En *följ eller förklara-princip* råder. Finansinspektionen kan i det allmänna rådet eller i en tillhörande promemoria uttryckligen ange att den som inte följer rådet har att motivera avvikelser. I stadgarna till vissa nämnder anges att de bolag som inte rättar sig efter nämndsbesluten måste förklara sig. Efterlevnaden av soft law-normer anses ofta vara en presumtion för ett agerande i enlighet med god sed eller god tro. Den som följer normen presumeras handla i enlighet med god sed eller i god tro, vilket skapar en press på bolagen att följa normerna. Den som kan kräva en förklaring är den försäkrade själv, men också medierna kan uppmärksamma det bolag som konsekvent avviker från normerna. Försäkringsbolagen står vidare under Finansinspektionens tillsyn. Det finns därmed en risk för att bolaget får FI:s ögon på sig och kanske betraktas som allmänt oseriöst om inte normerna efterlevs.

Konsekvensen av att man inom bolagen tillämpar normerna är att dessa blir en del av "gällande rätt" så som den praktiseras i "det verkliga livet". I förlängningen vinner normerna legitimitet också som "försäkringsstandard", vilket alltså är den praxis som förekommer, till skillnad från "god sed" som har en värderingsgrund i det att man skiljer på dålig sed.

Den andra invändningen är att en stor del av den soft law som finns på försäkringsrättens område har en funktion som kompletterande eller utfyllande normer till rättsregler. Finansinspektionens allmänna råd kompletterar ofta föreskrifter på samma rättsområde. De allmänna råden har också en kompletterande funktion i förhållande till försäkringsrörelselagen. Hjälptablerna kompletterar de bestämmelser i skadeståndslagen som fastställer att den skadelidande har rätt till ideell ersättning vid personskada. Svensk Försäkrings etiska regler kompletterar försäkringsrörelselagens bestämmelse om att försäkringsverksamheten skall bedrivas i enlighet med god försäkringsstandard. De yrkesetiska reglerna som fastställs i branschorgan eller genom FI:s föreskrifter kompletterar t.ex. culparegeln i skadeståndslagen. Ur det här perspektivet finns det anledning att ställa sig kritisk till Klabbars synsätt som

innebär att följden av att en domstol beaktar soft law är att normen upphöjs till "hard law" eller kollapsar i "no law". Låt oss anta att HD tillämpar en paragraf i ett regelverk som utgör soft law som grund för ett avgörande. Vad händer i ett sådant fall med de paragrafer som inte uttryckligen tillämpats i målet? Enligt Klabbbers synsätt skulle effekten vara att övriga bestämmelser tills vidare behåller sin status som "no law". Och visserligen får den tillämpade regeln normativ status genom prejudikatet, men det finns anledning att anta att effekten av att domstolen tillämpar en enskild paragraf i ett soft law-regelverk blir att *hela* regelverket, dvs. även de regler som inte uttryckligen tillämpats av domstol, av adressaten anses ha en starkare normativ status som soft law.

Den tredje invändningen är att soft law har en betydelse för *rättsbildningen*. På det internationella området finns många exempel där soft law har utvecklats till konventioner och annan bindande rätt.<sup>122</sup> Inom ramen för denna artikel finns inte utrymme för att utreda soft laws bidrag till rättsbildningen i hela sin omfattning på försäkringsområdet, men att den har en betydande inverkan måste erkännas. Ovan har nämnts några exempel där domstolen har accepterat nämndernas bedömningar. I arbetet med nya försäkringsavtalslagen anpassades några bestämmelser efter branschpraxis som den uttryckts i standardavtal. T.ex. togs kravet på grov vårdslöshet bort i regressbestämmelsen i 7 kap. 9 § FAL, vilket motiverades med att bolagen generellt avvek från den dispositiva bestämmelsen i 25 § 1927 års FAL.<sup>123</sup> Även bestämmelsen om framkallande av försäkringsfall i 8 kap. 11 § FAL lär vara ett accepterande av den s.k. moralklausulen som är mycket vanlig i företagsansvarsförsäkringsavtal.<sup>124</sup> Sambandet förtjänar närmare studier men det ligger nära till hands att anta att en del av gällande rätt på försäkringsrättsområdet har sitt ursprung i soft law som t.ex. nämndsbeslut eller hjälptabeller.

Sammantaget skulle ett påstående att soft law inte är en del av gällande rätt vara missvisande. Soft law har ingen självständig ställning som rättskälla, men styr till viss del den praktiska försäkringsverksamheten. En part kan visserligen inte hävda t.ex. avtalsbrott omedelbart på grunden att motparten

<sup>122</sup> Boyle, a.a. s. 904, Chinkin, a.a. s. 856, Gold, a.a. s. 444, Landelius, a.a. s. 88, Gruchalla-Wesierski, a.a. s. 60 f.

<sup>123</sup> Prop. 2003/04:150 s. 204.

<sup>124</sup> Erland Strömbäck, Något om den renoverade försäkringsavtalslagen, JT nr 2 2004/05 s. 369.

brutit mot soft law, men i domstol har soft law *indirekt* en stor betydelse för de försäkringsrättsliga bedömningarna som kompletterande normer. Soft law har även betydelse för rättsbildningen och en studie av soft law kan ge en uppfattning om tendenser på rättsområdet och utgöra grund för resonemang *de lege ferenda*.

### 5.3 Slutord

Försäkringsavtalet är i sig komplicerat. Bertil Bengtsson lär ha sagt att det nog inte finns någon person som till fullo förstår sig på försäkring. För att få en mer heltäckande bild av försäkringsrätten är det nödvändigt att beakta inte bara de traditionella rättskällorna, utan även den soft law som produceras utom ramen för den traditionella rättsbildningen. Försäkringsrättaren kan inte alltid nöja sig med att beakta de officiella rättskällorna utan måste ha ett mera öppet förhållningssätt till rättskällefaktorerna. Chinkin anför att ”labelling instruments as law or non-law disguises the reality that both play a major role in the development of international law and both are needed for the regulation of States activities and for the creation of expectations”.<sup>125</sup> Hellner anser att det inte är stor mening med att diskutera om standardavtal är rättskällor eller vilken ställning doktrinen har som rättskälla. En sådan frågeställning kan leda tanken fel. Istället för att göra en hierarkisk rangordning av olika rättskällor, bör man enligt Hellner fråga sig om materialet är relevant.<sup>126</sup> Soft law på försäkringsområdet är, som Boyle beskriver det, ”simply another tool in the professional lawyer’s armoury.”<sup>127</sup>

Ett erkännande av andra än traditionella rättskällor skall inte uppfattas som en grundläggande kritik av rättskälleiden, utan det innebär endast ett erkännande av att antalet rättskällefaktorer varierar med rättsområdet. Normerna används helt enkelt i olika syften och på olika nivåer. Vid bedömningen av om någon har rätt till trafikskadeersättning tillämpas trafikskadelagen, medan vid bedömningen av ersättningsbeloppet tillämpas en hjälptabell. Normerna kan inte uppfattas som antingen relevanta eller inte, utan snarare som mer eller mindre relevanta.

Soft law-reglering på försäkringsrättens område är inte något nytt fenomen. Hjälptabeller har tillämpats sedan 1901 och den första branschgemensamma nämnden har funnits sedan 1916. Rättskälleläran har i praktiken ald-

<sup>125</sup> Chinkin, a.a. s. 866.

<sup>126</sup> Hellner, Rättsteori, 1994 s. 115 f.

<sup>127</sup> Boyle, a.a. s. 913.

rig varit sluten, utan har alltid, och kommer alltid att kompletteras av och ibland konkurrera med utomrättsliga normer av olika karaktär. Kanske finns i Norden, med rådande syn på lagförarbeten och doktrin som rättskällor, en förmånlig grogrund för olika soft law-instrument som rättskällefaktor.

Fenomenet är inte unikt för försäkringsrätten, utan jag vågar påstå att detta är ett faktum för alla kontraktstyper. Den som önskar få ett grepp om entreprenadrätten är tvungen att sätta sig i den normbildning som sker i standardavtalet AB 04. Huruvida ett arbete är utfört på ett fackmässigt sätt kan bedömas mot bakgrund av standardavtalet Hus AMA, utgivet privat av Svensk Byggtjänst.<sup>128</sup> På bankrättsområdet finns omfattande utomrättslig normgivning utgiven av t.ex. Bankföreningen. Vid bedömning av hyresrättsliga frågor har de etiska regler som utarbetats av de privata fastighetsägarnas branschorganisation betydelse.<sup>129</sup> Alla kontraktstyper har ett individuellt relevant rättskällematerial, i förlängningen en individuell rättskällelära. Gränsen mellan soft law och hard law är måhända skarp men inte i alla sammanhang intressant.

<sup>128</sup> Se NJA 1997 s. 44.

<sup>129</sup> Se Svea Hovrätt i mål T-8742-07.