

Några frågor i kommersiell skadeståndsrätt

MÄRTEN SCHULTZ

Ett antal underrättsavgöranden från senare tid visar att det rör på sig i den kommersiella skadeståndsrätten. Mål som Prosolvias, Countermine och BDO-målet aktualiserar frågor om hur långt ansvaret i affärlivet sträcker sig och ställer därvid på sin spets frågan om vilken innebörd skadeståndsrättens allmänna avgränsningsläror och principer har i rent kommersiella sammanhang. Artikeln behandlar några tendenser i den kommersiella skadeståndsrätten utifrån några nya prejudikat från Högsta domstolen.

Ett avgörande med följdverkningar

”Hovrätten anser, liksom tingsrätten, att redovisningen i Prosolvias 1997 stred mot god redovisningssed samt att revisionen av redovisningen och förvaltningen var värdslös. Hovrätten anser vidare att det finns ett tillräckligt samband mellan den värdslösa revisionen och den skada som Prosolviabolagen drabbades av, samt att revisionsbolaget och den huvudansvarige revisorn därför ska betala skadestånd till Prosolvias konkursbo. (...) Den skada som ska ersättas av revisorerna är dels bristen i Prosolviabolagens konkurser, dels förlorade rörelsevärden. Det sammanlagda skadeståndet uppgår till 890 miljoner kr. Det finns inte skäl för jämkning av skadeståndet. Konkursboets rättegångskostnader uppgår till sammanlagt cirka 112 miljoner kr och ska ersättas av revisorerna.”

Citatet är hämtat från det pressmeddelande som Hovrätten för Västra Sverige skrev i samband med att domen i det s.k. Prosolvias-målet meddelades den 15 augusti 2013.¹ Målet sågs vara det mest omfattande som någonsin prövats av svenska domstolar, sett till antal förhandlingsdagar och tidsutdräkt. Målet

¹ <http://domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Pressrum/Nyheter-och-pressmed-delanden/Hovratten-for-Vastra-Sverige-domer-ut-skadestand-i-tvist-mellan-Prosolvias-konkursbo-och-revisorerna/>.

inleddes redan 2001. I tingsrätten uppgick antalet förhandlingsdagar till över 100. Det tog hovrätten fyra månader att skriva domen, efter en huvudförhandling som höll på mer än ett år.

Prosolviamålet är också ett av de största målen i svensk rättshistoria sett till det utdömda skadeståndet.² Med räntor blev beloppet som skulle utges omkring 2 miljarder kr.³ Det är ett även med internationella mått mätt stort skadestånd. Efter hovrättens dom nådde parterna en förlikning men domen kommer ändå sannolikt att ge ett bestående avtryck i revisorsbranschen och på finansmarknaden i stort, även om HD inte fick möjlighet att ta upp det till prövning. Den diskussion om gränserna för revisorernas ansvar som förts sedan länge och framför allt sedan Arthur Andersen – på den tiden ett av fem revisionsnätverk som ingick i kretsen *Big Five* – drogs med i energibolaget Enrons krasch.

Denna artikel skall inte särskilt behandla revisorsansvaret utan tar istället, mot bakgrund av bl.a. Prosolvia-målet, upp några utvecklingslinjer och tendenser i kommersiell ansvarsrätt. Den kommersiella ansvarsrätten befinner sig i ett dynamiskt skede. En central fråga – ingalunda ny men med förnyad aktualitet – är hur ansvarets gränser skall dras. Frågeställningen står i centrum för åtskilliga mål, som fortfarande är under behandling.

I det s.k. BDO-målet, som har beviljats prövningstillstånd i HD, är frågan om revisorers ansvar mot ”någon annan” (än bolaget eller aktieägare) enligt 29 kap. 1 § aktiebolagslagen (2005:551).⁴ Det s.k. Counterminemålet behandlar ansvaret för påstått vilseledande information för verkställande direktör och styrelseordförande. Det finns fler exempel.

Gemensamt för de nu nämnda målen är att de är föremål för prövning i allmän domstol och samtliga berör ansvarets utsträckning. Hur långt sträcker sig skadeståndsansvaret i dessa kommersiella sammanhang och hur – med vilka *metoder* – skall den yttersta gränsen dras. Här skall enbart en del av dessa beröras. Jag kommer inte att ta upp adekvansfrågor eller normskydds-

² ”Jag kan också konstatera att det utdömda skadeståndet på 890 miljoner kronor jämte ränta, är så vitt jag vet, det högsta skadeståndet som har dömts ut i Sverige, säger Lars Zetterberg på Ackordscentralen”. Göteborgs Posten 15 augusti 2013, <http://www.gp.se/ekonomi/1.1916181--storsta-skadestandet-nagonsin->.

³ ”PWC räknar med HD-prövning av miljarddom”, Dagens Industri 20 augusti 2013. På Internet: <http://www.di.se/artiklar/2013/8/19/pwc-raknar-med-hd-provning-av-miljarddom/>.

⁴ Beslut 30 januari 2013, i T 3420-12.

frågor, och inte heller den kanske mest intressanta frågan just nu – den om förhållandet *mellan* dessa två avgränsningsläror.⁵

Det som kommer att tas upp är rättskällefrågor, metodologiska frågor, samt spørsmål om orsakskravets innebörd och underlåtenhetsansvaret. Samtliga dessa frågor behandlas på ett tämligen allmängiltigt sätt och jag rör mig således inte enbart inom den kommersiella skadeståndsrätten i snäv mening. De aspekter som tas upp har emellertid särskild relevans för just kommersiella skadeståndssituationer.

En jävsfråga bör framhållas tydligt i inledningen. Jag har personligen varit inblandad som rådgivare i ett antal av de mål som behandlas nedan. Läsaren får själv bedöma om texten därvid framstår som ”biassed”. Min målsättning har varit att förhålla mig neutral till rättskällorna och att behandla avgörandena så värderingsfritt som möjligt.

Allmän och speciell kommersiell skadeståndsrätt

Kommersiell skadeståndsrätt är en rubrik som täcker skilda rättsliga discipliner. I centrum står den allmänna, utomobligatoriska skadeståndsrätten.

Den allmänna utomobligatoriska skadeståndsrätten regleras genom skadeståndslagen (1972:205), som även reglerar kontraktuella skadeståndsfrågor. Lagen skall således enligt sin första regel tillämpas på skadeståndsfrågor ”om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden”.⁶ I praktiken innehåller emellertid skadeståndslagen tämligen få regler med direkt bäring på den kommersiella skadeståndsrätten.

Det finns en definition av den skadetyper som inom skadeståndslagens struktur utgör de kommersiella skadeståndsfrågornas nav – ren förmögenhetsskada i 1 kap. 2 § – som följs upp av en ansvarsregel rörande samma skadetyper i 2 kap. 2 §, vilken stadgar att sådan skada ersätts om den orsakats

⁵ Eftersom adekvans- och normskyddsaspekterna kanske är allra viktigast i sammanhanget av ansvarets gränser förtjänar denna exklusion en förklaring. Utgångspunkten för redogörelsen nedan är framförallt ett antal viktiga prejudikat från HD som får följdverkningar i kommersiell skadeståndsrätt. Dessa har dock inte, med visst undantag för den s.k. Landskrona-domen, givit några nya nycklar till hur adekvans- och normskyddsbedömningar skall göras i dessa fall. Det kommer nog att finnas anledning att återkomma till dessa frågor vid ett senare tillfälle.

⁶ Det finns skäl att poängtera detta eftersom det understundom görs gällande att skadeståndslagen enbart reglerar utomobligatoriska skadeståndssituationer.

genom brott. Denna ansvarsregel kompletteras av en speciell regel för det allmänna i 3 kap 2 §, som inte fordrar att skadan uppkommit till följd av en brottslig gärning, men som ställer upp ett krav på att skadan orsakats genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning. Därutöver finns det en i praktiken mycket sällan använd regel rörande vissa informationsskador som orsakats av det allmänna i 3 kap. 3 §.

Med undantag för skador som tillskrivs det allmänna innehåller alltså skadeståndslagen två regler med särskilt sikte på skadeståndsrättsliga problem i kommersiella situationer – en definition och en ansvarsregel. Det finns inte några regler om hur rena förmögenhetsskador skall beräknas och inte heller några klargörande regler om hur ansvarsgränserna skall dras.⁷ Skadeståndslagens omedelbara tillämplighet för ansvarsfrågor i affärlivet framstår med andra ord som, om man bara läser lagen, begränsat.

Skadeståndslagen kompletteras av särskilda lagar och viker därtill för normer i avtal eller avtalsrättsliga normer i t.ex. författning. Kommersiella skadestandsfrågor behandlas i mängder av specialförfattning, av såväl kontraktuellt som utomobligatoriskt slag. Immaterialrättsliga skadestandsfrågor behandlas i särskild lag, liksom arbetsrättsliga, konkurrensrättsliga och marknadsrättsliga frågor, för att nämna några områden.

Därtill finns det antal mer eller mindre fasta allmänna rättsprinciper rörande skadestånd i avtalsituationer, såsom presumtionsansvaret.⁸ En för den kommersiella skadeståndsrätten central sak är därvid att ansvaret för ren förmögenhetsskada i avtalsförhållanden antas falla under den allmänna culparegeln (om det inte finns särskilda ansvarsförutsättningar i avtalet eller författning – vilket det alltså ofta gör). Något krav på brottslig gärning eller särskilt lagstöd ställs således inte upp i avtalsssammanhang.

⁷ Jämkningsreglerna i 6 kap. omfattar även ren förmögenhetsskada, såväl den ekonomiska jämkningsregel som tar sikte på fall där det vore oskäligt betungande att låta en skadevällare betala full ersättning till den skadelidande, som regeln om medvällande som tar sikte på skador som orsakats av både skadevällaren och den skadelidande själv.

⁸ Presumtionsansvar är ett culpaansvar med omvänd bevisbörda. Ansvarsformen förknippas framför allt med avtalsrättsliga situationer där någon har annans egendom i sin besittning med vårdplikt. Se t.ex. NJA 1983 s. 617, NJA 1996 s. 564 och NJA 1999 s. 197. Samma ansvar föreligger även i utomkontraktuella situationer där någon har annans egendom i sin besittning (om det finns en skyldighet att vårda egendomen), t.ex. då någon har hittegods i sin besittning eller när egendom förvaras i samband med kvarstad (NJA 1989 s. 191). Även t.ex. hälare får anses ha ett presumtionsansvar i förhållande till tillgripen egendom som de har i sin besittning (jmf. NJA 1988 s. 226).

Det kan mot denna bakgrund framstå som att den allmänna utomobligatoriska skadeståndsrätten har begränsad betydelse i kommersiella situationer. Icke desto mindre är den utomobligatoriska skadeståndsrättens normer, som enbart i viss mån kommer till uttryck i skadeståndslagen och som i övrigt följer av allmänna rättsprinciper och grundläggande skadeståndsrättsliga ansvarsförutsättningar, centrala. Och dess betydelse har ökat.

Den utomobligatoriska skadeståndsrättens ökade relevans

Skadeståndslagen viker som redan noterats för kontraktuella regler och principer, men har i frånvaron av kontraktuella regler relevans också i avtalsförhållanden.

En särskild fråga är emellertid hur bedömningen av ansvarsfrågor i kontraktuella situationer av innebörden i de grundläggande *begreppen* skall förstås. De centrala ansvarsförutsättningarna för kontraktuellt och utomkontraktuellt ansvar är i stor utsträckning de samma. Det krävs en skada, en ansvarsgrund (in dubio culpa), och kausalitet. Skall då den utomobligatoriska begreppsbildningen användas också i avtals-sammanhang? Svaret är inte självklart. Begrepp används på olika sätt i olika rättsliga miljöer.⁹

I NJA 2012 s. 597 hade Högsta domstolen en entreprenadrättslig fråga på sitt bord. Frågan i målet var om en entreprenör skulle behöva betala förseningsvite för ett försenat idrifttagande, trots att det fanns en annan faktor – för vilken inte entreprenören hade ansvar – som också skulle ha medfört förseningen även entreprenörens handlande förutan. Trots att det var fråga om vite i en entreprenadrättslig avtals-situation fann HD att lösningen skulle sökas i dispositiv rätt. Därvid analyserades situationen utifrån gällande rätt i utomobligatorisk skadeståndsrätt, vid (vad HD kallade för) s.k. konkurrerande skadeorsaker. Mot denna bakgrund konstaterade domstolen att ansvar för förseningen inte kunde undgås med argumentet att sådan försening skulle inträffat ändå.

I detta fall hämtades alltså stöd för bedömningen i den utomobligatoriska skadeståndsrätten trots att det var fråga om en avtalsrelation präglad av ett eget, finkalibrerat och inkört, regelverk. 2012 års avgörande är inte unikt.

I NJA 2011 s. 454 hade en hyresgäst underlåtit att stänga av vattentillförseln till sin bänkdiskmaskin efter att den diskat färdigt. En slang gick sönder

⁹ Som exempel kan kanske tas begreppet grov vårdslöshet, vars innebörd i den allmänna skadeståndsrätten får sägas avvika markant från den i t.ex. konsumentkrediträtten.

och vatten strömmade ut. Stora skador uppstod på byggnaden. Förhållandet mellan hyresgästen och värden, fastighetsägare, reglerades av ”hyreslagen” (12 kap. JB) och därtill fanns det särskilda normer i hyresavtalet. Till hyresavtalet var kopplat ordningsföreskrifter. Enligt dessa gällde för hyresgästen ”att inte utan särskilt tillstånd av hyresvärden installera tvätt- eller diskmaskin (s.k. bänkdiskmaskin får dock installeras) eller köksfläkt och att vid installation efter sådant tillstånd utföra installationen på ett fackmässigt sätt, att utöva tillsyn och kontroll av maskinen med vattenanslutningar och dylikt samt att vid varje tillfälle efter användande stänga av vattnet till maskinen”. Ordningsföreskrifterna ansågs höra till hyresavtalet. Utgångspunkten för bedömningen var således att det var fråga om ett avtalsrättsligt förhållande, reglerat i speciallag, där det dessutom fanns en specifik handlingsplikt enligt avtalet som hade överträtts. Icke desto mindre fann HD att en s.k. fri culpa-bedömning skulle göras och tog i denna bedömning avstamp i bl.a. skadeståndslagskommentaren och Jan Hellners kända lärobok i utomobligatorisk skadeståndsrätt.

Det är möjligen brådmoget att tolka två rättsfall från HD som ett tecken på en tendens men min uppfattning är ändå att det finns en sådan. (Vilket också stöds av andra fall, även från underrätterna.¹⁰) Skadeståndsrättens erfarenheter av att arbeta med allmänna begrepp och övergripande modeller verkar framstå som användbara även utanför skadeståndsrättens kärnområde. Det gäller tydligen även i kontraktuella relationer kringgårdade av ”nischade” ansvarsregler. Den skadeståndsrättsliga argumentation som vuxit fram inom skadeståndslagens struktur kan antas få allt större relevans även i avtalsrättsliga ansvarssituationer, men också i specialskadeståndsrätten, t.ex. i kommersiella skadeståndssammahang inom ramen för aktiebolagsrätten eller entreprenadrätten.

Den skadeståndsrättsliga teorins ökade relevans

Den kommersiella skadeståndsrätten – såväl i som utom avtalsförhållanden – antas alltså i högre grad påverkas av de skadeståndsnormer som utvecklats i den allmänna, utomobligatoriska ansvarsrätten. Det finns en annan ten-

¹⁰ Det finns ett flertal hovrättsavgöranden från senare tid som på samma sätt som HD i de nämnda prejudikaten utgår från skadeståndsrättsligt tänkande vid behandling av problem som inte är skadeståndsrättsliga i trängre mening. Se t.ex. Svea hovrätts dom i ett fall rörande diskriminering 8 oktober 2013, i mål T 1912-13 (särskilt i orsaksdelen på s. 8 ff.).

dens, som möjligen är mer tydlig. Högsta domstolen intar en alltmer teoretisk hållning på området.

En indikation på det är hur HD under senare tid förhållit sig till orsaksfrågor. I det nyss nämnda entreprenadfallet från 2012 aktualiserades frågan om hur kausaliteten skulle bedömas i en situation där två olika faktorer var för sig var tillräckliga för att medföra dröjsmål av arbetet. I detta sammanhang är det intressanta att HD för första gången någonsin lyfte upp den teoretiska apparat som sedan länge använts i den rättsvetenskapliga litteraturen, men också i läroböcker – begreppen *nödvändiga och tillräckliga villkor*. (Detta berörs mer utförligt nedan under rubriken "Kausalitet och metod".)

För egen del betraktar jag kausalitetslärans intåg i rättstillämpningen som en radikal teoretisering (vilket inte nödvändigtvis motsvarar de dömande justitierådens uppfattning.) Mitt intryck är att just denna begreppsapparat tidigare ofta betraktats som det främsta exemplet på den form av teoribildning som bäst överlämnades till rättsvetenskap och läroböcker, eftersom den ansågs innefatta alltför stora risker för att lämpa sig som grund för att närmare bestämma ansvarsförutsättningarna i praktiska ansvarssammanhang.

På samma sätt har det förhållit sig med vissa allmänna skadeståndsrättsliga principer. Tag principen *casus mixtus cum culpa*, som utgör ett avsteg från kravet på adekvans i vissa situationer, framför allt när egendom som någon olovligen har i sin besittning skadas genom casus-händelser. I tidigare praxis hade Högsta domstolen tagit stöd i principen, tycks det i alla fall, utan att nämna den vid namn. I sin precist uttryckta form var *casus mixtus cum culpa* därmed framför allt ett ämne för rättsvetenskapen. Genom NJA 2004 s. 746 I och II släpptes *casus mixtus*-principen dock in i den praktiska juridikens värme.¹¹ Det reser intressanta rättsvetenskapliga frågor. Händelse någonting med principen genom det nya auktoritativa stödet? Är det till och med så att först genom HD:s avgörande transformerades principen från att ha varit en rättspolitisk tankegång som tilläts påverka bedömningen i bakgrunden, till en regel? Dessa spörsmål låter sig inte enkelt besvaras. Dessa typer av frågor är för förevarande uppsats dock mindre intressanta än iakttagelsen att när HD fann ett behov av att tydligt ge stöd för sitt resonemang så tog man stöd i den något ålderdomligt formulerade *casus mixtus*-principen. Därmed lyftes

¹¹ Tidigare fall där *casus mixtus*-liknande situationer inträffat är NJA 1914 s. 190 (otillåtet omhändertagande av hund medförde skadeståndsskyldighet för skada som inte inträffat till följd av culpöst handlande) och NJA 1985 s. 690 (värnpliktiga tillgrep bil för att dricka öl i Tierp, där C – som omhändertagits – blev skadeståndsskyldig för skada som inträffade på bilen efter att han hamnat i förvar).

också den teoretiska behandlingen av casus mixtus-principen in i rättstillämpningen.

Huruvida en teoretisering av HD:s domskrivning skall betraktas som något positivt eller negativt är en smaksak. Det finns fördelar och nackdelar.

En nackdel kan vara att HD genom att hänvisa till mer övergripande teorier får saker på köpet som domstolen inte förutsåg eller hade full överblick över. Orsaksteorin är ett exempel på denna risk, där begreppsbildningen är notoriskt försätlig.

Det finns å andra sidan stora fördelar. Stora prejudikat kan ge vägledning för fler fall. Nyligen lanserade allmänna principer medför inte nödvändigtvis större förutsebarhet men de ger rättstillämpningen ett stöd för bedömningen, en ram, och ju längre tid de varit i bruk desto större förutsebarhet torde de (förhoppningsvis) medföra. Dessutom för sådana avgöranden, på gott och ont, med sig "överskjutande information" genom att rättsfrågan inordnas i en historisk tradition. När HD återoppar principen casus mixtus cum culpa, istället för att göra en pragmatisk bedömning i det enskilda fallet, öppnar det upp för att i tolkningen av nya fall också se till principens historiska innebörd, kanske hela vägen tillbaka till den romerska rätt varur den härstammar. För egen del finner jag det senare sympatiskt (även om det inte bör överdrivas). Det visar hur HD verkar i en tradition, delvis uråldrig, och att denna tradition har något att erbjuda även dagens rättstillämpning.

Allmänna uttalanden i HD-praxis

En ytterligare tendens som möjligen kan skönjas är att HD medvetet formulerar domskäl i mer allmänna termer än tidigare. Närsynt kasuistik i HD må lösa den aktuella tvisten men ger inte mycket stöd för morgondagens rättstillämpning. I några sammanhang har nu aktiva justitieråd givit uttryck för inställningen att en prejudikatbildande domstol måste vinnlägga sig om att lyfta blicken från det enskilda fallets omständigheter och medvetet skriva generella domskäl.¹²

Ett talande exempel på denna tendens är NJA 2013 s. 145, den s.k. Landskrona-domen. Bedömningen i sak återkommer jag till nedan, men det metodologiska anslaget skall tas upp redan här. Bakgrunden till fallet är välkänd. En 13-årig flicka hade varit omhändertagen för LVU-vård sedan flera år. Flickan var efter utskrivning från BUP tillfälligtvis placerad hos sin egen

¹² Se t.ex. Stefan Lindskogs tillägg för egen del i NJA 2012 s. 535.

mamma. Hon hade tidigare rymt från olika hem och anlagt bränder. Så skedde också vid placeringen hos mamman – flickan avvek från hemmet och begav sig till Landskrona centrum där hon anlade en brand. Branden orsakade stora skador.

Frågan i målet var om kommunen som ansvarade för placeringen hos modern kunde hållas skadeståndsskyldig för de skador som flickan orsakade. HD konstaterade att beslutet att placera flickan hos modern inte i sig kunde vara ansvarsgrundande. Sådana beslut får enbart grunda sig på en bedömning av vad som är i barnets bästa. Den fråga som därmed stod i centrum var om underlåtenhet att hålla flickan under tillräcklig uppsikt kunde anses ansvarsgrundande.

Inramningen av ansvarsfrågan i målet var speciell. Målet aktualiserades i förlängningen av ett LVU-ärende och rörde det allmännas ansvar. Underlåtenhetsspörsmålet var närmast en bieffekt av att den rättsliga situationen omöjliggjorde en prövning av placeringsbeslutet. Även på andra sätt var omständigheterna särpräglade. Icke desto mindre valde HD att i målet i allmänna termer formulera principer kring underlåtenhet och ansvar.

Under rubriker som ”Allmänt om när det föreligger en plikt att i annans intresse motverka skada” och ”Allmänt om underlåtenhet som grund för skadeståndsansvar” uttalar sig HD generellt om civilrättsligt underlåtenhetsansvar – mer generellt än HD någonsin uttalat sig. Vi skall strax nedan se närmare på vad HD mer konkret uttryckte härvidlag. I detta sammanhang kan avgörandet noteras som ett exempel på hur HD kan lyfta allmänna frågor i fall med mycket särpräglade omständigheter.

Kausalitet och metod

I kommersiell skadeståndsrätt är ofta orsaksfrågan av central betydelse. I skadeståndsrätten talar vi om *adekvat kausalitet*. Den första förutsättningen – *kausalitetskravet* – är att den ansvarsgrundande händelsen (oaktsamheten, t.ex.) *faktiskt* orsakade skadan.¹³ Denna bedömning syftar till att avgöra vad som hänt och är inte rättslig, i normal bemärkelse. Orsaksprövningen är inte en normativ utan en empirisk prövning.

Efter att kausalitet konstaterats kan (och normalt: skall) en *adekvansprövning* göras för att fastställa ansvarets utsträckning. Adekvansprövningen är en

¹³ ”Kausalitet” och ”orsakssamband” är synonymier i detta sammanhang.

typisk rättslig prövning, av samma slag som culpabedömningen eller jämningsbedömningar.

Som framgick av inledningen kommer jag inte att här ta upp adekvansfrågor. Men när det gäller kausalitetskravet i egentlig mening, det första ledet av en bedömning av adekvat kausalitet, har HD nyligen givit ett viktigt bidrag som förtjänar att tas upp.

NJA 2012 s. 597 behandlade, som redan nämnts, de ersättningsrättsliga effekterna av att förseningar uppkom vid en entreprenad. Redan rubriken till NJA-referatet – som inleds med orden ”Kontraktstolkning och konkurrerande skadeorsaker” – visar hur HD använt fallet till att lyfta generella temata. HD konstaterade att det är naturligt även i sådana här entreprenadrättsliga sammanhang att vid bestämningen av avtalsinnehållet utgå från vad som gäller enligt dispositiv rätt. Därvid uttalade sig HD om vad som gäller enligt dispositiv rätt. Under rubriken ”Rätt till skadestånd vid konkurrerande skadeorsaker” uttalade sig HD således *allmänt* om rättsläget när det gäller fall av orsaksflerhet.¹⁴ HD skrev följande (referenser utelämnade):

14. Man har i skadeståndsrätten att skilja mellan att en händelse utgör en tillräcklig betingelse för en skada och att den utgör en nödvändig betingelse för denna. Att en händelse utgör en nödvändig betingelse innebär att skadan inte skulle ha inträffat om händelsen inte hade skett. En händelse utgör en tillräcklig betingelse om den ensam föranleder skadan. Särskilda problem uppkommer vid konkurrerande skadeorsaker, där två (eller flera) händelser var för sig är tillräckliga för att orsaka samma skada. I dessa fall är inte någon av händelserna i sig en nödvändig betingelse för skadan.

¹⁴ För egen del uppskattar jag inte uttrycket ”koncurrerande skadeorsaker” eftersom det inte är fråga om något konkurrensförhållande. Käranden ska bevisa att svaranden har orsakat den skada som skadeståndsanspråket rör. Att det kan finnas andra orsaksfaktorer påverkar normalt inte kärandens position – det finns alltid många orsaker till en skada och för käranden är det tillräckligt att knyta *en* av dessa orsaker till svarandens ansvarssfär. Den enda situation där uttrycket ”koncurrerande skadeorsaker” har någon relevans är i fall av *alternativ kausalitet*, dvs. situationen där det finns två (eller flera) möjliga orsaker till en skada men det står klart att enbart en av de möjliga orsakerna faktiskt verkat i förloppet. (Två avlossar sina gevär mot ett offer men enbart en av kulorna träffar.) Enbart i dessa förhållandevis ovanliga situationer är det relevant att relatera kärandens orsakspåstående till svarandens. Inte heller då är emellertid ordet ”konkurrens” särskilt träffande. Orsaksprövningen är ingen tävling. För dessa situationer är just uttrycket ”alternativ kausalitet” bättre, eftersom det gör tydligt att det är en antingen-eller-situation som är för handen. Situationen med alternativ kausalitet är framför allt diskuterad som ett exempel på när bevisbördan för orsakssamband borde övergå på de personer som givit upphov till en risk för skada som sedan i ett av fallen realiserats.

15. I de fall då två ansvarsgrundande händelser medför samma skada vid samma tidpunkt eller under samma tidsrymd (faktisk orsakskonkurrens) råder det, när det gäller utomobligatoriskt skadeståndsansvar, i nordisk doktrin närmast enighet om att båda händelserna medför skadeståndsansvar. Skadevällarna ansvarar i dessa fall solidariskt för hela den uppkomna skadan. Synsättet ligger i linje med principen att den skadelidande genom skadeståndet inte ska försättas i en bättre ekonomisk situation än den som skulle ha förelegat om den skadevällande händelsen inte hade inträffat.

Därefter konstaterade HD att samma inställning bör gälla också för kontraktsförhållanden. Det principiella uttalandet är intressant kanske framför allt för det metodologiska anslaget att angripa orsakspörelmet med en begreppsanalys.¹⁵ I sak är uttalandena inte förvånande, även om det förhoppningsvis kan innebära spiken i kistan på den naiva *betingelselära* som ibland fortfarande förekommer i debatten, dvs. uppfattningen att orsakskravet innebär att den ansvarsgrundande handlingen skall ha varit nödvändig för att skadan skulle ha kunnat inträffa. Denna uppfattning är oftare uttryckt kontrafaktiskt i formen av ett test: ”Hade skadan inträffat även den ansvarsgrundande händelsen förutan?”.¹⁶ Är svaret jakande var händelsen inte nödvändig för skadan och enligt den naiva betingelseläran föreligger därmed inte heller kausalitet. HD:s bedömning och omständigheterna i fallet understryker det ohållbara med denna syn.

Lärdomen för framtiden är därmed, i vart fall, att orsaksfrågan inte kan stanna vid slutsatsen att skadan hade kunnat inträffa även utan den ansvarsgrundande händelsen. Det räcker med andra ord inte med att konstatera att ansvarsgrunden inte var nödvändigt för att skadan skulle inträffa för att dra slutsatsen att kausalitetskravet inte är uppfyllt. Bedömningen måste i en sådan situation gå vidare.

¹⁵ Domen kontrasterar mot NJA 2009 s. 104, där en med hissen skickad orsaksfråga, som formulerats i betingelsestermer, besvarades utan att begreppen tillräcklig och nödvändig betingelse användes.

¹⁶ Det blir förvisso inte helt klarlagt om HD betraktar båda de ansvarsgrundande händelserna i dessa situationer (p. 15 i domen) som orsaker till skadan eller om ansvaret bör betraktas som ett undantag från det eljest gällande kravet på kausalitet (därmed tolkat som ett krav på att den ansvarsgrundande händelsen skall ha varit en nödvändig betingelse). Det framstår dock som en krystad tolkning av domen sett till helheten och jag utgår därmed från att HD anser att båda de ansvarsgrundande händelserna i det scenario som beskrivs betraktas som orsaker till skadan.

Domen gör således tydligt att i fall där det görs klart att två ansvarsgrundande händelser var för sig hade varit tillräckliga för att orsaka en skada under samma tidsrymd så kan båda händelserna medföra skadeståndsskyldighet för de personer som svarar för händelserna. Ansvaret är solidariskt för det fall båda personerna blir föremål för prövning.¹⁷

Utöver detta sade HD i domen inte något mer om orsakskravets innebörd i explicita termer. *Indirekt* bör domskälen kunna tolkas som en indikation på hur orsaksbegreppet bör förstås även i vissa andra avseenden. Ur orsakssynvinkel spelar det inte någon roll om en viss faktor är förknippad med någons ansvar. Orsaksbegreppet som sådant (till skillnad från t.ex. adekvansbegreppet) är fullständigt neutralt i förhållande till *polerna* för orsaksprövningen: faktorn som undersöks respektive skadan. Det förekommer ju ofta att händelser som ingen har ett ansvar för pekats ut som en orsak till skador även i rättsliga sammanhang, t.ex. en sjukdom eller en olycka.

I linje med detta bör HD:s ställningstagande i 2012 års avgörande också ha relevans för situationer där två faktorer var tillräckliga för att producera skadan under en viss tidsrymd, men där den ena faktorn var en ansvarsgrundande händelse och den andra en casushändelse.

Underlåtenhet och ansvar

Det brukar antas att ansvar för underlåtenhet i svensk rätt föreligger enbart under särskilda omständigheter. Närmare bestämt är utgångspunkten för sådant ansvar att det krävs antingen en specifik handlingsplikt att agera på ett visst sätt som inte uppfyllts eller att någon genom sitt aktiva handlande givit upphov till en risk för att skada skulle uppkomma. (Det senare fallet kan i och för sig inordnas i det första genom att formulera det som att en specifik handlingsplikt att agera riskreducerande uppkommer när ens beteende givit upphov till särskilda faror.)

Underlåtenhet antas härvid ofta innebära särskilda svårigheter för ansvarsanalysen. Svårigheterna är dock överskattade.

Till att börja med är det ofta en fråga om val av uttryck, snarare än om hur verkligheten faktiskt är ordnad, huruvida något skall betraktas som en underlåtenhet. Ansvarsgrunden i underlåtenhetsfall kan ofta omformuleras i termer av aktivt handlande, på samma sätt som ansvar för aktivt handlande kan omformuleras i termer av underlåtenhet.

¹⁷ Inbördes, får det antas, svarar de ansvariga parterna efter graden av vållande.

En vanlig culpabedömning, dvs. i fall som inte betraktas som underlåtenhetsfall, syftar till att bedöma om svaranden agerat på ett tillräckligt aktsamt sätt. Ett annat sätt att formulera culpafrågan på är ”Har svaranden underlåtit att iaktta de berättigade krav som kan ställas på hennes beteende?” Ansvarsfrågan flyttas över från kategorin aktivt handlande till underlåtenhetsfallen.

Underlåtenhet, å andra sidan, kan omformuleras i positiva termer. Underlåtenheten att ta ifrån en häktad person dennes livrem kan beskrivas som att kriminalvårdspersonalen agerat positivt vårdslöst genom att inte följa de regler som gäller för verksamheten.

Kausalitet och underlåtenhet

En annan svårighet som antas gälla vid underlåtenhetsansvar hänger samman med orsaksfrågan. Ett aristoteliskt citat anförs ibland som en beskrivning på problemet: ”*ex nihilo nihil*”, inget uppstår ur intet. Citatet anförs understundom även av domstolar som ett argument mot ansvar.¹⁸ En underlåtenhet är dock inte ett ingenting. Den som underlåter att göra något går inte upp i rök.

En underlåtenhet är inte att göra ingenting, utan att inte göra det som man har en plikt att göra. Istället gör man något annat. En sulfit-operatör badar bastu istället för att bevaka den arbetsprocess som hen hade till uppgift att bevaka, t.ex.

Med andra ord: *Att underlåta att göra något är att a) inte göra något som man b) har en skyldighet att göra.*

Ett fall av underlåtenhet, med denna förståelse av vad det innebär, kan vara en orsak till en skada likaväl som en aktiv handling. Det är sedan länge en självklarhet i kausalitetsanalysen. En skadas fullständiga orsak är de samtliga faktorer – *positiva och negativa* – som var tillräckliga för att skadan skulle uppkomma. (Detta kan sedan normativt spjälkas upp på olika sätt.)

Ur orsakssynvinkel finns det således inte några konceptuella problem med underlåtenhetssituationerna. Det finns inget i orsaksbegreppet som innebär en avgörande svårighet för just underlåtenhetsansvar. Däremot finns det inte sällan *praktiska* problem med sådana ansvarshändelser som vi av någon anledning klassificerat som underlåtenhetsfall.

Dessa iakttagelser kan utgöra en bakgrund till den bedömning som HD gjorde i det s.k. Landskrona-målet som redan har berörts, NJA 2013 s. 145.

¹⁸ Se t.ex. Skaraborgs tingsrätts dom från den 25 juli 2013, i T 1301-11 (skadeståndsskyldighet enligt 3 kap 22 § 3 st. UB).

Målet rörde en dramatisk händelseutveckling där en flicka anlade en brand med stora skador som följd. Frågan var om kommunens underlåtenhet att vidta mer omfattande säkerhetsåtgärder skulle medföra ansvar. HD:s majoritet gjorde målet till en principfråga om underlåtenhet och ansvar.

Under rubriken ”Allmänt om underlåtenhet som grund för skadeståndsansvar” utvecklade HD vissa generella riktlinjer. Argumentationen är ganska invecklad och därtill tämligen oväntad. Ett längre citat är motiverat för att få den fulla bilden av HD:s nya syn på ansvarsformen.¹⁹

38. Vid ett aktivt skadegörande inriktas bedömningen av om ett skadeståndsansvar föreligger på en viss handling. Frågorna blir om den som har utfört handlingen därmed av oaktsamhet har åsidosatt en plikt att inte göra detta samt om handlingen står i ett adekvat kausalt förhållande till den inträffade skadan.

39. När en plikt som går ut på att en skyldighet att motverka förverkligandet av en föreliggande fara inte har iakttagits, utgörs det ansvarsgrundande momentet av ett icke-handlande. Frågan är huruvida en underlåtenhet, inte ett handlande, möter kravet på kausalitet. Det medför vissa bedömningssvårigheter. Orsaken till det är främst att det tänkta eller hypotetiska händelseförloppet (inbegripet vad som borde ha gjorts) inte, som vid ett aktivt skadegörande handlande, innefattar något lätt identifierbart, nämligen att den skadegörande handlingen inte företogs. I stället utgörs det händelseförloppet av alla de handlingar som skulle ha hindrat – eller på ett för ansvarsfrihet tillräckligt sätt skulle ha motverkat – farans förverkligande.

40. Vid underlåtenhetsansvar krävs det mot denna bakgrund att den skadelidande anger ett aktivt handlande som den som enligt honom ansvarar för skadan borde ha utfört. Genom att den skadelidande påstår att ett visst handlande var påbjudet i den aktuella faresituationen, kommer det faktiska händelseförloppet att innefatta följderna av en underlåtenhet att handla just så.

41. Det förhållandet att bedömningsmönstret när det rör sig om en underlåtenhetssituation blir spegelvänt i förhållande till ett aktivt handlande inverkar på bevisbedömningen. I fråga om ansvaret för ett aktivt handlande är sambandet mellan en faktisk handling och en inträffad skadegörande effekt det avgörande. Bedömningen när det gäller kausaliteten ska i dessa fall avse vad som skulle ha hänt om handlingen inte hade företagits. En sådan bedömning är i regel enklare att göra än motsvarande bedömning i underlåtenhetsfallen, eftersom det i dessa fall ska ske en jämförelse mellan en tänkt handling och dess möjliga men inte

¹⁹ Hänvisningar borttagna.

inträffade skadeförhindrande effekt. Dessa svårigheter bör medföra vissa bevislättnader för den skadelidande.

42. Till det kommer att det inte sällan är motiverat att påbjuda ett farereducerande handlande även om detta inte säkert skulle ha förhindrat skadan. När ett underlåtenhetsansvar föreligger bör det således i regel finnas en plikt att vidta en möjlig åtgärd redan om den är påtagligt faremotverkande, låt vara att den handlingspliktige då bör kunna undgå ansvar om han visar att åtgärden inte skulle ha hjälpt. Med en sådan ordning åstadkoms såväl en viss bevislättnad för den skadelidande som en viss handlingsdirigerande effekt.

43. Det sagda innebär att i stället för att den skadelidande har att visa ett handlande som skulle ha förhindrat skadan och att det var oaktsamt att inte handla så, har han att visa endast vad som var ett möjligt och lämpligt farereducerande handlande. I att handlandet är lämpligt ligger då i regel att det är oaktsamt att inte handla så. Det leder till att frågorna om kausalitet och oaktsamhet överlappar. Det medför också att bedömningen får normativa drag. Genom att inte vidta en farereducerande åtgärd kommer den som borde ha gjort det att löpa större risk att behöva svara för de ekonomiska följderna av att faran förverkligas.

44. Hur stor den skadelidandes bevislättnad ska vara beträffande vad som var ett möjligt och lämpligt farereducerande handlande – liksom hur stor den farereducerande effekten ska vara för att en plikt att utföra handlingen ska föreligga – beror främst på skyddssyftet med den åsidosatta normen, den handlingspliktiges närhet eller anknytning till faran och faresituationen som sådan. När det gäller frågan om bevisskyldighet kan även andra förhållanden inverka, i vissa fall rent av så att bevisbördan kastas om.

Genom ovanstående resonemang har HD utvecklat en särskild ansvarsmodell för underlåtenhetsansvaret. Resultatet blir att kärandens bevisbördan helt annorlunda i fall av underlåtenhet än i situationer då det är ett aktivt handlande som läggs svaranden till last. I den senare situationen krävs i ett fall av vanligt culpaansvar att käranden bevisar culpa, skada och kausalitet. Det normala beviskravet är ”styrkt” men i vissa situationer åtnjuter käranden en bevislättnad: I fall av svårutredda orsakssamband räcker det således att käranden gör sin orsaksförklaring klart mera sannolik än svarandens orsakspåstående, understundom med tillägg för att kärandens påstående därtill måste vara sannolikt i förhållande till omständigheterna i stort. Detta gäller såväl i kontraktuella som utomobligatoriska situationer (se t.ex. NJA 1981 s. 622 och NJA 1977 s. 176); när det gäller skadans omfattning kan käranden

understundom ha fördelen av att domstolen kan uppskatta efter skälighet (35 kap. 5 § RB).

Dessa bevislättnader till trots är normaltillståndet alltså att käranden har att bevisa de grundläggande rekvisiten för att skadeståndsskyldighet föreligger och förutsättningarna för att kunna värdera skadan. De grundläggande rekvisiten för ansvar – särskilt byggstenarna ansvarsgrund (culpa)-kausalitet-skada – utgör skadeståndsrättens bas; det är fundamentet för vår uppfattning om vilken form av normativ konstruktion som skadeståndsrätten är i en rättsordning. Bevisrätten är anpassad efter skadeståndsrätten och ligger s.a.s. ovanpå de skadeståndsrättsliga grundbultarna.

Tidigare har denna bild antagits gälla även i underlåtenhetsfall. Men så är det alltså inte nu längre. Enligt HD:s nya riktlinjer gäller numer ”i stället för att den skadelidande har att visa ett handlande som skulle ha förhindrat skadan och att det var oaktsamt att inte handla så, har han att visa endast vad som var ett möjligt och lämpligt farereducerande handlande”.²⁰

Orsaks- och culpabedömningen klumpas därmed ihop till en sammanhåller normativ prövning. Det är en ur metodologisk synvinkel kontroversiell inställning, särskilt som det i praktiken innebär att kausalitet i faktisk mening inte längre behöver bevisas i dessa fall.

Det här innebär en dramatisk förändring och för käranden torde det inte sällan vara betydligt enklare att efterkomma dessa krav istället för de som traditionellt antagits gälla. I det specifika fallet fann HD dessutom att bevisbördan kastades om.

Sammantaget innebär det här att en skadelidande inte sällan torde ha ett bättre processuellt läge om hen kan formulera ansvarsfrågan i underlåtenhetstermer än som ett fall av aktivt skadevållande. I vilket fall innebär domen, genom sin generella karaktär, en viktig förändring av synen på underlåtenhetsansvaret i stort och dess effekter kommer att märkas långt bortom det allmännas ansvar för sakskada vållad av enskilda. Mest intressant blir härvid de följder som målet kommer att få i fall av ren förmögenhetsskada. I Prosolviamålet tog således hovrätten intryck av Landskrona-domen och det har diskuterats även i sammanhanget av det ännu pågående Countermine-målet.

²⁰ Det framstår f.ö. som närmast arkaiskt att HD 2013 väljer manligt pronomen för att beskriva en abstrakt skadelidande och inte ”hon”, ”han eller hon” eller – som landets äldsta domstol, Svea hovrätt, gjort i något fall – ”hen”.

Sammanfattande iakttagelser

De iakttagelser som ovan gjorts är disparata. Om man ska se några tendenser står dessa att finna övergripande i den allmänna skadeståndsrätten, snarare än i dess specifika kommersiella del. En teoretisering av analysen kan skönjas, liksom ett större förtroende för den utomobligatoriska skadeståndsrättens allmänna begrepp och principer.

Det här har emellertid intressanta implikationer för kommersiella ansvarsfrågor. I kommersiella sammanhang, har det tidigare understundom hävdats, ”fungerar inte” skadeståndsrättens allmänna läror och principer. Dessa ger alltför vidsträckt ansvar och ger alltför låg förutsebarhet. Det har därför hävdats att det behövs speciella kausalitetsprinciper för förmögenhets-skadorna, att det krävs speciella ansvarsregler (t.ex. i formen av subsidiärt ansvar) eller till och med s.k. ”caps”, tak på skadeståndet.²¹

Den allmänna tendensen tycks däremot gå mot att tillmäta de allmänna begreppen och lärorna mer allmängiltig betydelse. De speciella inskränkningar som föreslagits verkar inte framstå som speciellt tilltalande längre. I viss mån innebär denna tendens att den kommersiella skadeståndsrätten öppnas upp, om de grundläggande ansvarsförutsättningarna är uppfyllda. För egen del finner jag en sådan utveckling positiv. Andra är mer skeptiska.

²¹ Vissa speciella principer är numer väletablerade och gör god nytta, som t.ex. den befogade tillitens princip vilken sjuöskades av HD i NJA 1987 s. 692 (Kone Invest).

