

# Försäkring som relevanskriterium vid jämkning av en ansvarsbegränsning\*

JESSIKA VAN DER SLUIJS\*\*

## 1. Inledning

Traditionellt har i svensk rätt principen gällt att en avtalspart inte kan ansvarsbegränsa sig från uppsåtligt eller grovt vårdslöst handlande. Utfallet är enligt det synsättet binärt – om skadevällaren orsakat skada med uppsåt eller grov vårdslöshet så godtas inte ansvarsbegränsningen. Principen fastställdes i NJA 1998 s. 390 (Stulna diamanter), där en ansvarsbegränsning jämkades eftersom förlusten orsakats genom uppsåtligt handlande av en anställd person hos skadevällaren. NJA 2017 s. 113 (Överlåtelsebesiktningen) anses innebära ett *metodskifte* för hur man ska angripa frågan om ansvarsbegränsningar.<sup>1</sup> I det avgörandet slogs fast att det inte är fråga om ett binärt synsätt där utfallet beror på om ett handlande ska betraktas som grovt eller inte. I stället ska ansvarsbegränsningen jämkas med stöd av 36 § AvtL (1915:218), vilket innebär att en mer nyanserad bedömning ska göras, där hänsyn kan tas till flera olika faktorer i det enskilda fallet. Samma synsätt anlades av Högsta domstolen i NJA 2022 s. 354 (Skatterådgivarens ansvarsbegränsning). Som en relevant faktor i en sådan bedömning nämns försäkring. I artikeln Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi idag med ansvarsfriskrivningar? diskuterar Svante O. Johansson denna utveckling. Han konstaterar att utvecklingen med en större användning av generalklausulen medför att komplicerade överväganden måste göras, inbegripet försäkringslösningar och andra

\* Har tidigare publicerats i *Festskrift till Svante O. Johansson*, Jure, Stockholm, 2025.

\*\* Professor.

<sup>1</sup> Se till exempel Munukka, 36 § avtalslagen som universalverktyg mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar, JT 2017–18 s. 393 ff., Kleineman, Frågan om graden av oaktsamhet som relevanskriterium vid jämkning av ansvarsbegränsningar, i Vänbok till Gertrud Lennander (2024) s. 81, Sandvik, Något om friskrivningar i finsk rätt med särskild hänsyn till kommersiella förhållanden, JT 2023–24 s. 807 eller Edlund, Något om ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar i kommersiella avtal, JT 2023–24 s. 795.

riskavvägningar.<sup>2</sup> I detta bidrag diskuteras försäkring som relevanskriterium vid jämkning av en ansvarsbegränsning. I vilken mån är försäkringsfaktorn relevant vid jämkning av ansvarsbegränsning enligt 36 § AvtL, och i så fall hur? Vilken relevans bör försäkringsfaktorn ha?<sup>3</sup>

## 2. Försäkringsfaktorerna

Frågan om jämkning av ansvarsbegränsning har varit föremål för prövning i flera uppmärksammade mål. I NJA 1998 s. 390 (Stulna diamanter) hade skadevällaren, Posten, (under)försäkrat en försändelse med diamanter och den skadelidande hade egendomsförsäkring som täckte förlusten. Diamanterna hade tillgripits medan Posten hade hand om försändelsen, och fråga uppkom om avtalad ansvarsbegränsning skulle jämkas. Försäkring nämnades som en relevant faktor av Högsta domstolen, men ansvarsbegränsningen jämkades fram för allt på grund av uppsåtligt handlande på skadevällarens sida. Nästa mycket uppmärksammade och omdiskuterade avgörande är det klandrade skiljeavgörandet Profilgruppsdomen från 2011.<sup>4</sup> Skadevällaren, en revisionsbyrå (med ansvarsförsäkringsplikt), hade genom vårdslös rådgivning orsakat skada för klienten, ProfilGruppen. Skiljenämnden jämkade ansvarsbegränsningen med stöd av 36 § AvtL. Försäkring nämnades som en i och för sig relevant faktor vid tillämpningen av 36 § AvtL, men ansvarsbegränsningen jämkades på grund av andra faktorer, fram för allt att revisionsbyrån vållat en dold dissens för ProfilGruppen i ett centralt avseende. Även i NJA 2017 s. 113 (Överlåtelsebesiktningen), där en vårdslöst utförd besiktning av en fastighet orsakat skador för fastighetsköparen, nämnades försäkring som en relevant faktor vid bedömningen av om ansvarsbegränsningen ska jämkas enligt 36 § AvtL, men försäkringsfaktorn saknade betydelse i den faktiska bedömningen. Ansvarsbegränsningen stod sig, fram för allt på grund av att den utgjorde avtalsinnehåll mellan fastighets säljarna och besiktningsföretaget, och inte mellan besiktningsföretaget och den skadelidande. Inte heller

<sup>2</sup> Svante O. Johansson, Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi idag med ansvarsfritskrivningar?, JT 2015–16 s. 67.

<sup>3</sup> Med detta bidrag vill jag passa på att tacka Svante för att ha varit en så enormt positiv kraft för mig personligen under hela mitt akademiska yrkesliv – som stöd under min doktorandtid, som sakkunnig i diverse tillsättnings- och befordringsärenden, som forskningskollega och opponent, som kollega i Försäkringsjuridiska föreningen, i Nätverket för försäkringsrättslig forskning och i diverse stiftelser (m.m.) men framför allt som den verkligt goda och kära vän man behöver då och då.

<sup>4</sup> Svea Hovrätt mål nr 1085-11.

i NJA 2022 s. 354 (Skatterådgivarens ansvarsbegränsning) tillmätte Högsta domstolen försäkring någon faktisk betydelse, trots att försäkring nämndes som en i och för sig relevant faktor vid jämkning av en ansvarsbegränsning enligt 36 § AvtL. I avgörandet stod sig en ansvarsbegränsning mellan skatterådgivaren och ett fastighetsföretag, fram för allt eftersom vårdslösheten varit förhållandevis begränsad.<sup>5</sup> Inte i ett enda av dessa avgöranden har försäkringsfaktorn alltså haft någon faktisk betydelse för utfallet, trots att försäkring uppräknats som en i och för sig relevant faktor av Högsta domstolen (eller av skiljenämnden).

Flera författare, med vilka jag instämmer, har tidigare uttryckt förvåning över att försäkringsfaktorn inte verkar ha haft någon faktiskt betydelse vid bedömningen om en ansvarsbegränsning ska jämkas eller inte.<sup>6</sup> Att försäkringsfaktorn inte tillmätts någon faktisk betydelse i ett enda fall skulle kunna tas för intäkt att den inte är relevant vid jämkning av ansvarsbegränsningar enligt 36 § AvtL. Men försäkringsfaktorn *nämns* i samtliga avgöranden och det skälet att den saknade konkret betydelse innebär inte att man därför kan bortse ifrån den.

Försäkring som faktor vid jämkning av ansvarsbegränsning<sup>7</sup> har långt före avgörandet NJA 2017 s. 113 (Överlåtelsebesiktningen) lyfts fram i motivuttalanden, rättspraxis och i litteraturen. Uttalandena ofta ganska allmänt hållna och oprecisa, men ur dessa kan man grovt dela in försäkringsfaktorn i tre kategorier:

- Försäkringsmöjligheter (på respektive sida)
- Den ene eller den andre har en *skyldighet att ha försäkring*
- *Försäkring finns* – antingen ansvarsförsäkring eller försäkring som täcker den skadelidandes förlust.

<sup>5</sup> Härtill kan nämnas NJA 1979 s. 483, som gällde jämkning av en ansvarsbegränsning med tillämpning av 8 § SkbrL. Högsta domstolen tog intryck av principerna bakom 36 § AvtL, som inte trätt i kraft när målet anhängiggjordes, och framlade som i och för sig relevant argument att köparen haft möjligheter att skydda sig mot följdförluster genom försäkring (vilket antagligen inte stämde). Ansvarsbegränsningen jämkades inte, och försäkringsfaktorn fick ingen faktisk relevans avgörandet.

<sup>6</sup> Se t.ex. Wilhelmsen, Kontrollen i Norge av bestämmelser som begränsar ansvaret i forhold til dispositiv rett, JT 2023–24 s. 840, Ullman, Försäkring och ansvarsfördelning (2006) s. 221, Kleineman, Professionsutövares ansvarsbegränsningar, i Festskrift til Mads Bryde Andersen (2018) s. 232 f.

<sup>7</sup> I denna artikel görs ingen skillnad på ansvarsbegränsningar och ansvarsfriskrivningar, se även Bernitz, Standardavtalsrätt (2018) s. 112.

Kategorierna är inte skarpa, utan de kan gå in i varandra, exempelvis när en aktör har goda försäkrings*möjligheter* vilket blir ett argument för att denne har en *skyldighet* att ha försäkring. Kategorierna kan också överlappa varandra: Någon med en försäkrings*skyldighet* *har* också försäkring.<sup>8</sup> Ämnet är därför inte helt lätt att överblicka. I litteraturen adresseras frågan vidare gällande specifika kontraktstyper där det råder ganska olika förutsättningar för riskfördelning mellan parterna, som exempelvis entreprenader, transporter eller vid rådgivningsansvar. Ämnet tangerar frågan om jämkning av skadeståndsansvar enligt skadeståndslagen (1972:207) och aktualiserar intressanta frågor som exempelvis ansvarsförsäkringstäckning av grovt vållade skador, principalens ansvar för anställdas grova vårdslöshet, eller försäkringsbolagens regressrätt. Ämnet är alltså komplext. Det begränsade syftet med den här bidraget är att på ett ganska schematiskt sätt diskutera försäkring som ett *självständigt* relevanskriterium utifrån de tre olika kategorierna; I vilken mån är *försäkringsmöjligheter* ett relevant kriterium vid jämkning av en ansvarsbegränsning? I vilken mån är *försäkringskyldighet* ett relevant kriterium vid jämkning av ansvarsbegränsning? I vilken mån är det faktum att det *finns försäkring* ett relevant kriterium vid jämkning av en ansvarsbegränsning?<sup>9</sup>

### 3. Försäkringsmöjligheter

Redan i Generalklausulsutredningen, SOU 1974:83, framhölls att *försäkringsmöjligheter* utgör en relevant faktor vid tillämpningen av 36 § AvtL. Här framgår att ”försäkrings- och kanaliseringssynpunkter kan medföra avsevärda förskjutningar till skadevällarens förmån. Om den som lider skada har möjlighet att skydda sig genom försäkring och detta är brukligt eller han har blivit uppmärksamgjord härpå, kan en ansvarsfriskrivning som annars inte vore tillåten bära godtas”.<sup>10</sup> Även möjlighet för skadevällaren att skydda sig genom ansvarsförsäkring adresseras: ”Hänsyn bör även av en kunna tas till försäkringsförhållandena, särskilt till möjligheten för den ansvarige att täcka skadeståndsskyldigheten genom ansvarsförsäkring”.<sup>11</sup> Att försäkrings-

<sup>8</sup> Se gärna Ullman, Försäkring och ansvarsfördelning (2006) s. 214 som diskuterar olika hypotetiska förhållanden där det antingen finns eller inte finns försäkring på respektive sida.

<sup>9</sup> Samma kategorier diskuteras när det gäller jämkning av skadestånd. Detta område behandlas dock inte i denna text.

<sup>10</sup> SOU 1974:83 s. 181.

<sup>11</sup> SOU 1974:83 s. 183.

möjligheten är en relevant faktor vid jämkning av en ansvarsbegränsning har uttalats ett antal gånger i rättspraxis och i litteraturen.<sup>12</sup> Förekommande varianter på kriteriet är att det är möjligt att ha försäkring *till rimlig kostnad*,<sup>13</sup> att den ene har *bättre* möjligheter än den andre att hålla försäkring,<sup>14</sup> eller att den ene kan teckna en mer *fördelaktig* försäkring än den andre.<sup>15</sup>

Vad som närmare menas med ”försäkringsmöjligheter” preciseras sällan. Redan själva begreppet är oklart. En möjlig innebörd är att det föreligger ett *försäkringsbart intresse*. Frågan om vad som är ett försäkringsbart lagligt intresse enligt 6 kap. 1 § försäkringsavtalslagen (2005:104), eller kanske ännu hellre – vilka intressen som *typiskt sett* går att försäkra – *kan* vara komplicerat att fastställa och synen på vad som är försäkringsbart och inte försäkringsbart kan också ändras också över tid.

En annan möjlig innebörd är att det är tillgängliga produkter på *försäkringsmarknaden* som avses, men även försäkringsmarknaden är ett rörligt objekt. Vad som rent praktiskt är försäkringsbart *kan* vara okomplicerat att fastställa, men är det inte alltid.<sup>16</sup> Vid tidpunkten för Generalklausulutredningens uttalande var den svenska försäkringsmarknaden mycket mer homogen än vad den är idag. Dagens försäkringsmarknad är internationell och utvecklas i en hög takt. Vad som är svårt att försäkra idag behöver inte vara det i morgon. Eller tvärtom; i skrivande stund (januari 2025) har världens uppmärksamhet riktats mot brandkatastrofen i Los Angeles, där det visat sig

<sup>12</sup> En formulering identisk med generalklausulutredningen återfinns i NJA 1998 s. 390 (Stulna diamanter). I NJA 2017 s. 113 (Stulna diamanter) diskuterar Högsta domstolen försäkringsmöjligheterna på respektive sida, gällande olika scenarier. I NJA 2022 s. 354 (Skatterådgivarens ansvarsbegränsning) nämns att försäkringsmöjligheter på omse sidor är en faktor att ta hänsyn till vid fråga om jämkning av ansvarsbegränsning enligt 36 § AvtL. Se vidare Kleineman, Grov vårdslöshet som privaträttsligt principproblem, i Festskrift till Lars Heuman (2008) s. 271 samt Kleineman, Professionsutövares ansvarsbegränsningar, i Festskrift til Mads Bryde Andersen (2018) s. 230 ff.

<sup>13</sup> NJA 2017 s. 113 (Överlåtelsebesiktningen), Lindskog, Jämkning i kommersiella förhållanden, i Aftaleloven 100 år (2015) s. 309 eller Lundmark, Friskrivningsklausuler – giltighet och räckvidd (1996) s. 115.

<sup>14</sup> Kleineman, Frågan om graden av oaktsamhet som relevanskriterium vid jämkning av ansvarsbegränsningar, i Vänbok till Gertrud Lennander (2024) s. 81 eller Lundmark, Friskrivningsklausuler – giltighet och räckvidd (1996) s. 145.

<sup>15</sup> Lundmark, Friskrivningsklausuler – giltighet och räckvidd (1996) s. 202.

<sup>16</sup> I NJA 1979 s. 483 var uttalandet mer konkret: ”Köparens större möjligheter att genom försäkring skydda sig mot följdförluster har också framhållits som ett väsentligt skäl för begränsning av säljarens skadeståndsansvar.” Se vidare Ullman, som konstaterar att det inte fanns sådana försäkringsmöjligheter, och att domen bygger på felaktiga premisser, i Försäkring och ansvarsfördelning (2006) s. 221.

att en stor del av de nerbrunna bostäderna inte varit möjliga för de boende att försäkra, just på grund av den kända brandrisken i området.

Rimligen inbegriper möjlighetskriteriet en bedömning på *individnivå*, dvs. en bedömning av vad som är möjligt för de individuella avtalsparterna att försäkra. Även detta kan vara besvärligt att fastställa. Det kan finnas skadehistorik eller andra skäl till att en viss individ inte kan försäkra sig mot vissa risker, även om risken i och för sig är försäkringsbar.

Särskilt i kommersiella förhållanden ska det mycket till för att en jämkning ska ske över huvud taget med stöd av 36 § AvtL. Jämkningsröskeln är hög.<sup>17</sup> Blotta försäkrings*möjligheten*, som lätt kan bli ett hypotetiskt antagande, kan därför inte vara ett argument för att jämka en mellan parterna avtalad riskfördelning. Däremot så kan (och bör!) försäkrings*möjligheterna* utgöra en relevant faktor mellan parterna i avtalsförhandlingskedet.<sup>18</sup> Det är parterna som är bäst skickade att bedöma de ovan nämnda aspekterna av försäkrings*möjligheterna*, dvs. den risk som ska försäkras, förefintlig försäkringsmarknad, rimliga kostnader samt vem som bör försäkra vad. I den mån parterna avtalar om försäkringsförhållandet kan försäkringsfaktorn bli relevant om fråga om jämkning av ansvarsbegränsning skulle uppstå, se vidare nedan.

#### 4. Försäkringsskyldighet

Det finns uttalanden enligt vilka en avtalsparts *försäkringsskyldighet* är ett relevanskriterium vid bedömningen av om en ansvarsbegränsning ska jämkas. Synsättet innebär att den försäkringsskyldige ska bära en större risk för skador som inträffar inom kontraktförhållandet. Det kan handla om en skadelidande som har en skyldighet att försäkra den egna risken, med följd att en ansvarsbegränsning ska stå sig trots att starka skäl talar emot, eller om en skadevällare som har en ansvarsförsäkringsskyldighet, och därför ska ta en större risk än vad som följer av ansvarsbegränsningen. Flera olika typsituationer nämns; att någon av parterna *uppmärksammat* den andre om att denne bör teckna försäkring; att en part har en försäkringsplikt enligt *författning*; att parterna i *avtalet* åtagit sig att teckna försäkring för skador som orsakas inom ramen för avtalet samt att det är brukligt och *närmast självklart* att endera parten har försäkring.

<sup>17</sup> Lindskog, Jämknings i kommersiella förhållanden, i Aftaleloven 100 år (2015) s. 308.

<sup>18</sup> Lundmark, Friskrivningsklausuler – giltighet och räckvidd (1996) s. 78.

Typsituationerna innefattar både fall där det finns en försäkringsplikt och där parten också faktiskt *har* försäkring, och fall där det finns en försäkringsplikt som parten har försummat. I detta avsnitt åtskiljs inte situationen där det finns försäkring från den situationen där det saknas försäkring, utan nedan diskuteras om *själva försäkringsplikten* kan vara en relevant kriterium för om en ansvarsbegränsning ska jämkas eller inte.

#### **a. Part blivit uppmärksammat på att ha försäkring**

I Generalklausulsutredningen nämns det faktum att någon har uppmärksammat sin motpart att ha försäkring som relevant för jämningsfrågan: ”Där förutsättningarna för att ansvarsfriskrivning skall kunna godtas är att den som lider skada har möjlighet att själv säkra sig genom sakförsäkring jfr strax nedan, kan man böra ta hänsyn till bl. a. om han blivit tillräckligt tydligt uppmärksamgjord på att han bör teckna försäkring själv.”<sup>19</sup> Tanken är att den som friskriver sig samtidigt har att informera motparten om att denne själv kan skydda sig, och att det skulle vara värdeslöst att inte ge sådana upplysningar: ”Om så inte är fallet kan den som friskriver sig böra bli ansvarig, mindre på grund av att han orsakat skadan än därför att han försummat att fasta sin medkontraheuts uppmärksamhet på behovet av försäkringsskydd.”<sup>20</sup>

Inte i något av de ovan redovisade avgörandena har just denna aspekt av försäkringsfaktorn diskuterats. Ullman skriver att det kan vara svårt att omsätta dessa förutsättningar i kommersiella avtalsförhållanden.<sup>21</sup> Av samma skäl som att försäkringsmöjligheter inte kan vara en tungt vägande faktor vid jämkning av ansvarsbegränsningar kan inte heller det faktum att någon uppmärksammat den andre om försäkringsbehov vara det. Att ge någon upplysningar om försäkringsbehov är dessutom en aktivitet som ligger nära försäkringsförmedling (en profession som inte existerade på 1970-talet), vilket är ett hårt reglerat rättsområde. Det kanske idag till och med är så att kan vara lämpligt för en avtalspart att vara försiktig med att idka rådgivning om försäkringsbehov och försäkringsmöjligheter, och överlåta det på en försäkringsförmedlare. Rent allmänt kan (och bör kanske?) avtalsparterna dock lyfta försäkringsfrågan i avtalsförhandlingarna.

<sup>19</sup> SOU 1974:83 s. 180.

<sup>20</sup> SOU 1974:83 s. 180.

<sup>21</sup> Ullman, Försäkring och ansvarsfördelning (2006) s. 214.

## b. Försäkringsplikt enligt författning

Det är ganska vanligt att olika aktörer har en *ansvarsförsäkringsplikt* enligt författning. Exempel på sådana aktörer är revisorer, försäkringsförmedlare, fastighetsmäklare eller fartygsägare. Av författningen kan framgå vilka belopp som gäller för försäkringsplikten. Försäkringsplikten kan omfatta ett visst belopp per *skadefall*.<sup>22</sup> I ett sådant fall finns en relation mellan ansvarsförsäkringsplikten och det individuella avtalet mellan parterna. Den potentiellt skadelidande har fog för en förväntan att visst ansvarsförsäkringsskydd finns, och har kanske till och med ingått avtal under den premissen. Att avtala om en ansvarsbegränsning under det försäkringspliktiga beloppet skulle redan av det skälet kunna vara oskäligt.

För de fall de obligatoriska ansvarsförsäkringsbeloppen för verksamhet under ett år, och inte ett visst avtalsförhållande mellan parterna som avtalat om ansvarsbegränsningen, är det mer tveksamt om försäkringsplikten ska ha någon relevans i en jämkningssituation. En verksamhet kan ådra sig flera ansvarsskador under ett år och det obligatoriska beloppet är utformat för att kunna täcka flera skador.<sup>23</sup> Man kan alltså tänka sig en situation att försäkringsbeloppet har konsumerats, och att alla skadelidande inte kan bli kompenserade ur en viss försäkring, trots att den är obligatorisk. I den mån ansvarsförsäkringsplikten inte varit en faktor för riskfördelningen mellan parterna är det som jag ser det tveksamt om en ansvarsbegränsning till ett belopp som understiger det obligatoriska beloppet på grund av ansvarsförsäkringsplikten skulle vara oskälig.

## c. Försäkringsplikt enligt avtal

I olika kommersiella sammanhang är det vanligt med en *avtalad* försäkringsplikt. Det kan gälla entreprenader, företagsöverlåtelser hyresförhållanden av olika slag, eller annat. Underlåtenhet att ha en avtalad försäkring utgör i sådana fall ett avtalsbrott.<sup>24</sup> Kan en avtalad ansvarsförsäkringsplikt utgöra ett skäl för att en ansvarsbegränsning ska jämkas, trots att det saknas övriga skäl som talar för en sådan jämkning? Eller omvänt; kan den skadelidande behöva acceptera att en ansvarsbegränsning står sig *på grund av* den avtalade

<sup>22</sup> Se t.ex. 26 § fastighetsmäklarförordningen (2021:518).

<sup>23</sup> Det är nog mera ovanligt att ansvarsförsäkringsplikten utformas på det sättet. Däremot finns flera exempel där ansvarsförsäkringsplikten är ett alternativ till annan *säkerhet*, där man bör kunna resonera på motsvarande vis.

<sup>24</sup> Ullman, Försäkring och ansvarsfördelning (2006) s. 215.

skadelidarförsäkringen, trots att andra skäl talar för en jämkning av ansvarsbegränsningen?

Man kan tänka sig fall där *ansvarsförsäkringsplikten* i avtalet relateras till ansvarsbegränsningen, exempelvis genom att skadevällaren åtar sig att ansvarsförsäkra sig intill ansvarsbegränsningsbeloppet. Man kan vidare tänka sig att ansvarsförsäkringen utformas därefter, vilket innebär att avtalsparterna har skapat en riskfördelningsmodell som innebär att den potentiellt skadevällande parten inte ska ansvara för skador utöver ett avtalat ansvarsförsäkringskydd. Ska en sådan ansvarsbegränsning stå sig också vid t.ex. grov vårdslöshet? Om det var parternas avsikt att riskfördela på det sättet kan det utgöra ett skäl för att ansvarsbegränsningen ska stå sig. Men man kan även tänka sig en situation där avtalet tolkas så att grovt vållade inte regleras av avtalet, vilket innebär att parternas riskfördelning ska genombrytas i det fallet.

Även den *skadelidande* kan ha åtagit sig en försäkringsplikt i avtalet med skadevällaren, med följd att denne själv tagit på sig att stå för vissa risker. Fråga är om den skadelidande måste finna sig i att ansvarsbegränsningen står sig *eftersom* denne har åtagit sig att själv försäkra sina förluster, trots att det kan finnas andra skäl som talar för en jämkning. I nordisk transporträttslig litteratur argumenteras för att en ansvarsfriskrivning inom ramen för en s.k. ”knock for knock”-princip bör godtas även vid grov vårdslöshet.<sup>25</sup> ”Knock for knock”-principen går ut på att avtalsparter ömsesidigt friskriver sig från ansvar för skador som orsakas inom ramen för kontraktet. Friskrivningen kombineras med en försäkringsplikt för de skador som kan tänkas uppstå.<sup>26</sup> Argumentet för att låta en ansvarsbegränsning stå sig även vid grov vårdslöshet är att samtliga inblandade aktörer har haft en sådan avsikt, och att tillåta en ansvarsbegränsning tillgodoser parternas behov av förutsebarhet och kontroll över riskerna.<sup>27</sup> Även Kleineman argumenterar i en sådan riktning, fast gällande rådgivningsansvar: ”Om man tillåter friskrivning från grov oaktsamhet genom en mellan två kommersiella – eller i vart fall rimligt jämnstarka – parter som medvetet (eller i vart fall genom faktiskt föreliggande)

<sup>25</sup> Wilhelmsen, Kontrollen i Norge av bestemmelser som begrenser ansvaret i forhold til dispositiv rett, JT 2023–24 s. 834 med hänvisningar.

<sup>26</sup> Wilhelmsen, a.a. s. 831 samt Schelin, Total friskrivning från ansvar för sak- och personskador – knock for knock-principen, JT 1993–94 s. 131 ff. Se även Ramberg, Ansvarsbegränsning – en fråga om skälighet eller praktikabilitet?, i Festskrift till Ulf K. Nordenson (1999) s. 385 f.

<sup>27</sup> Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, tolfte upplagan (2022) s. 224 samt Svante O. Johansson, Svensk rättspraxis – Sjörätt och annan transporträtt 2001–2005, SvJT 2008 s. 317.

framförhandlad riskfördelning byggd på försäkringsrättsliga – eller därmed jämförbara – överväganden, kan man samtidigt ha anledning att upprätthålla den traditionellt stränga inställningen för vad som är grov oaktsamhet.<sup>28</sup> Hagström argumenterar å andra sidan för att grov vårdslöshet bryter igenom vid knock for knock, bl.a. eftersom föreliggande effektivitetshänsyn bör väga lättare än betydelsen av att upprätthålla en ansvarsregim.<sup>29</sup>

Om parterna har haft för avsikt att riskfördela på det sättet kan det finnas goda skäl för att låta en ansvarsbegränsning stå sig, även om andra tungt vägande skäl talar emot. Oavsett borde försäkringsfaktorn ha hög relevans i dessa fall. Frågan har ännu inte varit föremål för prövning i Högsta domstolen, men det skulle vara mycket intressant att se hur en ansvarsfriskrivning skulle bedömas i ett sådant sammanhang.

#### d. Brukligt att ha försäkring

Generalklausulutredningen lyfter som en relevant faktor för jämkningsfrågan att det är *brukligt* för en part att försäkra sig.<sup>30</sup> Man tänker sig att det finns en rådande praxis, att avtalsparterna är försäkrade på ett visst sätt, med följd att riskfördelningen ska ske, eller till och med kunna korrigeras, i förhållande därmed. Ovan har jag argumenterat för att det kan vara besvärligt att fastställa vad som är *möjligt* att försäkra, och kanske är det än mer osäkert att fastställa vad som är *brukligt* att försäkra. Hellner förde 1981 en diskussion om vad som var brukligt att försäkra,<sup>31</sup> och 1999 fann Ullman analysen lite föråldrad.<sup>32</sup> Synen på vad som är brukligt att försäkra förändras över tid. Försäkringsbruk som relevant faktor i en jämkningssituation skulle skapa ett oförutsebart rättsläge för avtalsparterna, och bör som utgångspunkt inte ha någon relevans i en jämkningssituation.

Däremot tangerar frågan om vad som är *brukligt* att försäkra en annan situation, nämligen vad som är *närmast självklart* att försäkra,<sup>33</sup> eller att det är

<sup>28</sup> Kleinman, Grov oaktsamhet som privaträttsligt principproblem, i Festskrift till Lars Heuman (2008) s. 273.

<sup>29</sup> Hagström, Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold, TFR 1996 s. 421 ff., avsnitt VI. Även Ramberg argumenterar i denna riktning, se Ansvarsbegränsning – en fråga om skälighet eller praktikabilitet?, i Festskrift till Ulf K. Nordenson (1999) s. 388 f.

<sup>30</sup> SOU 1974:83 s. 180.

<sup>31</sup> Hellner, Consequential loss and exemption clauses, Oxford Journal of Legal Studies 1981 s. 45 f.

<sup>32</sup> Ullman, Försäkring och ansvarsfördelning (1999) s. 291.

<sup>33</sup> Lundmark, Friskrivningsklausuler – giltighet och räckvidd (1996) s. 133.

*underförstått* av avtalsparterna att försäkring finns, utan att den saken explicit regleras i avtalet. Exempel på sådana situationer skulle kunna vara att någon hyr en bil eftersom denne utgår ifrån att den är fordonsförsäkrad, att någon anlitar en rådgivare eftersom denne utgår ifrån att rådgivaren har ett ansvarsförsäkringsskydd för typiska risker i rådgivningen eller att en elektriker åtar sig ett arbete på en byggnad under förutsättning att byggnaden är brandförsäkrad. Hit hör också fallen när lagstadgade försäkringsbelopp för de obligatoriska professionsansvarsförsäkringarna är lågt satta i förhållande till de faktiska ansvarsriskerna i verksamheten. I dessa fall kan man säga att professionsutövarna har en slags skyldighet att utöver de obligatoriska ansvarsförsäkringarna teckna s.k. excessförsäkringar.

I den mån man kan tolka avtalet så att försäkringsfaktorn utgör ett (underförstått) moment i parternas riskfördelning kan det finnas skäl att här resonera på samma sätt som i de fall där det finns en avtalad försäkringsplikt, med följd att försäkringsargumentet borde kunna väga ganska tungt i en jämkningssituation.<sup>34</sup> Det som talar emot en sådan lösning är att det både i NJA 2022 s. 354 (Skatterådgivarens ansvarsbegränsning) och i skiljedomen (Profilgruppsdomen) förelåg sådana omständigheter, men att försäkringsfaktorn trots det inte tillmättes någon betydelse för själva jämkningsfrågan. Särskilt avgörandet från Högsta domstolen har också kritiserats härför,<sup>35</sup> och jag instämmer i kritiken. Förhoppningsvis får vi se nya fall i Högsta domstolen där frågan kan belysas närmare.

## 5. Faktisk försäkring

Det finns flera uttalanden i motiv, rättspraxis och litteratur som går ut på att den faktiska försäkringssituationen ska ha betydelse för hur man ska se på jämkningsfrågan.<sup>36</sup> Situationen som diskuteras i detta avsnitt är den när

<sup>34</sup> Liknande resonemang förs av Kleineman, se Frågan om graden av oaksamhet som relevanskriterium vid jämkning av ansvarsbegränsningar, i Vänbok till Gertrud Lennander (2024) s. 93, samt Kleineman, Professionsutövarns ansvarsbegränsningar, i Festskrift til Mads Bryde Andersen (2018) s. 237.

<sup>35</sup> Kleineman, Professionsutövarns ansvarsbegränsningar, i Festskrift til Mads Bryde Andersen (2018) s. 248.

<sup>36</sup> SOU 1974:83 s. 180, NJA 1998 s. 390, Kleineman, Frågan om graden av oaksamhet som relevanskriterium vid jämkning av ansvarsbegränsningar, i Vänbok till Gertrud Lennander (2024) s. 88, Ramberg, Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag, JT 2010–11 s. 931 samt Lundmark, Friskrivningsklausuler – giltighet och räckvidd (1996) s. 133.

parterna i de avtalade riskavvägningarna varken uttryckligen eller underförstått beaktat försäkringsfaktorn, utan försäkringsbilden ”råkar” se ut som den gör. I praktiken är detta nog inte ett helt ovanligt scenario – inträffade skador hanteras ganska omgående av skadelidarförsäkring och ansvarsförsäkring och relationen mellan dessa hanteras genom regressanspråk från egenomsförsäkringsgivaren mot ansvarsförsäkringsgivaren. Frågan är om redan det faktum att det finns en ansvarsförsäkring är ett argument för att jämka en ansvarsbegränsning, och omvänt, redan det faktum att det finns en skadelidarförsäkring är ett argument för att en ansvarsbegränsning ska stå sig.

Inledningsvis bör nämnas att argumentet över huvud taget inte kan vara relevant för det fall man endast kunnat konstatera att det finns ”ett försäkringsavtal”. För att argumentet över huvud taget ska kunna diskuteras som relevansfaktor måste det fastställas att identifierade försäkringar faktiskt täcker skadan. Särskilt ansvarsförsäkringen är en krånglig försäkringsform och skyddet kan vara begränsat på grund av undantagsvillkor, brott mot de försäkringsrättsliga biförpliktelserna, eller på grund av preskription. Vilka försäkringsbelopp som gäller kan vara en mycket väl bevarad hemlighet, särskilt inom vissa branscher. En mer relevant faktor är därför att det finns försäkring som visar sig i och för sig täcka skadan.

Det finns inget som talar för att det faktum att det finns *ansvarsförsäkring* som i och för sig täcker ett ansvar skulle vara ett självständigt argument för att *jämka en ansvarsbegränsning* (exempelvis intill ansvarsförsäkringsbeloppet). Tvärtom speglar ansvarsförsäkringsavtalet det underliggande skadeståndsansvaret. I ansvarsförsäkringsvillkoren brukar det komma till uttryck genom att försäkringen täcker skadeståndsansvar enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler. För att försäkringsersättning ska utgå ur en ansvarsförsäkring ska det sålunda vara klart att alla de skadeståndsrättsliga rekvisiten är uppfyllda. Om skadeståndet är begränsat på grund av ansvarsbegränsningar så följer ansvarsförsäkringsskyddet efter. Att den försäkrade med sina avtalsparter avtalar om ansvarsbegränsningar kan vara en del av ansvarsförsäkringsgivarens riskbedömning. Vidare kan den ansvarsförsäkrade behöva skydd för flera ansvarsskador ur samma försäkring. Att förekomst av ett ansvarsförsäkringsskydd skulle få effekten att ansvarsbegränsningar jämkas, med följd att risk flyttas till skadevällaren trots att inga andra starka skäl talar härför skulle kanske kunna vara en olycklig praxis, som skulle kunna inverka negativt på ansvarsförsäkringsmarknaden.

Generalklausulutredningens uttalande om faktisk *skadelidarförsäkring* som relevanskriterium bygger på tanken att om den skadelidande blir kom-

penserad av sin egen försäkring, så kan ansvarsbegränsningen inte anses oskäligen. Uttalandet vilar på en kanaliseringstanke, och bygger på antagandet att den skadelidande går skadefri eftersom denne skyddas av den egna försäkringen. Den skadelidande antas följaktligen stå liten risk i en sådan situation. Men för den skadelidande kan det vara ganska kostsamt att belasta den egna försäkringen, jämfört med att bli kompenserad genom skadestånd. Självrisken kan vara hög och den skadelidandes försäkringsgivare kan inte utöva regress mot de ansvariga, vilket kan påverka den skadelidande negativt i form av högre premier och bonusförluster. Avskuren regress innebär att egendomsförsäkringsgivaren får ta en risk som täcks av ansvarsförsäkring.<sup>37</sup> I NJA 1998 s. 390 fanns försäkring på skadelidarsidan som i och för sig täckte förlusten. Kärande i målet var egendomsförsäkringsgivaren som framställde ett regresskrav mot Posten. Trots det jämkades inte ansvarsbegränsningen, utan full ersättning utgick.

Slutsatsen är att förekomsten av försäkringsskydd på endera sidan inte bör vara ett självständigt argument för att antingen jämka en ansvarsbegränsning på grund av förekommande ansvarsförsäkring, eller låta en ansvarsbegränsning stå sig på grund av förekommande skadelidarförsäkring.

Möjligen skulle man kunna tänka sig att förekommande försäkringar kan ha betydelse i ett senare led, där fråga om jämkning ska ske utgör det första ledet och frågan till vilket *belopp* jämkning ska ske utgör det senare ledet.<sup>38</sup> Ungefär så resonerade skiljenämnden i Profilgruppsdomen.<sup>39</sup>

## 6. Sammanfattande slutsatser

En större användning av 36 § AvtL vid jämkning av ansvarsbegränsningar innebär ett ökat utrymme för att ta hänsyn till försäkringsfaktorn, än vad som var fallet när det framför allt blev en fråga om gränsdragningen mellan uppsåt och grov vårdslöshet kontra vårdslöshet.

<sup>37</sup> Ullman, Försäkring och ansvarsfördelning (2006) s. 217.

<sup>38</sup> Ramberg, Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag, JT 2010–11 s. 930.

<sup>39</sup> Ett annat exempel är en norsk skiljedom från år 2013, Voldgiftsdom Unilabs Norge AS mot NN den 18 december 2013, som refereras av Johansson i Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi idag med ansvarsfriskrivningar?, JT 2015–16 s. 66. I målet fann nämnden att skadelidandes förlust var 20 miljoner norska kronor och ansvarsbegränsningen jämkades så att 10 miljoner kronor av förlusten täcktes, vilket motsvarade ansvarsförsäkringens begränsningsbelopp.

Det finns många uttalanden i motiv, rättspraxis och litteratur där försäkringsmöjligheter, försäkringsskyldighet eller faktisk försäkring lyfts fram som en relevant faktor för jämningsfrågan. Trots det har försäkringsfaktorn inte i ett enda av de ovan redovisade avgörandena haft någon faktisk betydelse för utgången, vilket förvånat mig och även andra. Försäkringsfaktorn borde kunna ha en faktisk betydelse när en ansvarsbegränsning ska jämkas enligt 36 § AvtL, och inte bara finnas i bakgrunden på ett allmänt plan.

Särskilt i kommersiella förhållanden bör jämningsströskeln, typiskt sett, vara hög. Endast det faktum att *försäkringsmöjligheten finns* kan därför inte utgöra ett självständigt argument för att jämka en avtalad riskfördelning mellan parterna. Det måste krävas något mer. Inte heller redan det faktum att det *faktiskt finns* (dvs. ”råkar” finnas) försäkring bör ha betydelse för frågan om jämkning ska ske eller inte. Däremot bör faktiska försäkringsförhållanden kunna vara av relevans för frågan om till vilket belopp en ansvarsbegränsning ska sättas.

Om det finns en *lagstadgad* eller *avtalad* försäkringsplikt, hos en eller bägge parter, bör försäkringsplikten kunna vara ett självständigt argument för att antingen jämka en ansvarsbegränsning trots att andra skäl talar emot (när skadevållaren har en ansvarsförsäkringsskyldighet), eller låta en ansvarsbegränsning stå sig trots att andra argument kan tala emot det (när det finns en skyldighet för den skadelidande att ha försäkring). Försäkringsplikten bör kunna vara ett starkt argument i de fall parterna explicit avtalat om en riskfördelning genom försäkringslösningar (ett exempel är s.k. knock for knock-lösningar) men argumentet borde kunna vara tungt vägande även när det finns en författningsstadgad ansvarsförsäkringsplikt som tar sikte på varje separat skada. Motsvarande skulle kunna gälla om det är underförstått, eller *självkänt* mellan parterna, att viss försäkring finns. Att försäkring inte fått den konkreta betydelse som kan vara motiverat beror möjligen på att försäkringsfrågorna inte varit tillräckligt utredda i de aktuella målen. Som jag beskrivit ovan så kan det vara besvärligt att utreda försäkringsfaktorn i det individuella fallet.

Frågan om försäkring som relevanskriterium ställs på sin spets i en situation med en avtalad försäkringsplikt (och det därtill faktiskt finns försäkring som i och för sig täcker skadan) och där skadan samtidigt orsakats av en kvalificerat vårdslös handling av skadevållaren. Det bör i ett sådant fall kunna vara ganska okomplicerat att bilda sig en uppfattning om försäkringsplikten. En annan sak är utreda vilka försäkringar som faktiskt finns, men det kanske har mindre betydelse. Att en avtalspart har valt att underlåta att försäkra sig

enligt avtal bör inte ha någon betydelse i sammanhanget. I litteraturen redovisas olika ställningstaganden hur en sådan jämkningsfråga borde falla ut, och det skulle vara mycket intressant att se ett sådant mål i Högsta domstolen.