

# Skadeståndsrättens framtid\*

MÅRTEN SCHULTZ\*\*

*Skadeståndsrätten har genomgått en dramatisk förändring sedan 1972 års skadeståndslag infördes. Inget tyder på att förändringstakten kommer att avstanna. I artikeln diskuteras några skadeståndsrättsliga områden där det finns anledning att förvänta sig en fortsatt dynamisk utveckling.*

## 1. Inledning

Det är närmast självdestruktivt att välja titeln ”Skadeståndsrättens framtid” i en uppsats i Svensk Juristtidnings jubileumsskrift. Juristtidningen har, till skillnad från mycket annan litteratur, även juridisk litteratur, en ovanligt ”long tail”.<sup>1</sup> Äldre artiklar, inte sällan väldigt gamla artiklar, får ständigt nya läsare, understundom i generationer efter att de publicerats. När nu tidningens artikelarkiv gjorts gratis tillgängligt på internet kan än fler ta del av den rättsvetenskapliga och rättspolitiska skatt som tidningen sitter på.<sup>2</sup>

Mot denna bakgrund framstår det alltså som dumdrigt att ägna detta utrymme åt att försöka fånga in tendenser och spå framtiden. Det finns en uppenbar risk att spådomarna slår fel. Spådomar brukar ju göra det.<sup>3</sup> Risken accentueras dessutom av att skadeståndsrätten befunnit sig i ett sällsynt dynamiskt skede under det senaste dryga decenniet. Kränkningersättningarna, den kommersiella ansvarsrätten och utvecklandet av en rättighetsbaserad skadeståndsrätt har fyllt ut åtskilliga sidor av Nytt Juridiskt Arkivs första avdelning. Därtill har lagstiftaren gjort vissa, om än inte många, framstötter.

\* Texten har ursprungligen publicerats i Stefan Strömberg m.fl. [red.], Svensk Juristtidning 100 år (festskrift).

\*\* Professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

<sup>1</sup> Se Chris Anderson, The Long Tail, Wired, oktober 2004.

<sup>2</sup> Se för reflektioner, Mårten Schultz, Juristen i elfenbenstornet, SvJT 2014, s. 105.

<sup>3</sup> Jfr Nate Silver, The Signal and the Noise. Why So Many Predictions fail – but Some Don't, pocketupplagan, New York, New York 2015.

Ovanpå detta finner vi olika europeiska initiativ. Kort sagt: Skadeståndsrätten har under en period varit het.

Här kommer icke desto mindre ett sådant dumdrigt försök att göras. Med ett antal observationer som bakgrund kommer jag att försöka spå in i framtiden. En del av dessa spådomar kommer förmodligen te sig som närmast banala, andra som mer spekulativa. Beträktelsen inleds i förhållandevis konkreta ämnen för att därefter närma sig mer övergripande spörsmål.

## 2. Sakskadorna

Det finns fyra skadetyper inom ramen för skadeståndslagens struktur. Person- och sakskada är de ”klassiska” skadetyperna, vilka kompletterades med innovationen ”ren förmögenhetsskada” när skadeståndslagen infördes. (Ren förmögenhetsskada är den enda skadetyper som har en legaldefinition i skadeståndslagen, 1 kap. 2 §.) Genom prejudikat har en fjärde skadetyper, kränkning, vuxit fram ur begreppet ”lidande” som tidigare återfanns i en nu avskaffad regel i skadeståndslagen 1 kap. 3 §.<sup>4</sup>

Den skadeståndsrättsliga begreppsbildningen, särskilt skadebegreppen, har i stor utsträckning ”satt sig”. Skadebegreppen genererar därmed färre problem än tidigare.<sup>5</sup> Men sakskadebegreppet är ett undantag. Problemen kommer till uttryck såväl i begreppsfrågan i sig – vad är en sakskada? – som i begreppsbildningens effekter – hur bestäms ersättningen när någon drabbats av en sakskada? I det följande fokuserar jag på den första av dessa frågor, skadebegreppet.

Många av de svårigheter som rättstillämpningen idag brottas med anteciperades redan i förarbetena till skadeståndslagen. Sakskadebegreppets behandling i propositionen utgick från den fysiska försämringen av fysisk egendom.<sup>6</sup> Typiska sakskador i detta avseende är alltså bucklor på en bil eller repor på ett par glasögon. Även skada på fast egendom inkluderas t.ex. om ett hus blir skadat av ett bristfälligt utfört grävningsarbete.

Redan vid skadeståndslagens införande stod det klart att rättighetsinnehavaren – i skadeståndsrätten: typiskt sett ägaren – har ett berättigat intresse

<sup>4</sup> Se angående rättsutvecklingen Sandra Friberg, *Kränkningersättning*, Uppsala 2010, s. 41 ff.

<sup>5</sup> Se angående tematiken Jan Kleinemans kända uppgörelse med begreppsbildningen och skadeståndsrätten, *Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen – en renässans för begreppsjurisprudensen?*, JT 1993–94, s. 718.

<sup>6</sup> Prop. 1972:5, s. 579.

av att kunna bruka eller använda egendomen och inte bara av att egendomen inte utsätts för åtgärder som fysiskt försämrar den.<sup>7</sup> Den som frånhänder egendom genom t.ex. stöld drabbas således av en sakskada, även om egendomen inte är i fysiskt försämrat skick där den befinner sig. Den rättspolitiska tanken att det för ägaren är centralt att så att säga ha makten över sin egendom kommer till tydligast uttryck i propositionens iakttagelse att även tillfälliga besittningsrubbingar kan utgöra en sakskada.<sup>8</sup> Det senare har antagits gälla även om ägaren inte själv haft för avsikt att använda egendomen under den aktuella perioden.<sup>9</sup>

Utöver skyddet för egendoms fysiska integritet, ägarens besittning och möjlighet att kunna nyttja egendomen har sakskadebegreppet utvecklats vidare genom ett avgörande från Högsta domstolen, NJA 1996 s. 68 (Volvo flygmotor). I 1996:s avgörande tog HD ställning för ett funktionsorienterat sakskadebegrepp.<sup>10</sup>

Sakskadebegreppet har således olika facetter: Det utgår från sakens/fastighetens fysiska status, dess funktion, men också från ägarens möjlighet att använda sin egendom. För egen del betraktar jag det senaste inslaget i sakskadebegreppet som det mest fundamentala: Det är ägarens rättighet till egendomen som motiverar det skadeståndsrättsliga skyddet. En tolkning av denna position är att betrakta ersättningen för sakskada som en förlängning på egendomsrätten, en rätt som ju omfattar mer än enbart ett skydd för egendoms fysiska status.<sup>11</sup> Oavsett hur man vill tolka rättsläget står det sedan länge klart att sakskadebegreppet har ett betydligt vidare omfång än enbart fysiska förändringar av lös eller fast egendom. Men domstolarna fastnar icke desto mindre understundom i den begränsade, fysiska synen på sakskadebegreppet.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Även andra rättighetsinnehavare än ägare kan f.ö. omfattas av skadeståndsrättens skydd. Se framför allt NJA 2009 s. 16 (Bravida-fallet). Se även NJA 1966 s. 210 NJA 1972 s. 598 och NJA 1988 s. 62. Se vidare Håkan Andersson, Gränsproblem i skadeståndsrätten, Uppsala 2013, s. 345 ff.

<sup>8</sup> Prop. 1972:5, s. 580.

<sup>9</sup> Se Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 uppl., Stockholm 2014, s. 99.

<sup>10</sup> Jfr även NJA 1990 s. 80 (betäckningsskada).

<sup>11</sup> Synsättet finns uttryckt i ett särskilt tillägg av justitierådet Lindskog i NJA 2011 s. 576 på följande sätt: ”Kostnaden ersätts endast i den mån den har behövts för ett effektivt återställande. Vad det innebär är en normativ fråga, vars svar beror på dels skyddssyftet med den regel vars överträdelse utlöser ansvar (*vid sakskada handlar det med mitt synsätt ytterst om egendoms-skyddet*)”, referens utelämnad, kursivering tillagd.

<sup>12</sup> Frågan aktualiseras inte sällan i samband med ersättningskrav mot egendomsförsäkring. Det har härvid påståtts att det försäkringsrättsliga begreppet egendomsskada avviker från

I NJA 2012 s. 953 hade Kronofogdemyndigheten sålt en utmätt segelbåt på exekutiv auktion. Båten var anmäld som stulen och båtens ägare – ett försäkringsbolag som övertagit äganderätten – hävdade i målet att det var försumligt av Kronofogdemyndigheten att inte bättre kontrollera ägarförhållandena. Frågan om försumlighet prövades aldrig av HD eftersom domstolen kom fram till att ägaren inte drabbats av någon skada med följande motivering: ”Eftersom försäkringsbolagen sålunda kunde göra gällande äganderätt till båten respektive båtmotorn även efter utmätningen och den exekutiva försäljningen men avstod från att utnyttja denna möjlighet, har Kronofogdemyndighetens eventuella försummelse inte föranlett den skada som bolagen gör gällande att de har lidit.”

Det här är en förvånande slutsats av HD med potentiellt besvärliga effekter. Det stämmer naturligtvis att ägaren har rätt till vindikation, men det betyder inte att ägaren inte har drabbats av en sakskada till följd av myndighetens påstådda försumlighet. Hade Kronofogdemyndigheten undersökt förhållandena och därvid kunnat konstatera att bolaget var rättmätig ägare till båten hade myndigheten haft en skyldighet att utge båten till bolaget. Istället var bolaget hänvisade till en vindikationsmöjlighet som framstår som uppenbart krångligare och vanskligare. Att på detta sätt försämra ägarens möjlighet att disponera egendomen innebär en sakskada; en situation som f.ö. förekommer mer eller mindre frekvent i hälerifall. En annan sak är att bolaget kan anses ha brustit i sin skadebegränsningsplikt vilket kan påverka skadeståndets beräkning, men det är inte samma som att ingen skada alls uppkommit.

HD:s syn på skadebegreppet i det nu nämnda fallet är enligt min mening alltför inskränkt och den är inte unik. Det finns exempel även i hovrättspraxis på hur saksksadebegreppet ges en alltför begränsad tolkning, t.ex. genom att bedömningen stannar i den fysiska förståelsen av begreppet och inte beaktar dess vidare innebörd. Rättsbildningen på skadeståndsberäkningens område ger upphov till liknande frågor.<sup>13</sup> Senare tids rättsutveckling tycks härvidlag, enligt mitt intryck, närmast ha ökat processbenägenheten på saksksadeområdet. Det finns här ett behov av tydliggörande praxis från Högsta domstolen.

skadeståndsrettens saksksadebegrepp, som f.ö. även är utgångspunkter för försäkringsrätten inom ramen för ansvarsförsäkringen (som t.ex. i just Volvo Flygmotor-fallet). Se Harald Ullman, Skadebegreppets gränzoner, NFT 1/2008, särskilt avsnitt 3.

<sup>13</sup> Mest omdiskuterat är NJA 2015 s. 199.

### 3. Kommersiell skadeståndsrätt

Den kommersiella skadeståndsrätten har utvecklats dramatiskt sedan skadeståndslagen infördes i början av 1970-talet och denna utveckling har intensifierats under senare tid. Några aspekter av denna utveckling har skisserats i en tidigare artikel här i *Svensk Juristtidning*.<sup>14</sup> Det råder en febril aktivitet bland tvistemålsjurister. Många stora tvister – i bemärkelsen att de rör omfattande belopp – har avgjorts nyligen och fler är på gång. Det är framför allt revisors- och styrelseansvaret, samt rådgivaransvaret, som står i centrum för denna utveckling.<sup>15</sup>

Förutom en till synes ökad processbenägenhet har rättsläget förändrats.<sup>16</sup> Högsta domstolen har således successivt utvecklat den kommersiella ansvarsrätten på det utomobligatoriska området genom att förtydliga hur ren för-mögenhetsskada kan ersättas utan att något brott behöver ha förekommit (vilket skadeståndslagen ställer upp som krav i 2 kap. 2 §).<sup>17</sup>

Utvecklingen på den kommersiella skadeståndsrättens område visar inga tecken på att mattas av. Jättetvisterna tycks vara här för att stanna. Några mer spektakulära lagstiftningsreformer torde inte vara aktuella men det finns lagstiftningsinitiativ för att eventuellt begränsa skadeståndsansvaret i sektorer där det anses alltför långtgående, eller kanske snarare, riskerna för skadeståndsansvar anses systemfarliga.<sup>18</sup> Ur ett rättsligt perspektiv torde det framför allt vara ansvarsavgränsningsmodellerna – normskyddsresonemang, adekvansläran och den befogade tillitens princip – som även fortsättningsvis kommer att behöva uttolkas och anpassas.

<sup>14</sup> Mårten Schultz, Några frågor i kommersiell skadeståndsrätt, *SvJT* 2013, s. 1017.

<sup>15</sup> Angående revisors- och styrelseansvaret, se Rolf Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, Malmö 1989 och ds. *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, Stockholm 1999. Angående rådgivaransvaret, se Jan Kleineman, *Rådgivaransvaret – en probleminventering*, *SvJT* 1998, s. 185 ff. och Fredric Korling, *Rådgivningsansvar*, Stockholm 2010.

<sup>16</sup> Jfr Jan Kleineman, *Om skadestånd och ökad processbenägenhet*, *JT* 1994–95, s. 856 ff.

<sup>17</sup> Se *NJA* 1987 s. 692 (Kone Invest; skadestånd för vårdslös fastighetsvärdering), *NJA* 1996 s. 700 (konkursförvaltare ansvarig för att ha lämnat ut egendom till fel person) och *NJA* 2005 s. 608 (Max och Frasses; ansvar för medhjälp till svek).

<sup>18</sup> Se kommittédirektiven 2014:36, särskilt s. 5 ff.

## 4. Underlåtenhet

En central fråga för ansvarsrätten i stort, men kanske särskilt för den kommersiella skadeståndsrätten, är synen på underlåtenhet.<sup>19</sup> Här spökar den omdiskuterade Landskronadomen, NJA 2013 s. 145, som i och för sig inte rörde affärlivets ansvarsjuridik men som icke desto mindre kommit att få dramatiska effekter särskilt i kommersiella sammanhang.

I Landskronadomen fann Högsta domstolen att två av skadeståndsrättens traditionellt heliga beståndsdelar, culpa och kausalitet, i fall av underlåtenhet ska upplösas i en särskild normativ bedömning om huruvida den påstått ansvariga agerat på ett ”möjligt och lämpligt farereducerande” sätt.

I Landskronadomen formulerade HD generella riktlinjer för underlåtenhetsbedömningen, vilket blir tydligt genom de allmänna rubriker som föregår domskälens principiella resonemang. Resultatet blir att HD till synes i grunden förändrat den skadeståndsrättsliga analysen vid underlåtenhet och därtill har det förändrade rättsläget tolkats som att möjligheten att erhålla ersättning i dessa fall ökat väsentligt. Avgörandet har därför fått följdverkningar, bl.a. i den närmast ökända Prosolviamålet.<sup>20</sup> HD:s kreativa underlåtenhetsanalys har givit upphov till mycken diskussion. Det är inte förvånande. Landskronadomen riskerar, och om detta verkar det råda närmast enighet, att medföra alltför långtgående ansvar i underlåtenhetsfallen.

I ett senare avgörande, NJA 2014 s. 272 (BDO-målet) rundade HD Landskronadomen. Domen i BDO-målet ger emellertid inte några öppningar för att komma runt den principiella ansvarsanalys för underlåtenhet som Landskronadomen innefattar. En annan strategi för att hantera Landskronadomens effekter som kunnat skönjas i debatten har varit att, möjligen inspirerad av straffrätten, särskilja mellan olika former av underlåtenhet, som ”äkta” och ”oäkta” underlåtenhet. För egen del är jag skeptisk mot sådana strategier, som snarare riskerar att accentuera Landskronadomens centrala problem, nämligen upplösandet av den grundläggande skiljelinjen mellan en faktisk orsaksanalys och en normativ culpaanalys. Det torde hur som helst inte finns några tvivel om att underlåtenhetsfallen kommer att fortsätta skava i ansvarsanalysen även framledes.

<sup>19</sup> Ang. underlåtenhet, se Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, appendix. Håkan Andersson för ett allmänt resonemang om underlåtenhetsansvar utifrån NJA 2007 s. 891 i Håkan Andersson, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten*, Uppsala 2012, s. 197 ff.

<sup>20</sup> Se vidare Torkel Gregow, *Prosolviämålet*, SvJT 2013, s. 1032 ff.

## 5. Rättigheterna

Den kanske mest dramatiska utvecklingen av skadeståndsrätten återfinns i mötet mellan den traditionella skadeståndsrätten och skyddet för grundläggande mänskliga rättigheter. Tendensen att sätta skadeståndsrätten i rättigheternas tjänst gör sig gällande i många rättsordningar.<sup>21</sup> I svensk rätt är det, liksom för många andra länder, Europakonventionen som utgjort grogrund för utvecklingen.<sup>22</sup>

En kort sammanfattning. I mitten av 1990-talet införlivades Europakonventionen i svensk rätt genom att göras till lag.<sup>23</sup> Samtidigt infördes en hänvisning till konventionen i regeringsformen. Europakonventionen blev härigenom en del av den ”vanliga” svenska rättens verktygslåda och ganska snart därefter började parter och ombud att pröva sig fram vad detta nya verktyg kunde användas till. En central fråga var därvid om rättigheterna i Europakonventionen kunde användas som grund för skadeståndsansvar.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Jfr Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi och Giovanni Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. I, Cambridge 2010, s. 698 ff.

<sup>22</sup> Se för perspektiv på utvecklingen Håkan Andersson, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten*, Uppsala 2012, s. 544 ff., Håkan Andersson, *Nationell EKMR-skadeståndsrätt – en argumentativ probleminventeringsskiss*, JFT 2007, s. 377 ff., Percy Bratt och Jan Södergren, *Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet*, ERT 2000, s. 407 ff., Ian Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006, s. 553 ff., Clarence Crafoord, *Inhemska gottgörelse för kränkning av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 519 ff., Sandra Friberg, *Kränkningens sättnings*, Uppsala 2010, s. 497 ff., Magnus Hermansson och Martin Mörk, *En enhetlig skadeståndsordning vid överträdelse grundläggande rättigheter?*, SvJT 2014, s. 507, Jan Kleineman, *Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling*, JT 2008–09, s. 546 ff., Göran Lysén, *Två rättsfall från HD: Förvirrade köphästar eller ny brytningstid?*, ERT 2005, s. 645 ff., Philip Mielnicki, *Europakonventionen och skadeståndsrätten – till vägs ände?* JT 2008–09, s. 357 ff., Mårten Schultz, *Rights Through Torts*, *European Review of Private Law* 2009, s. 305 ff., Mårten Schultz, *Nya argumentationslinjer i skadeståndsrätten: Rättighetsargument*, SvJT 2011, s. 989 ff., Mårten Schultz, *Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst*, JT 2007–08, s. 140 ff., Jan Södergren, *Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen*, JT 2004–05, s. 762 ff. (Södergren publicerar vidare fortlöpande rapporter om utvecklingen i sin serie av *Axplock i ERT*), *Wiweca Warnling-Nerep*, *Skadeståndstalan mot staten – en allt vanligare företeteelse?*, JT 2004–05, s. 170 ff., Karin Åhman, *Skadestånd på grund av konventionsbrott – eller har HD blivit naturrättare*, JT 2005–06, s. 424 ff.

<sup>23</sup> SFS 1994:1219. Se för en redogörelse för hur Europakonventionen kommit till uttryck i HD både innan och efter införlivandet, Dag Victor, *Svenska domstolars hantering av Europakonventionen*, SvJT 2013, s. 343 ff.

<sup>24</sup> Clarence Crafoord, *Inhemska gottgörelse för kränkning av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 519 ff.

Genom NJA 2005 s. 462 (Lundgren-domen) klargjordes att staten kunde ådra sig ett skadeståndsansvar med direkt stöd i Europakonventionens regelverk. I fallet hade en persons rätt till en rättvis rättegång, som skyddas genom konventionens art. 6, kränkts. HD konstaterade att traditionell svensk skadeståndsrätt inte medgav någon rätt till skadestånd men fann, med stöd i Europakonventionens art. 13 (rätten till effektiva rättsmedel) att en sådan rätt skulle tillkomma den enskilda på konventionsgrund.<sup>25</sup> I NJA 2009 s. 463 konstaterade HD att även kommuner kan ådra sig skadeståndsansvar vid bristande uppfyllelse av skyldigheten att efterkomma Europakonventionens krav. I NJA 2007 s. 747 (Trygg Hansa-målet) fann HD däremot att privaträttsliga rättssubjekt, i fallet ett försäkringsbolag, inte kunde ådra sig skadeståndsansvar direkt grundat på Europakonventionen.

Utöver de nyss nämnda rättsfallen har HD i åtskilliga avgöranden mejslat ut vad som idag är en konventionsgrundad rättighetsskadeståndsrätt. Efter att Europakonventionen gått i bräschen för ett rättighetsbaserat ansvar väcktes frågan om 2 kap. RF skulle kunna användas på ett liknande sätt.<sup>26</sup> I två avgöranden, NJA 2014 s. 323 och NJA 2014 s. 332, har HD fastslagit att i vissa situationer RF:s rättighetskapitel kan läggas till grund för ansvar.<sup>27</sup>

Det finns fortfarande ett tolkningsarbete att göra kring hur den nu tecknade rättsutvecklingen på ett djupare plan bör förstås. Klart är emellertid att HD med avstamp i Lundgren-domen ritat om den skadeståndsrättsliga kartan.<sup>28</sup> Det är vidare förhållandevis tydligt att rättigheterna, särskilt i sitt europakonventionsrättsliga uttryck, framför allt får betydelse på ansvarsgrundsidan. Brister i rättighetsskyddet kan medföra ett ansvar, men innebörden i och effekterna av detta ansvar regleras av traditionella skadeståndsrättsliga normer.

Åtskilliga frågor återstår dock att besvara. Ett flertal av Europakonventionens artiklar innebär välkända utmaningar för svensk rätt, numer kan-

<sup>25</sup> Se om rättsmedelskravet Ulf Bernitz, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt, JT 2010–11, s. 821 ff., på s. 830 ff. Se vidare om art. 13 och Lundgren-domen, Sandra Friberg, Kränkningens ersättning, Uppsala 2010, s. 502 ff. Se även SOU 2010:87, s. 139 ff.

<sup>26</sup> Se Clarence Crafoord, Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd, SvJT 2009, s. 1062 ff. och Bertil Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen, SvJT 2011, s. 605.

<sup>27</sup> Se Bertil Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, SvJT 2014, s. 431.

<sup>28</sup> En statlig utredning fick i uppdrag att se över om den konventionsgrundade möjligheten till skadestånd skulle införlivas i skadeståndslagen, SOU 2010:87 som också mynnade ut i ett lagförslag som ännu inte föranlett några vidare åtgärder från lagstiftarens håll.



ske i första hand privatlivsskyddet i art. 8.<sup>29</sup> Här kan det finnas behov av ytterligare vägledning genom prejudikat. En annan fråga är hur skadeståndsansvaret inom ramen för RF ska definieras – går det bortom de av HD behandlade reglerna i RF? Hur ska EU:s rättighetsstadga behandlas inom ramen för denna utveckling?<sup>30</sup> Vad blir egentligen de ansvarsrättsliga effekterna av den nuvarande regeringens kategoriska ställningstagande för att göra Barnkonventionen till lag?<sup>31</sup> Är rättigheternas s.k. horisontella effekt i skadeståndsrätten verkligen död – eller sprattlar det fortfarande?<sup>32</sup> Detta är bara några av de frågor som framtidens domstolar kommer att behöva besvara.

## 6. Instrumentell ersättningsrätt

En tydlig tendens under senare tid är att skadeståndsrätten, och än mer ersättningsrätten, breder ut sig. Det sker på olika sätt. Det är t.ex. tydligt att skadeståndsrätten, åtminstone i HD:s praxis, fått en alltmer framskjuten position jämfört med hur det tedde sig vid tiden för skadeståndslagens införande. Det antas vidare, vilket hänger ihop med den nyss gjorda iakttagelsen, att processbenägenheten ökat. Ytterligare en tendens är att den allmänna skadeståndsrättens begrepp och bestämning av principer får större betydelse även i den speciella och den kontraktuella skadeståndsrätten.<sup>33</sup> Men det är också så att ersättningsrättsliga initiativ används som medel för att nå vissa sociala mål, t.ex. för att motverka diskriminering.<sup>34</sup>

En särskild aspekt av det senast nämnda är användandet av olika former av ad hoc-ersättningssystem som sätts upp för att åstadkomma en form av materiell rättvisa åt vissa kategorier av skadelidande eller kränkta. Det har alltid funnits en möjlighet att ur statliga medel utge ex gratia-ersättning i särskilt ömmande fall.<sup>35</sup> Under senare tid har vi emellertid sett flera statliga initiativ som använt ersättningar utan stöd i traditionella normer som ett medel för upprättelse för särskilda grupper. Ersättningar har således använts inom

<sup>29</sup> Ett exempel på svensk rätts brister härvidlag är fällningen av Sverige i Grand Chamber-avgörandet *Söderman mot Sverige*.

<sup>30</sup> Se Ulf Bernitz, *Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt*, JT 2010–11, s. 821 ff.

<sup>31</sup> Se regeringens pressmeddelande 2015-02-19: ”Barnkonventionen ska bli lag”.

<sup>32</sup> Se HD:s beslut om prövningstillstånd från 2014-09-24, i T 3269-13.

<sup>33</sup> Se t.ex. NJA 2011 s. 454 och NJA 2012 s. 597.

<sup>34</sup> Jfr Håkan Andersson, *Diskrimineringsjuridikens ersättningsrättsliga diskurs – en argumentativ inventering*, SvJT 2013, s. 779 ff., särskilt n. 75.

<sup>35</sup> Bertil Bengtsson, *Om ex gratia-ersättning*, SvJT 2009, s. 325 ff.

ramen för särskilda, kortvariga, lagar för att skapa kompensationslösningar för det lidande som drabbat personer som tvångssteriliserats och personer som utsatts för vanvård.<sup>36</sup>

Dessa ersättningar har närmast ett *deklaratoriskt* syfte. De motiveras inte (enbart) med traditionella kompensationsargument – att försöka genom ersättningen reparera skadan – utan har även som syfte att *uttrycka* något: Samhällets avståndstagande från det som inträffat eller ett synliggörande av de drabbade. Idén kan skönjas även i andra ersättningsformer, t.ex. i diskrimineringsersättningarna och expropriationsersättningarna. Denna deklatoriska aspekt av ersättningar kan ibland förklaras med preventionsargument, men långt ifrån alltid.<sup>37</sup>

Användandet av ersättningar som medel för att uttrycka medkänsla med offret eller avståndstagande från det offret drabbats av är inte oproblematiskt. Metoden innebär en ekonomisering av oförrätter, att rättsordningen sätter en prislapp på kränkningar eller andra former av skadevållande som kanske snarare hör till en ideell än en ekonomisk sfär.<sup>38</sup> Å andra sidan kan ersättningarna åtminstone delvis fylla en upprättande funktion. Hur man än ställer sig i dessa frågor lär ersättningsrätten även fortsättningsvis användas, och möjligen alltmer frekvent, som ett instrument mot orättvisor av såväl lagstiftaren som olika aktörer.

## 7. Internet

Det är passande att avsluta denna framtidsbetraktelse i den digitala värld där den började. SvJT började som en papperstidning och häftena, samt årsböckerna, var länge tidningens självklara format. Så är det inte längre. Idag konsumeras innehållet i landets äldsta juridiska tidskrift på tidningens egen hemsida eller via en databas. Pappret har fått ge vika för skärmen.

Internet förändrar, i en mening, allt. Mänsklig interaktion har efter att vi alla börjat leva mer eller mindre digitala liv ändrats i grunden. Där människor

<sup>36</sup> Se Lag (1999:332) om ersättning till steriliserade i vissa fall och Lag (2012:663) om ersättning på grund av övergrepp eller försummelser i samhällsvården av barn och unga i vissa fall.

<sup>37</sup> Scott Hershovitz diskuterar skadeståndets deklatoriska funktion ur ett hämndperspektiv i Scott Hershovitz, *Tort as a Substitute for Revenge*. I: Oberdiek (red.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford 2014, s. 86 f.

<sup>38</sup> Se angående den s.k. inkomensurabilitetsproblematiken Karl Dahlstrand, *Kränkning och upprättelse*, Lund 2012, s. 281 ff. och passim, Sandra Friberg, *Kränkningersättning*, Uppsala 2010, kap. 13 och Mårten Schultz, *Kränkning*, Stockholm 2008, kap. 3.

befinner sig, uppkommer skador och där skador inträffar aktualiseras skadeståndsrätt. Så även på internet.

Det är något nedslående men föga förvånande att de första internetrelaterade frågorna som Högsta domstolen fick på sitt bord rörde kränkningar.<sup>39</sup> De internetrelaterade kränkningarna – ibland benämnda ”näthat” – har där-efter vuxit fram till närmast en egen diskurs i såväl straffrätten som skadeståndsrätten.<sup>40</sup> Även andra skador, inte minst ekonomiska skador, har idag en digital dimension: Rena förmögenhetsskador som uppkommer genom brott på nätet eller saksador till följd av hackerattacker, för att nämna några exempel.

Skadeståndsrättens framtid i ett digitalt sammanhang är fortfarande i hög grad ett oskrivet blad. Här står rättsordningen inför spännande utmaningar.<sup>41</sup> Kan skadeståndsrätten ta över där den offentliga rätten misslyckas, när det gäller hanteringen av brott på nätet? Kan rättsskipningen flytta över från domstolar till digitala skiljenämnder när skadevållandet skett i vissa internetmiljöer? Bör skadeståndsrättens underliggande moral betraktas som ett ideal för hur vi normativt ska bedöma mänsklig interaktion i sociala medier och andra internetsammanhang? Kan internet mobilisera människor att i högre grad ta tillvara sina rättigheter och rättsligt verka för att dessa rättigheter respekteras? Kan internet stämmas till eftertanke? Här finner vi skadeståndsrättens verkliga framtidsfrågor.

<sup>39</sup> Michael Bogdan, Gränsöverskridande förtal i cyberspace, SvJT 1998, s. 1 ff.

<sup>40</sup> Se Therese Enarsson, Utsatthet på nätet. Möjlighet till rättslig upprättelse vid ärekränkningar på internet, JT 2014–15, s. 874 ff., Lena Olsen, Näthat i form av hot, SvJT 2015, s. 297 ff., Alexandra Sackemark, Mårten Schultz m.fl., Näthat, 2 uppl., Stockholm 2015 och Mårten Schultz, Förtal och integritet, JP 2012, s. 207 ff.

<sup>41</sup> Se vidare Mårten Schultz, The Responsible Web: How Tort Law Can Save the Internet, *Journal of European Tort Law* 2014, s. 182 ff.

