

ISRN-nr

The Learned Hand Formula vs. Bonus Pater Familias

En undersökning av culpabedömningens subjektiva del

The Learned Hand Formula vs. Bonus Pater Familias

A study of the subjective portion of the negligence assessment

Jonatan Heberlein

HT 2013 – VT 2014

Handledare: Harald Ullman



Masteruppsats i skadeståndsrätt, Affärsjuridiska programmet

Institutionen för ekonomisk och industriell utveckling

Sammanfattning

Av tradition har frågan om en person varit vårdslös eller inte avgjorts genom att personens beteende jämförts med en *Bonus Pater Familias* (BPF) d.v.s. en fiktiv ”normalt aktsam person” på det aktuella området. Modellen betraktas numera i princip som utmönstrad och culpa-bedömningen anses istället ta sin utgångspunkt i aktsamhetsnormer uttryckta i lag, föreskrifter, praxis och sedvana (där BPF används som tankemodell). Om inte ovanstående ger svar görs en fri bedömning som utgår från *The Learned Hand Formula* (LHF) där hänsyn tas till risken för skada, den eventuella skadans storlek och skadevållarens möjligheter till att förekomma skadan. I den svenska modellen (ULHF) ingår även ett rekvisit som beaktar skadevållarens insikt. Frågorna som aktualiseras är därmed hur BPF och ULHF används i svensk rätt och vilken betydelse det får beroende på vilken av modellerna som används samt hur den svenska användningen av LHF förhåller sig till den i några grannländer. Det är också av intresse att undersöka respektive modells ändamålsenlighet utifrån skadeståndsrättens syften och att se om det finns något samband mellan normskyddsläran och det subjektiva kriteriet i ULHF.

I framställningen har konstaterats att det idag endast är *sedvanemodellen* av BPF som används i svensk rätt. Det har också fastslagits att både BPF och ULHF är normativa och grundas på vad som anses utgöra en lämplig riskfördelning i samhället varför det i princip inte blir någon skillnad beroende på vilken av modellerna som nyttjas. Användningen av ULHF och BPF ser inte ut att skilja sig beroende på om det rör sig om ett inom- eller utomobligatoriskt förhållande med mer än att frågan om oaktsamhet i första hand avgörs genom en prövning utifrån vad parterna avtalat i det förstnämnda. För enskilda skadevållare råder dock ett förutsägbarhetsproblem avseende vilken av BPF eller ULHF som domstolarna kan komma att göra bedömningen efter, vilket dock inte har någon betydelse eftersom resultatet i princip blir detsamma. Denna likhet innebär att ingen av modellerna kan sägas uppfylla skadeståndsrättens huvudsyfte, som konstaterats vara riskfördelning och kostnadsplacering, bättre än den andre. Trots oförutsägbarheten får ordningen med två grunder för oaktsamhet anses vara lämplig eftersom bl.a. alternativet hade varit att återgå till den intetsägande *personlighetsmodellen* av BPF. Sambandet mellan det subjektiva rekvisitet och normskyddsläran är att båda grundas på intresseavvägningar om vad som utgör en lämplig riskfördelning i samhället. En jämförelse avseende användningen av LHF i tysk, dansk och norsk rätt visar att den svenska modellen sticker ut genom det uttryckliga hänsynstagandet till det subjektiva kriteriet. Emellertid framkommer att de praktiska skillnaderna dock inte är så stora länderna emellan eftersom användningen av modellen grundas på normativa överväganden i samtliga länder. Således kan ingen av de jämförda länderna sägas använda ursprungsmodellen av LHF.

Innehållsförteckning

1 Inledning	2
<i>1.1 Problembakgrund</i>	2
<i>1.2 Problemformulering</i>	4
<i>1.3 Syfte och målgrupp</i>	4
<i>1.4 Metod</i>	5
<i>1.5 Avgränsning</i>	6
<i>1.6 Disposition</i>	6
2 Skadeståndsrättens ändamål	8
<i>2.1 Funktioner</i>	8
2.1.1 Allmänt.....	8
2.1.2 Prevention	9
2.1.3 Reparation	10
2.1.4 Kostnadsplacering och riskfördelning	11
2.1.5 Pulverisering.....	11
3 Culpabedömningen	12
<i>3.1 Utgångspunkter</i>	12
<i>3.2 Ansvarsförutsättningar</i>	13
3.2.1 Objektiva förutsättningar	13
3.2.1.1 Normskyddsläran.....	13
3.2.2 Subjektiva förutsättningar	14
<i>3.3 SkL i avtalsförhållande och i förhållande till annan lag</i>	14
4 Den subjektiva oaktsamhetsbedömningen	16
<i>4.1 Inledning</i>	16
<i>4.2 BPF</i>	16
4.2.1 Bakgrund	16
4.2.2 BPF-modeller.....	17
4.2.2.1 Personlighetsmodellen.....	17
4.2.2.2 Sedvanebedömningen.....	18
4.2.3 Kritik mot BPF	19
4.2.4 Särskilt om konsulters ansvar.....	20
<i>4.3 Övrig BPF-praxis</i>	21

4.3.1 Inomobligatoriska fall	21
4.3.1.1 Praxis i Högsta domstolen.....	21
4.3.1.2 Hovrättspraxis.....	23
4.3.2 Utomobligatoriska fall	23
4.3.2.1 Praxis i Högsta domstolen.....	23
4.4 LHF.....	24
4.4.1 Rättsekonomisk bakgrund	24
4.4.1.1 Coase-teoremet	24
4.4.2 Den ursprungliga LHF	25
4.4.3 ULHF	27
4.4.3.1 Introduktion i svensk rätt	27
4.4.3.2 ULHF-bedömningen	27
4.4.3.3 Risken för skada (Faktor 1)	27
4.4.3.4 Den sannolika skadans storlek (Faktor 2).....	28
4.4.3.5 Möjligheterna att förekomma skadan (Faktor 3).....	28
4.4.3.6 Skadevållarens insikt om risken för skada (Faktor 4)	29
4.4.3.7 Sammanvägningen av de fyra faktorerna	31
4.5 Övrig ULHF-praxis.....	33
4.5.1 Inomobligatoriska fall	33
4.5.1.1 Praxis i Högsta domstolen.....	33
4.5.2 Utomobligatoriska fall	35
4.5.2.1 Praxis i Högsta domstolen.....	35
4.5.2.2 Hovrättspraxis.....	37
4.5.3 Fall som grundas på både inom- och utomobligatorisk rätt till skadestånd ...	37
4.6 Användning av LHF i dansk, norsk och tysk rätt.....	38
4.6.1 Dansk rätt	38
4.6.2 Norsk rätt.....	39
4.6.3 Tysk rätt.....	39
5 Analys.....	41
5.1 Användning av BPF i svensk rätt.....	41
5.2 Betydelsen av om BPF eller ULHF används i den inom- och utomobligatoriska culpabedömningen	42
5.2.1 Grundläggande skillnader mellan BPF och ULHF	42
5.2.1.1 BPF-praxis.....	42
5.2.1.2 ULHF-praxis	44

5.2.2 Jämförelse mellan ULHF och BPF avseende betydelsen av vilken modell som används i culpabedömningen.....	49
5.2.3 Bli det någon skillnad beroende på om BPF eller ULHF används i ett inom- eller utomobligatoriskt förhållande?.....	52
5.3 Lämpligheten av två grunder för oaktsamhet.....	53
5.4 BPF och ULHF i förhållande till skadeståndsrättens ändamål.....	54
5.4.1 Skadeståndsrättens överordnade mål.....	54
5.4.2 Jämförelse mellan BPF och ULHF.....	57
5.5 Sambandet mellan ULHF och normskyddsläran.....	58
5.5.1 Varför la Hellner till ett extra kriterium till LHF?.....	58
5.5.2 Sambandet mellan det subjektiva kriteriet och normskyddsläran.....	59
5.6 Tillämpning av LHF i Sverige i förhållande till dansk, norsk och tysk rätt.....	61
6 Slutsats.....	63
Källförteckning.....	65
<i>Offentligt tryck.....</i>	<i>65</i>
<i>Rättsfallsförteckning.....</i>	<i>65</i>
<i>Svenska fall.....</i>	<i>65</i>
<i>Högsta domstolen.....</i>	<i>65</i>
<i>Hovrätten för Västra Sverige.....</i>	<i>66</i>
<i>Svea Hovrätt.....</i>	<i>66</i>
<i>Hovrätten för Övre Norrland.....</i>	<i>66</i>
<i>Amerikanska fall.....</i>	<i>66</i>
<i>Litteratur.....</i>	<i>66</i>
<i>Artiklar.....</i>	<i>68</i>
<i>Internet.....</i>	<i>69</i>
Bilaga 1: Olika modeller för oaktsamhetsbedömningen.....	70

Förkortningar

AB 92	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader 1992
BPF	Bonus Pater Familias
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JB	Jordabalk (1970:944)
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KöpL	Köplag (1990:931)
LHF	The Learned Hand Formula
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från Hovrätterna
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätt
ULHF	Hellners utvidgade variant av The Learned Hand Formula

1 Inledning

1.1 Problembakgrund

I den skadeståndsrättsliga culpabedömningen aktualiseras domstolarnas fria bedömning om varken lag, förarbeten, andra författningar, föreskrifter (till denna kategori hör även t.ex. anvisningar av myndigheter och idrottsregler), praxis eller sedvana ger vägledning för frågan om subjektiv oaktsamhet förelegat d.v.s. om personen borde ha handlat på ett annat sätt. En fråga som länge diskuterats är vad som ska beaktas vid denna prövning.¹ I förarbetena till skadeståndslag (1972:207) (SkL) framhålls att det lämnats åt domstolarna att själva utmejsla vilka aktsamhetsnormer som ska tas hänsyn till och att det i regel är de allmänna handlingsmönstren i samhället som ligger till grund för dessa.²

Som stöd för aktsamhetsbedömningen har sedan länge den romerskrättsliga figuren *Bonus Pater Familias* (BPF), d.v.s. ”den gode familjefadern”, använts. Modellen innebär i huvudsak att ett handlande är culpöst om en skadevällare inte iakttagit det mått av aktsamhet som kännetecknar ”en normalt aktsam person”. Under slutet av 1900-talet har denna *personlighetsmodell* av BPF emellertid kritiserats bl.a. för att den i allt för stor grad anses förenkla den culpabedömning som domstolarna de facto gör. Modellen har vidare kritiserats för att det är upp till domstolarna att avgöra vad som är ett ”normalt” förfarande i ett visst sammanhang, t.ex. inom sjukvården, och att modellen därför är en intetsägande fiktion.

Ovanstående har resulterat i att modellen, enligt bl.a. Hellner och Radetzki, numera i princip endast tillmäts betydelse som tankemönster vid bedömningen av sedvanan inom ett område, d.v.s. *sedvanemodellen* av BPF. Även genomgången av lag, förordningar, föreskrifter och praxis kan ses som ett fastställande av hur en BPF borde ha uppträtt i motsvarande situation.³ I fall där inte någon sedvana kan fastställas har istället ULHF, d.v.s. Hellners utvidgade variant av *The Learned Hand Formula* (LHF), inom ramen för den fria culpabedömningen fått allt större betydelse.⁴

LHF introducerades på 1940-talet av den amerikanske domaren Learned Hand. Modellen utgår från risken för skada, den sannolika skadans storlek och skadevällarens möjligheter till att förekomma skadan. Enligt modellen anses en person ha agerat vårdslöst om kostnaderna för att förekomma skadan är mindre än risken för skada multiplicerat med den sannolika

¹ Hellner, J, Radetzki, M, *Skadeståndsrätt*, 8 uppl, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2010, s. 128–133.

² Prop. 1972:5 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m.*; given Stockholms slott den 14 januari 1972, s. 21.

³ Bengtsson, B, Strömbäck, E, *Skadeståndslagen. En kommentar*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002, s. 45 och Bengtsson, B, *Skadeståndsrätt – några huvudlinjer*, Norstedts Juridik AB, Göteborg 1994, s. 15.

⁴ Hellner & Radetzki (2010), s. 128–135.

skadans storlek. Utöver dessa kriterier uppställer ULHF även skadevållarens möjlighet att inse risken för skada som ett kriterium. Frågan huruvida ett handlande varit vårdslöst eller inte avgörs sedan genom en sammanvägning av de fyra kriterierna.⁵ Emellertid har även denna aktsamhetsmodell kritiserats för att inte uppfylla kravet på tillräcklig precision varför alternativa culpateorier lanserats.⁶ Trots detta anses dock Hellners modell fortsatt vara den dominerande på området.⁷ Ett belysande exempel på tillämpningen av ULHF är NJA 1981 s. 683 *Trappstensfallet* där Högsta domstolen (HD) explicit uttalade att omfattningen av skadeförebyggande åtgärder beror på en avvägning mellan risken för skada och skadans omfattning gentemot kostnaderna för de skadeförebyggande åtgärderna.

ULHF ser ut användas allt mer frekvent i domstolarna och komma till allt tydligare uttryck i domar. I t.ex. det uppmärksammade NJA 2011 s. 454 *Diskmaskinsfallet* hade en vattenledning till en diskmaskin i en hyresrättslägenhet gått av och börjat läcka p.g.a. att vattentillförseln till denna inte stängts av. Frågan i målet var huruvida hyresgästen genom att inte ha stängt av vattnet, trots att ordningsföreskrifterna i hyreskontraktet innehöll en regel därom, förfarit vårdslöst och brutit mot vårdnadsplikten i 12 kap. 24 § jordabalk (1970:944) (JB). I sin prövning började HD med att slå fast att varje överträdelse av en ordningsregel i sig inte medförde vårdslöshet. Därefter hänvisades till förarbetena till det aktuella lagrummet som gav vid handen att en BPF-bedömning skulle göras, d.v.s. att hyresgästens agerande skulle jämföras med en ”normalt aktsam hyresgäst”. Men istället för att använda BPF-modellen kom HD att uttryckligen göra culpabedömningen efter ULHF vilket resulterade i att hyresgästen ansågs ha förfarit culpöst.⁸ Användandet av ULHF framför BPF är talande för utvecklingen av culpabedömningen.⁹ Bengtsson har ifrågasatt HD:s bedömning och menar att domstolen mycket väl hade kunnat komma fram till samma domslut genom att använda sig av BPF i bedömningen.¹⁰

⁵ Hellner & Radetzki (2010), s. 129–135.

⁶ Kritiken består bl.a. i att modellen endast anger ett antal faktorer som vägs samman utan att ange hur en sådan sammanvägning ska gå till, se Dahlman, C, *Konkurrerande culpakriterier*, Studentlitteratur Lund 2000, s. 147.

⁷ Andersson, H, *Culpabegreppet – teoretisk bas och praktisk tillämpning*. I: Nilsson Hjorth, B, P. Björkdahl, E, Baheru, H, van der Sluijs, J, Munukka, J, Andersson, H, *Hyresgästs skadeståndsansvar – Diskmaskinsmålet NJA 2011 s. 454*, Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet. Wängberg, H-A, Munukka, J, Baheru, H, (red), Jure Förlag AB, 2012, s. 91 och Andersson, H, *Skyddsändamål och adekvans – om skadeståndsansvarets gränser*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1993, s. 268 f.

⁸ I doktrin har HD ansett gjort en sträng culpabedömning i fallet, Nilsson Hjorth, B, *Hyresgästens vårdansvar för lägenheten*. I: Nilsson Hjorth, B, P. Björkdahl, E, Baheru, H, van der Sluijs, J, Munukka, J, Andersson, H, *Hyresgästs skadeståndsansvar – Diskmaskinsmålet NJA 2011 s. 454*, Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet. Wängberg, H-A, Munukka, J, Baheru, H, (red), Jure Förlag AB, 2012, s. 14.

⁹ Fallet behandlas även i avsnitt 4.5.1.2.

¹⁰ Bengtsson, B, *Svensk rättspraxis: Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2010-2012*, SvJT 2013, s. 635.

1.2 Problemformulering

- Hur används BPF i svensk rätt?
- Vad får det för betydelse om BPF eller ULHF används i den inom- och utom-obligatoriska culpabedömningen?
 - Blir det någon skillnad beroende på vilken av modellerna som används och vad består i så fall denna skillnad i?
- Är det lämpligt med två olika grunder för att konstatera om oaktsamhet förekommit?
- Vilken av ovanstående modeller tillgodoser bäst skadeståndsrättens ändamål?
- Varför la Hellner till ett extra culpakriterium till LHF och hur ser sambandet mellan detta och normskyddsläran ut?
- Hur förhåller sig den svenska användningen av LHF till motsvarande i dansk, norsk och tysk rätt?

1.3 Syfte och målgrupp

Ett första syfte med uppsatsen är att belysa hur den subjektiva delen av culpabedömningen i, i första hand, utom- men även i inomobligatoriska förhållanden går till. Framställningen syftar också till att beskriva skillnaderna och likheterna mellan BPF och ULHF. Vidare är syftet att med stöd av den deskriptiva framställningen analysera, jämföra och dra egna slutsatser av de eventuella likheterna och skillnaderna samt att dra slutsatser av dess praktiska tillämpning. Ett syfte härutöver är att undersöka samspelet mellan culpaparegeln och skadeståndsrättens ändamål samt att se om det finns något samband mellan normskyddsläran och det subjektiva kriteriet i ULHF. Avslutningsvis syftar uppsatsen även till att se om den svenska tillämpningen av LHF sticker ut i förhållande till grannländerna Danmark, Norge och Tyskland. Denna aspekt är intressant eftersom det inte är säkert att skadevållarens medvetenhet, likt i svensk rätt, tillmäts någon betydelse i dessa länder eftersom det fjärde kriteriet inte ingår i den ursprungliga LHF.

Uppsatsen har en akademisk inriktning varför målgruppen främst är yrkesverksamma jurister och juridikstudenter.

1.4 Metod

Problemformuleringen kommer att besvaras genom användning av traditionell rättsdogmatisk metod. Eftersom det överlämnats åt domstolarna att själva utmejsla lämpliga aktsamhetsnormer i samhället får praxis och doktrin stor vikt i framställningen. För att användningen av BPF i svensk rätt ska kunna fastställas krävs således att vägledning inhämtas från ovanstående rättskällor. Eftersom BPF har använts i oaktsamhetsbedömningen sedan lång tid tillbaka är det nödvändigt att också äldre doktrin beaktas för att en rättvisande bild av de olika BPF-modellerna ska kunna ges. För att möjliggöra en jämförelse mellan BPF och ULHF krävs också att användningen av ULHF fastställs med stöd av uttalanden i doktrin och praxis. I syfte att ge en rättvisande bild av LHF, och därigenom även ULHF, och sätta modellen i en större kontext kommer uppsatsens *de lege lata*-del också att innehålla rättsekonomiska inslag. Mot bakgrund av att rättsekonomi i allmänhet och den ursprungliga LHF i synnerhet har sitt ursprung och störst utbredning i USA, är det nödvändigt att beakta viss doktrin och praxis därifrån.

Utöver en genomgång av vägledande HD-praxis från åren 1947–2013 kommer även några belysande rättsfall från hovrätterna från åren 2007–2012 att beaktas. Eftersom oaktsamhetsbedömningen står i förgrunden kommer även underinstansers domar att refereras i fall där en högre instans inte finner skäl att frångå en lägre instans oaktsamhetsbedömning. Underinstansdomar kommer likaså refereras i fall där en lägre instans använder ett resonemang som skiljer sig från högre instans och som är särskilt intressant att lyfta fram. För att underlätta besvarandet av delfrågan om det blir någon skillnad beroende på om ULHF eller BPF används i ett inom- eller utomobligatoriskt förhållande kommer rättsfall, som inte direkt behandlas i anslutning till vägledande uttalanden i doktrin, att kategoriseras efter om de handlar om inom- eller utomobligatoriskt förhållande.

För att frågan om vilken av BPF eller ULHF som bäst tillgodoser skadeståndsrättens syfte ska kunna besvaras krävs att dessa ändamål belyses med stöd av uttalanden i förarbetena till SkL, praxis och doktrin. Vid besvarandet av den aktuella frågan kommer i denna del först undersökas om något av skadeståndsrättens syften kan sägas vara överordnat de andra. Vidare kommer även en komparation avseende användningen av LHF i svensk rätt jämfört med användningen i norsk, dansk och tysk rätt att göras i deskriptivt syfte. I händelse av att rättskällorna inte korresponderar med varandra kommer en hierarkisk tolkning att användas. För att frågan om normskyddslärans samband med det fjärde kriteriet i ULHF ska kunna besvaras krävs också att denna lära beskrivs med stöd av praxis och doktrin.

Ovanstående genomgång kommer därefter att ligga till grund för diskussion i analysdelen och egna slutsatser *de lege ferenda*. För att en samlad bild över de olika oaktsamhetsmodellerna

ska kunna ges kommer, i anslutning till att respektive modell tas upp i analysdelen, en modell över de olika bedömningarna att bifogas.

1.5 Avgränsning

Uppsatsen kommer behandla den subjektiva oaktsamhetsbedömningen i såväl inom- som utomobligatoriska förhållanden. Nyss nämnda innebär att de objektiva ansvarsförutsättningarna d.v.s. omständigheter som inte beror på något förhållande på skadevållarens sida, med undantag för normskyddsläran, endast kommer att beskrivas översiktligt och då sättas i samband med de subjektiva ansvarsförutsättningarna.

Som anförts i avsnitt 1.1 finns det olika teorier om hur domstolarna gör culpabedömningen. Eftersom BPF sedan lång tid tillbaka använts för att avgöra när skadeståndsgrundande vårdslöshet förelegat och ULHF numera anses vara den mest etablerade teorin på området, begränsas denna framställning till att i huvudsak jämföra dessa modeller. Uppsatsen syftar därför inte till en fördjupning i alternativa teorier om hur domstolarna gör oaktsamhetsbedömningen även om olika förklaringsmodeller avseende ULHF och BPF kommer beaktas. Ett exempel på en sådan alternativ teori är Dahlmans teori om *Konkurrerande culpakriterier* som utgår från tesen att domstolarna tillämpar tre olika slags kriterier för att avgöra om culpa förekommit i en situation; *normalitetskriteriet*, *det ekonomiska kriteriet* och *trygghetskriteriet*.¹¹ En annan teori har lanserats av Roos och går ut på att culpabedömningen sker genom en *normavvägning* eller en *riskavvägning*, där den senare avvägningen tar hänsyn till exakt samma faktorer som ULHF.¹²

1.6 Disposition

Uppsatsen kan i stort delas in i två huvuddelar; en inledande deskriptiv del och en efterföljande analysdel. Den förstnämnda delen inleds med ett avsnitt där skadeståndsrättens olika ändamål beskrivs. I nästkommande kapitel sker en översiktlig redogörelse av både den objektiva och subjektiva culpabedömningen, där även skillnader mellan den inom- och utomobligatoriska bedömningen tas upp. Nämnda kapitel innehåller även en beskrivning av normskyddsläran. Dessa avsnitt introducerar ämnet för läsaren och bidrar till förståelse av framställningens senare delar.

Därefter ägnas ett omfattande avsnitt åt en beskrivning av den subjektiva delen av culpabedömningen; oaktsamhetsbedömningen. I denna del kommer först en genomgång av rättsfiguren BPF, inbegripit de olika modellerna av den, att göras där såväl uttalanden i doktrin

¹¹ Dahlman (2000), s. 16.

¹² Roos, C-M, *Ersättningsrätt och ersättningssystem*, Norstedts Förlag AB, Stockholm 1990, s. 105–107. Se även Eva Sturessons uppsats där alternativa culpamodeller jämförs, Sturesson, *Culpabedömningen. En komparation av den skadeståndsrättsliga och den straffrättsliga culpabedömningen*, examensarbete vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2001.

som vägledande praxis redovisas. Härvid kommer även kritik mot modellen tas upp och det s.k. professionsansvaret att behandlas. Avsnittet avslutas med att övrig inom- och utomobligatorisk praxis från HD och hovrätterna, där BPF använts vid culpabedömningen, presenteras. Efter det ägnas ett kapitel åt en beskrivning av den rättseconomiska bakgrunden till LHF. Sedan kommer även LHF och ULHF att belysas med stöd av praxis och doktrin. I samband med detta kommer även en beskrivning av användningen av LHF i norsk, dansk och tysk rätt att göras. I likhet med avsnittet som behandlar BPF kommer även LHF-avsnittet avslutas med en genomgång av övrig praxis från HD och hovrätterna, där domstolarna gjort culpabedömningen efter ULHF.

Den ovanstående, deskriptiva delen utgör i sin tur grunden för analysen. I analysdelen kommer således resultaten från den deklaratoriska delen att analyseras och därefter kommer svar på problemformuleringen och egna slutsatser att presenteras.

2 Skadeståndsrättens ändamål

2.1 Funktioner

2.1.1 Allmänt

Skadeståndsrätten har ett flertal funktioner, från början utgjorde den en del av straffrätten varför skadeståndet främst sågs som ett straff. Under 1800-talet kom dock skadeståndet att separeras från straffrätten och istället bli ett självständigt instrument för civilrättsligt ansvarsutkrävande. Skadeståndet hade således tidigt en preventiv men även till viss del reparativ funktion.¹³ I svensk rätt har en fråga under lång tid varit vilken av dessa som varit den viktigaste. Lundstedt, som var inflytelserik på området under 1900-talets första hälft, ansåg att preventionen var den viktigaste funktionen.¹⁴ Karlgren menade istället att det var reparations- och inte preventionstanken som legat till grund för utformningen av skadeståndsrätten men att skadeståndsrättsinstitutets upprätthållande byggde på den preventiva funktionen.¹⁵ I förarbetena till SkL framhålls att:

”Det råder knappast delade meningar om vad som bör vara den rättspolitiska målsättningen för reformarbetet: att tillskapa ett sådant regelsystem för fördelningen bland medborgarna av de ekonomiska förlusterna i följd av skadefall *som tillgodoser allmänt erkända krav på social rättvisa och trygghet och som samtidigt leder till det mest rationella utnyttjandet av samhällets och enskildas ekonomiska resurser*. En given utgångspunkt för detta arbete måste emellertid också vara att ersättningssystem utformas så, att de främjar strävandena att förebygga skador och att nedbringa antalet skadefall - *här återkommer frågan om skadeståndsrättens preventiva funktion.*” (Min kursivering)¹⁶

Utöver ovanstående framhålls också särskilt att culpregeln har en reparativ sida och att utgångspunkten är att reparationen ska vara hundra procentig. Vad gäller den preventiva funktionen nämns att skadeståndet har en både avskräckande och moralbildande funktion.¹⁷ Det framhålls dock att det i stor grad borde vara andra faktorer som t.ex. uppfostran och inte skadestandsreglerna i sig som gör att människor undviker att orsaka skador.¹⁸ Vidare understryks, i likhet med vad framgår av ovanstående citat, skadeståndets möjligheter till att ge till social trygghet och placera den ekonomiska bördan, så att samhällsekonomisk effektivitet kan uppnås. Samtidigt uttalas dock att försäkringar i detta avseende i regel fyller en bättre funktion än skadestånd.¹⁹

¹³ Hellner & Radetzki (2010), s. 47.

¹⁴ Lundstedt förespråkade bl.a. införandet av en ny culpregel som innebar att culpabedömningen även skulle ta hänsyn till en handlingns önskvärdhet utifrån den allmänna omsättningen i samhället, se Lundstedt, A.V., *Grundlinjer i skadeståndsrätten – senare delen strikt ansvar*, band II, Almqvist & Wiksells boktryckeri A B, Uppsala 1948, s. 40–43.

¹⁵ Karlgren, H., *Skadeståndsrätt*, 5 uppl., P.A. Norstedt & söners förlag, Stockholm 1972, s. 10 f. och 15 f.

¹⁶ Prop. 1972:5, s. 83.

¹⁷ A. prop. s. 75.

¹⁸ A. prop. s. 83.

¹⁹ A. prop. s. 68.

2.1.2 Prevention

Som ovan visats har skadeståndets *preventiva verkan* länge diskuterats och frågan har då varit om risken att bli skadeståndsskyldig har en preventiv inverkan på folks beteende i den mening att folk blir aktsammare vid förekomst av skadeståndsregler än vid motsatsen.²⁰ Roos delar in preventionstanken i tre olika skolor; *en sociologisk, en ekonomisk och en rättsideologisk*. Den förstnämnda bygger på empiriska undersökningar av straffrättens allmänpreventiva funktion och innebär att preventionen på längre sikt påverkas av hur straffsatserna är utformade, men att det är osäkert om de har någon inverkan på längre sikt. Roos är dock tveksam till om detta beteende har någon som helst relevans för tanken om skadeståndets prevention.²¹

Den ekonomiska preventionsskolan utgår istället från rättsekonomiska teorier, bl.a. hänvisas till rättsekonomen Skogh.²² Skogh hävdar i sin tur att:

”[F]örändringar i betalningsansvaret medför ändringar i individens val så att ökade kostnader medför ökade kontrollåtgärder. I modellen har alltså skadestånden en allokeringsseffekt eller en preventiv funktion.”²³

Genom modellen får således ekonomiska argument preventiv effekt.²⁴ Nackdelarna med modellen är enligt Roos att den utgår från typiska rättsekonomiska antaganden och att den därför inte ger en korrekt beskrivning av verkligheten.²⁵ Även Hellner och Radetzki menar att den ekonomiska preventionen kan förklaras med hjälp av rättsekonomiska teorier och anför att det som särskilt utmärker den ekonomiska preventionen är att den kan påverka andra än de direkt inblandade vid en skada eftersom ekonomisk prevention förstås som skadeståndsregler som ”antas skapa ekonomiska motiv för att välja handlingssätt som leder till att skador undviks.”²⁶

Vad slutligen angår den rättsideologiska modellen är grundtanken att lagen i sig verkar moraliserande på personers handlande. Innebörden av detta är att en potentiell skadevällare ändrar sitt beteende om han vet att det kommer innebära att han blir ersättningsskyldig.²⁷ Andersson hävdar också att skadeståndet har en både moralbildande och en avskräckande sida. Samtidigt anför han dock att den preventiva funktionen har minskat i betydelse p.g.a. av skadeståndets särskiljande från straffrätten.²⁸

²⁰ Bengtsson (1994), s. 13.

²¹ Roos, s. 47.

²² A.a. s. 45–47.

²³ Skogh, G, *Priser, skadestånd och straff*, Liberläromedel, Lund, 1977, s. 43.

²⁴ Jfr. med t.ex. Posner som menar att varken prevention eller reparation beskriver det dominerande skadeståndsrättsliga syftet, istället anføres att skadeståndsskyldighet beror på en avvägning mellan nytta och kostnader, se mer om detta i avsnitt 4.4.2 och i Posner, R.A, *A Theory of Negligence*, The Journal of Legal Studies, Vol. 1, No. 1 (Jan., 1972), pp. 29-66, s. 33 f.

²⁵ Roos, s. 47.

²⁶ Hellner & Radetzki (2010), s. 45.

²⁷ Roos, s. 46.

²⁸ Andersson (1993), s. 327–329.

Roos är kritisk till en rättsideologisk modell och hävdar att den bl.a. förutsätter att personer från olika delar av samhället handlar på ett likartat sätt och att folk i allmänhet förutsätts veta vad lagen innebär. Vidare menar även han att det i regel är försäkringsbolagen, genom ansvarsförsäkringar, och inte skadevållaren själv som utger ersättning vid vållande. Ovanstående talar därför emot att lagen skulle ha en moraliserande effekt på ett handlande.²⁹ Bengtsson menar att även om en skadevållares ansvarsförsäkring går in och ersätter den aktuella skadan har skadeståndet likväl en viss preventiv funktion eftersom försäkringspremien kan bli högre efter olyckan. Även risken att få erlægga en hög självrisk, vid ianspråktagande av en försäkring, borde enligt denne ha en preventiv funktion.³⁰ Roos sammantagna uppfattning är dock att det är den ekonomiska preventionsmodellen som har störst betydelse och då mellan vinstdrivande företag, som har tillgång till lika mycket information.³¹

Även Hellner och Radetzki menar att teorierna kring prevention i stort sett bygger på spekulationer och att det generellt råder oklarhet om vilka faktorer som påverkar personer till att handla aktsamt. I kontrast till tanken på att aktsamhet föranleds av risken att råka ut för ett ”straff”, i form av skadestånd, nämns bl.a. risken att själv drabbas av skada. Vidare nämns också att ett skadeståndskrav ofta drabbar någon som inte själv varit vårdslös som t.ex. en arbetsgivare. Det är därför felaktigt att påstå att den preventiva effekten skulle vara viktigare än någon annan av skadeståndets funktioner.³² Andersson är också av denna mening och anför bl.a. att syftet med skadeståndsrätten inte endast kan vara att till varje pris förhindra samtliga skador, eftersom det skulle få negativa samhällsekonomiska konsekvenser.³³

2.1.3 Reparation

Den *reparativa funktionen* syftar främst till gottgörelse d.v.s. att den skadelidande ska erhålla ekonomisk kompensation för den förlust han tillfogats oavsett om denna skada består i en person- eller sakskada, alternativt en allmän eller ren förmögenhetsskada.³⁴ Funktionen kan även sägas bidra till allmän trygghet på så vis att den som vållats en skada vet att denne, med stöd av lag, kan utkräva ansvar av skadevållaren. I praktiken har, i likhet med vad som framhålls i förarbetena, emellertid försäkringar till stor del övertagit skadeståndets roll som reparationsinstrument. En grundläggande förutsättning för att en skadelidande ska kunna utfå kompensation är dock att försäkringsbolaget kan kompensera sig för sin utgivna ersättning genom regresstalan.³⁵

²⁹ Roos, s. 46.

³⁰ Bengtsson (1994), s. 13.

³¹ Roos, s. 47 f.

³² Hellner & Radetzki (2010), s. 42–44.

³³ Andersson (1993), s. 333 f.

³⁴ Bengtsson (1994), s. 13.

³⁵ Hellner & Radetzki (2010), s. 39 f. och avsnitt 2.1.1.

Skogh menar att det är missvisande att beskriva reparation som en separat skadeståndsrättslig funktion eftersom det allmänna skadeståndsbegreppet innefattar såväl funktionerna ”ersätta” som ”sätta istället”. Av denna anledning väljer han istället att beskriva funktionen som en kostnads- eller förlustöverflyttning.³⁶ Trots detta nämns att skadeståndet har en reparativ funktion, men då som upprätthållare eller förstärkare av äganderätten. Precis som i det ovan anförda resonemanget anses denna effekt inte vara någon självständig funktion, utan en följd av preventionsfunktionen och överflyttningen av förlusten. Avslutningsvis hävdas att skadeståndet endast har en självständig reparativ funktion; nämligen som moralisk kompensation till en skadelidande.³⁷ Andersson framhåller att reparation inte kan vara en ensam målsättning med skadeståndsrätten eftersom resultatet av en prövning av skadeståndsskyldigheten också kan bli att skadestånd inte utgår. Av denna anledning hävdar han att skadeståndsrätten egentligen syftar till att konstatera under vilka förutsättningar reparation ska ske.³⁸

2.1.4 Kostnadsplacering och riskfördelning

Enligt Roos och Hellner och Radetzki är ytterligare en funktion med skadeståndet att *placera kostnader för skador* och skapa *riskfördelning*. En kostnadsplacering kan t.ex. ske genom att en skadelidandeövervältrar en tillfogad förlust på skadevällaren. Överflyttningen kan också ta sig uttryck i att förlusten flyttas över på en försäkringsgivare via en ansvarsförsäkring. Roos pekar ut kostnadsöverflyttning, från en skadelidande till en ansvarig betalare, som huvudsyftet med SkL.³⁹ Andersson ser kostnadsplaceringsfunktionen som ett uttryck för vem ansvaret för en skadegörande handling ska placeras på.⁴⁰ Av denna anledning hävdas att skadeståndsrättens huvudsyfte är att skapa en lämplig fördelning av risker och skador i samhället.⁴¹

2.1.5 Pulverisering

Pulverisering av förluster är också en funktion som kan hänföras till skadeståndet. Funktionen gäller dock inte för skadeståndsrätten som helhet utan bara i situationer där förutsättningar för pulverisering av skadevällarens kostnader finns. Ett exempel på när pulverisering kan ske är vid t.ex. trafikskador då förlusten fördelas på fordonsägarna genom den obligatoriska trafikförsäkringen.⁴²

³⁶ Se avsnitt 2.1.4.

³⁷ Skogh (1977), s. 50 f.

³⁸ Andersson (1993), s. 326.

³⁹ Hellner & Radetzki (2010), s. 40–42 och Roos (1990), s. 102.

⁴⁰ Andersson (1993), s. 337.

⁴¹ A.a. s. 341 och Andersson (2012), s. 120.

⁴² Hellner & Radetzki (2010), s. 42.

3 Culpabedömningen

3.1 Utgångspunkter

I svensk skadeståndsrätt utgör vållanderegeln i 2 kap. 1 § SkL i princip grunden för huruvida skadestånd ska utgå eller inte. Av 1 kap. 1 § följer att SkL är dispositiv d.v.s. att den endast blir tillämplig om inte annat har avtalats eller följer av specifika regler om skadestånd i avtalsförhållanden. Ovan angivna lagrum är centrala inom skadeståndsrätten och utgör ramen för inom vilken skadestånd kan utdömas.⁴³ Trots den kortfattade regeln i 2 kap. 1 § SkL måste en mängd olika faktorer vara uppfyllda för att skadestånd ska kunna utdömmas. Dessa ansvarsförutsättningar kan i sin tur delas upp i objektiva och subjektiva moment.⁴⁴

Andersson förklarar aktsamhetsbedömningen utifrån en *Skyddsändamålslära*. Med denna lära förstås en övergripande förklaringsmodell som syftar till att, efter fastställandet av *ansvarsgrunden*, peka ut *ansvarsgränsen*.⁴⁵ Med *ansvarsgrund* avses att en handling eller en verksamhet, genom culpaansvar eller strikt ansvar, ska kunna kopplas samman med något subjekt. Det krävs även att omständigheterna kring dessa handlingen är sådana att ansvar kan utgå, d.v.s. att det sker en bedömning av *faroskapandet*. Utefter detta synsätt sker culpabedömningen genom att omständigheter som talar för att en skadevållare ska åläggas skadeståndsansvar, s.k. ”farokomponenter” ställs mot förekommande ”mothänsyn”, i form av t.ex. ansvarsfrihetsgrunderna nöd, nödvärn, samtycke och tjänsteplikt. Även friskrivningar kan hänföras till denna kategori. Via en normativ värdering av föreliggande farokomponenter och mothänsyn avgörs sedan om personen borde ha handlat på annat vis eller inte. Andersson hävdar att det är denna riskvärdering som är det essentiella i culpabedömningen och att bedömningen således inte syftar till att hitta någon form av korrekt handlingsregel inom ett område, även om resultatet kan uppfattas som en handlingsnorm.⁴⁶

Ansvarsgränsen tar istället sikte på *farans förverkligande* och innebär att ett visst resultat av den omständighet som utlöst ansvaret ska kunna hänföras till ansvaret, d.v.s. att om ansvar konstateras i ansvarsgrundsdelen görs därefter en sekundär prövning utifrån adekvans- och normskyddsläran. Med resultat förstås själva skadan i form av t.ex. person- eller sakskada. Sammanfattningsvis tar *ansvarsgränsen* sikte på vilka följder av en skada som ska ersättas.⁴⁷

⁴³ Hellner & Radetzki (2010), s. 25 och 29 f. och Bengtsson & Strömbäck (2002), s. 29 f. och 34 f.

⁴⁴ Hellner & Radetzki (2010), s. 107.

⁴⁵ Andersson (1993), s. 252.

⁴⁶ A.a. s. 252 och 269–273 samt Andersson (2012), s. 91, 100 f. och 110 f.

⁴⁷ Andersson (1993), s. 252 f. och Andersson (2012), s. 122.

3.2 Ansvarsförutsättningar

3.2.1 Objektiva förutsättningar

Vad angår de objektiva rekvisiten krävs som huvudregel att den skadegörande handlingen utgjort en positiv handling och att skadan inneburit ekonomisk skada på annans person eller sak. I detta inbegrips att skador som drabbat tredje man som huvudregel inte ersätts.⁴⁸ I vissa fall kan dock ansvar även utgå vid underlåtenhet.⁴⁹ Vidare krävs att adekvat kausalitet föreligger, d.v.s. att det funnits ett orsakssamband mellan den utpekade handlingen och den inträffade skadan och att detta händelseförlopp i någon mån varit normalt och påräkneligt. Kravet på adekvans kan även uttryckas som att den ifrågavarande handlingen typiskt sett ska ha ökat risken för uppkomst av den förevarande skadan, alternativt att den inträffade skadan ska ha varit i ”farans riktning”. De objektiva ansvarsförutsättningarna kan sammanfattningsvis beskrivas som faktorer som inte beror på något förhållande på skadevällarens sida.⁵⁰

3.2.1.1 Normskyddsläran

Till de objektiva förutsättningarna kan, utöver kausalitets- och adekvansläran, även den s.k. normskyddsläran hänföras eftersom läran beskrivs som ett slags komplement till adekvansläran.⁵¹ I propositionen till SkL nämns att det vid culpaansvar krävs att ett intresse, som är skyddat av någon handlingsnorm, drabbats av skada.⁵² Uttalandet tar sikte på begränsningen av enskilda bestämmelsers tillämpningsområde vilket sker genom en tillämpning av normskyddsläran. För att denna lära ska kunna appliceras krävs således, om inte regelns ändamål är otvetydigt, att en fastställelse av regelns syfte eller skyddsändamål görs. När detta fastställts görs sedan en prövning av huruvida den aktuella bestämmelsen syftar till att skydda det intresse som någon av parterna hävdar har överträtts.⁵³ Normskyddsläran är tillämplig i både utom- och inomobligatoriska förhållanden och anses ha vunnit inträde i svensk rätt, såsom självständig princip, genom ett skiljaktigt yttrande i NJA 1976 s. 458 *Cykelpumpsfallet*.⁵⁴

Vid bedömning av det allmännas ansvar enligt 3 kap. 2 § SkL har normskyddsläran en särskild roll. För att en enskild ska kunna åberopa att det allmänna brutit mot någon regel krävs nämligen att ifrågavarande regel har till syfte att värna enskildas intressen.⁵⁵ I exempelvis NJA 1991 s. 138 *Husvagnsfallet* var frågan om AB Svensk bilprovning, som utövade myndighetsutövning genom delegation från staten, hade att svara för fel eller försummelse

⁴⁸ Bengtsson (1994), s. 13.

⁴⁹ Hellner & Radetzki (2010), s. 110–112.

⁵⁰ Roos, s. 101–103; Hellner & Radetzki (2010), s. 107 f. och 195–199; Karlgren, s. 29 f. och 45 och Bengtsson (1994), s. 40.

⁵¹ Hellner & Radetzki (2010), s. 210 f.

⁵² Prop. 1972:5, s. 329 f.

⁵³ Andersson (1993), s. 141 och 156 samt Hellner & Radetzki (2010), s. 210 f.

⁵⁴ I fallet anförde JustR Nordensson att: ”Det nu aktuella fallet lämpar sig enligt min mening väl att ta till utgångspunkt för att illustrera önskvärdheten, för att inte säga behovet av att hålla isär aktsamhets- och adekvansbedömningen, å ena, samt frågan om den tillämpliga handlingsnormens skyddsomfång, å andra sidan.” Se NJA 1976 s. 458, (s. 467).

⁵⁵ Prop. 1972:5, s. 329 f. och Hellner & Radetzki (2010), s. 448.

enligt 3 kap. 2 § SkL. Grunden för talan var att det vid en kontrollbesiktning inte hade anmärkts på att dragbalken till en husvagn uppvisade en omfattande sprickbildning. Vid en senare färd sprack balken varvid karosskador uppstod på husvagnen. HD fastslog att det var ostridigt att bilprovningen, genom underlåtenhet, vållat skadan och att frågan i målet var huruvida den aktsamhetsnorm som åsidosatts och gett upphov till skadan var ett skyddat intresse. HD fann att syftet med besiktningen inte endast var att bidra till en generellt trafik-säker fordonspark i landet utan även att tillse den enskildes intresse av trafiksäkerhet. Av denna anledning befanns bilprovningen ha åsidosatt en handlingsnorm som skyddade husvagnsägarens intresse, vilket föranledde att skadestånd utdömdes. Frågan om skyddsändamål vid myndighetsansvar aktualiserades även i det nyligen avgjorda NJA 2013 s. 145 *Landskronafallet*, vilket kommer att behandlas senare i framställningen.⁵⁶

3.2.2 Subjektiva förutsättningar

Den subjektiva delen tar motsatt sikte på omständigheter som beror på något förhållande på skadevållarens sida. För att de subjektiva rekvisiten ska vara uppfyllda krävs att skadevållaren orsakat skadan med uppsåt eller oaktsamhet.⁵⁷ Kravet innebär att det inte räcker med att någon orsakat en skada för att denne ska bli skadeståndskyldig.⁵⁸ Vid bedömningen av den subjektiva oaktsameten är huvudregeln att domstolarna vare sig ska ta hänsyn till fysiska eller psykiska tillkortakommanden eller t.ex. ålder hos skadevållaren. Att inga sådana hänsyn tas beror på att den skadelidandes intressen och behov av reparation sätts i centrum.⁵⁹

3.3 SkL i avtalsförhållande och i förhållande till annan lag

SkL är i första hand avsedd att tillämpas i utomobligatoriska förhållanden men kan även komma att bli tillämplig i inomobligatoriska sådana såvida inte annat har avtalats eller följer av *lex specialis*. Som exempel på speciallag kan å ena sidan nämnas reglerna om skadeståndskyldighet vid dröjsmål respektive fel i vara vid köp av lös egendom i 27, 40, 57 och 60 §§ köplagen (1990:931) (Köpl). I 29 kap. aktiebolagslag (2005:551) finns å andra sidan utomobligatoriska skadeståndsbestämmelser som har företräde framför SkL. Culpabedömningen i inomobligatoriska förhållanden kan skilja sig från den utomobligatoriska på en mängd sätt, t.ex. kan ett avtal stipulera särskilda grunder för ansvar eller föreskriva hur ett eventuellt skadestånd ska beräknas.⁶⁰

I 1 kap. 1 § SkL hänvisas till vad som ”i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden.” Enligt lagens motiv innebär stadgandet att om ett avtal inte innehåller några regler

⁵⁶ Se avsnitt 4.5.2.1.

⁵⁷ Se mer om de subjektiva förutsättningarna under avsnitt 4.

⁵⁸ Bengtsson (1994), s. 15.

⁵⁹ Hellner & Radetzki (2010), s. 40–42 och 140 f.

⁶⁰ Bengtsson (1994), s. 65 f.

om skadestånd ska domstolarna ha möjlighet att tillämpa inomobligatoriska skadeståndsregler, som i allmänhet används vid den ifrågavarande kontraktstypen, även om dessa skulle avvika från regleringen i SkL. Vidare anges att kontraktsrättsliga regler kan tillämpas analogt vid avtalsliknande förhållanden.⁶¹ Det får till följd att en domstol vid fråga om skadestånd i avtalsförhållanden, till skillnad från i utomobligatoriska, även kan döma ut skadestånd för rena förmögenhetsskador utan samband med brott. Det kan härvid också nämnas att culpaansvaret avseende underlåtenhet, enligt Bengtsson, som huvudregel är strängare i inomobligatoriska förhållanden, vilket bl.a. kommer till uttryck genom förekomsten av presumtionsansvarsregler.⁶² I NJA 1989 s. 191 *Segelbåten* fann emellertid HovR:n, vars dom fastställdes av HD, att det allmänna i form av en distriktstullkammaren hade samma presumtionsansvar för omhändertagen egendom som en enskild depositarie.⁶³ Omvänt hävdar Bengtsson också att avtalsklausuler om ansvarsbegränsning eller frihet från ansvar i kontraktsförhållanden kan få till följd att skadeståndsansvaret i vissa fall kan bli mildare än vid en tillämpning av utomobligatoriska regler.⁶⁴ Ovanstående avtalsmöjligheter får följaktligen stor inverkan på kontrahenternas riskfördelning. Förekomsten av sådana klausuler kan enligt Ullman därmed ses som ett uttryck för riskkontroll och därigenom indikera på sund näringsverksamhet.⁶⁵

⁶¹ Prop. 1972:5, s. 450 f.

⁶² Bengtsson (1994), s. 65 f.

⁶³ NJA 1989 s. 191.

⁶⁴ Bengtsson (1994), s. 65 f.

⁶⁵ Ullman, H, *Försäkring och ansvarsfördelning, Om förhållandet mellan försäkring och kommersiella leverans- och entreprenadavtal*, 2 uppl, Iustus Förlag AB, Uppsala 2006, s.19 f. och 22.

4 Den subjektiva oaktsamhetsbedömningen

4.1 Inledning

Som visats anses bedömningen av huruvida en person förfarit oaktsamt eller inte SkL ta sin utgångspunkt i aktsamhetsnormer uttryckta i lag, föreskrifter, praxis, sedvana eller görs en fri bedömning efter kriterierna i ULHF.⁶⁶ I denna del kommer först en genomgång av BPF att göras, därefter behandlas LHF och ULHF.

4.2 BPF

4.2.1 Bakgrund

En grundläggande fråga är vad som förstås med BPF och vilka egenskaper denna fiktiva figur tillmäts. Som anförts översätts BPF som ”den gode familjefadern” och en sådan anses i regel handla som en normalt aktsam person. Med uttrycket förstås ingen ”perfekt människa” utan en ”normal person”. Således syftar culpabedömningen utefter denna norm till att ta reda på om handlingen som föranlett skadan hade kunnat företas av en ”normal person” och därmed vara ursäktlig eller inte.⁶⁷ Metoden med bedömningen av skadevållarens aktsamhet jämfört med en fiktiv BPF har sina rötter i *lex Aquilia*, i den gamla romerska rätten.⁶⁸ I detta rätts-system krävdes att en handlande iakttagit en viss grad av *diligentia*, d.v.s. försiktighet, för att inte bli skadeståndsskyldig. I en avhandling om *lex Aquilia* menar Thyréen att *diligentia* varierar beroende på vem man frågar och att detta löstes genom konstruktionen av tankefiguren BPF.⁶⁹ Thyréen förklarar BPF som en figur som:

”[U]tan utomordentlig ängslighet och försiktighet, efter sin tids och sitt folks uppfattning, kan gälla såsom typen af en sansad och ordentlig man; hos hvilken sålunda omsorgen att undvika skadliga verkningar af sina handlingar och den för familjens uppehälle och förkofran nödiga graden af företagsamhet och handlingskraft hålla hvarandra i jämvigt.” (Min kursivering)⁷⁰

Under förutsättning att en persons *neglegentia*, d.v.s. handlingskraft, inte överskrider en BPFs *diligentia* är hans handlande inte culpöst. Thyréen menar att hänsynstagandet till efter sitt folks och sin tids uppfattning, om vad som utgör en BPF, är av särskild vikt eftersom det leder till förutsägbarhet för den enskilde och att det är förutsägbarheten som i sin tur är avgörande för om ett handlande varit culpöst eller inte.⁷¹

Ovanstående genomgång tar följaktligen sikte på att jämföra ett faktiskt handlande med hur en BPF hade handlat i motsvarande situation, det rör sig således om *personlighetsmodellen* av BPF. Modellen var tidigare vanlig men kom under 1900-talet att till viss del ersättas av en

⁶⁶ Se avsnitt 1.1.

⁶⁷ Hellner & Radetzki (2010), s. 129 och Dahlman (2000), s. 33.

⁶⁸ Karlgren, s. 9.

⁶⁹ Thyréen, J, *Culpa legis Aquilae*, Lund 1893, s. 33, 41 och 87 samt Andersson (2012), s. 86.

⁷⁰ Thyréen, s. 88.

⁷¹ A.a. s. 89–91.

sociologisk förklaringsmodell. Den sociologiska BPF-modellen, *sedvanemodellen*, går istället ut på att undersöka om skadevållarens agerande legat i linje med de allmänt accepterade sociala vanor som finns i ett samhälle. Enligt Dahlman är det svårt att dra en klar skiljelinje mellan modellerna och de ska därför istället ses som komplement till varandra.⁷²

4.2.2 BPF-modeller

4.2.2.1 Personlighetsmodellen

Personlighetsmodellen kan sägas utgöra grundmodellen av BPF och är i sin tur uppbyggd kring två olika delar. Den första delen syftar till att fastställa hur aktsam en påstått culöps person normalt är, i detta inbegrips bl.a. dennes attityd till risk. Genom denna metod erhålls sedan en bild av var någonstans personen befinner sig på en skala mellan polerna risk och försiktighet. I detta steg tas även hänsyn till i vilket sammanhang personen verkar, d.v.s. att om denne är bilmekaniker jämförs hans beteende med hur en ”normalt aktsam bilmekaniker” skulle ha agerat. En fråga som uppenbarar sig här är enligt Dahlman om domstolarna vid denna bedömning ska utgå från hur människor faktiskt handlar eller hur de borde handla, vilket det råder olika uppfattningar om. Dahlman menar själv att domstolarna tenderar till att göra bedömningen utifrån hur människor i motsvarande situation faktiskt handlar även om avvikelser från denna standard förekommer.⁷³ Karlgren menar att distinktionen mellan hur en person handlar och hur denne borde handla är problematisk eftersom en ”normal person” också gör fel ibland.⁷⁴

Vad angår den andra delen av personlighetsbedömningen sätts den imaginära BPF:n in i motsvarande situation som skadevållaren befann sig i och det bedöms sedan hur BPF:n *borde* ha agerat i situationen. Ger bedömningen resultatet att en BPF hade agerat som skadevållaren undgår vållaren skadeståndsansvar. Skulle en prövning istället utvisa att skadevållaren kunnat vidta andra åtgärder, som en BPF hade gjort, blir personen som huvudregel skadeståndsskyldig. Eftersom en BPF inte är perfekt kan vissa situationer räknas som olyckshändelser. På ovanstående sätt utgör BPF såväl en moralisk och mänsklig aktsamhetsmättstock. Den förstnämnda utgör ett objektiva aktsamhetsmått medan den sistnämnda tar sikte på skadevållarens subjektiva förhållanden.⁷⁵

⁷² Dahlman (2000), s. 33 f.

⁷³ A.a. s. 33–35.

⁷⁴ Karlgren, s. 59 f. Se mer om kritiken mot BPF i avsnitt 4.2.3.

⁷⁵ Dahlman (2000), s. 36 f.

4.2.2.2 Sedvanebedömningen

Den andra BPF-modellen går ut på att jämföra skadevällarens handlande med aktsamhetsnormer som etablerats i den kontext som den handlande verkar i. För att ett handlingsätt ska klassificeras om sedvana krävs i regel att det är *känt* och relativt *precist*. Utgångspunkten vid bedömningen är att om ett handlande överensstämmer med hur det praktiskt går till på ett område så har personen ifråga inte förfarit culpöst.⁷⁶

Ett fall som är belysande för sedvanebedömningen är NJA 1983 s. 232 *Hästhagen*.⁷⁷ I målet krockade en bilist med en häst som hade rymt från en hage. Frågan var om hästägaren förfarit vårdslöst genom att ha haft en undermålig grind in till hagen. HD meddelade dom i enlighet med betänkandet. I detta fann föredraganden, i enlighet med ett yttrande från lantbruksstyrelsen, att den ifrågavarande grindkonstruktionen var utformad på ett normalt tillfredsställande sätt och att det inte fanns någon anledning för hästägaren att ha haft en bättre konstruktion. Av denna anledning ansågs hästägaren inte ha förfarit vårdslöst och talan ogillades.

I vissa fall kan dock domstolarna anse att en aktsamhetsstandard är för lågt satt och utdöma skadestånd trots att sedvanan på ett område följts.⁷⁸ Karlgren beskriver det som att ett beteende som visserligen går i linje med sedvanan ändå kan betraktas som culpöst om moraliska skäl påkallar en högre grad aktsamhet än vad sedvanan utvisar.⁷⁹ Andersson menar att ett underkännande av sedvanan är ett uttryck för att domstolarna alltid gör en konkret bedömning i det enskilda fallet och att en ”överprövning” av sedvanan således kan ske. En sådan överprövning grundas i så fall på en normativ avvägning av den aktuella faran och mothänsyn och sedvanan beaktas då som en del av denna bedömning. På nyss anförda skäl hävdas även att culpanormen inte är en sociologisk konstruktion utan just ett normativt begrepp.⁸⁰ Hellner och Radetzki menar att förekomsten av preciserade handlingsregler visserligen innebär att utrymmet för en tillämpning av den typiska avvägningen i culpabedömningen minskar, även om det inte utesluts att en sådan kan ske.⁸¹

Ett exempel på ett tidigt fall där sedvanan ”överprövats” är NJA 1947 s. 104 *Byggnadsarbetaren*.⁸² I fallet hade en byggnadsarbetare ramlat ned och skadat sig sedan ett bjälklag brustit p.g.a. undermålig kvalitet. Knäckfrågan var om byggmästaren förfarit vårdslöst genom att ha underlåtit att undersöka det aktuella virket när det levererades. Byggmästaren bestred och hävdade att det inte fanns någon sådan sedvana. Rådhusrätten fastslog att byggmästaren

⁷⁶ Dahlman (2000), s. 38 f.

⁷⁷ A.a. s. 14.

⁷⁸ Hellner & Radetzki (2010), s. 133.

⁷⁹ Karlgren, s. 59 f.

⁸⁰ Andersson (2012), s. 88 och Andersson (1993), s. 279.

⁸¹ Hellner & Radetzki (2010), s. 130.

⁸² A.a. s. 133.

förfarit vårdslöst och förpliktade denne att utge skadestånd. Fallet överklagades till HovR:n som fann att det inte var vedertaget att besiktiga träbjälkar efter leverans av en välrenommerad leverantör varför talan ogillades. HD fastställde därefter HovR:ns dom.

Det har också nämnts att föreskrifter och sportregler kan tillmätas vikt vid bedömningen.⁸³ För att en sådan regel ska bli tillämplig krävs dock att det fastställs att den syftar till att förhindra skador i det sammanhang som skadan inträffat i. Dahlman menar att det innebär att reglerna måste vara *adekvata* för att kunna tillämpas eller åberopas, vilket enligt denne inte var fallet i NJA 1993 s. 149 *Golfspelaren*.⁸⁴ I målet hade en golfspelare av misstag slagit iväg en boll så att den träffade och åsamkade skada på en parkerad bil. HD fastslog först att golfreglerna, som hade följts, inte var relevanta i förhållande till en utomstående part vilket bilägaren ansågs vara. Av denna anledning kunde inte reglerna åberopas av golfspelaren för att undgå ansvar. HD förklarade därefter att det fanns en risk för att golfspelaren skulle kunna skjuta ut sin boll mot parkeringsplatsen och att den på så vis riskerade att träffa en bil. Vidare uttalades att detta var en risk som golfspelaren måste ha varit medveten om. Avslutningsvis förklarade HD att golfspelaren:

”[H]ade kunnat undvika skadan genom att välja en annan spel riktning, i närmare överensstämmelse med banans riktlinje från utslagsplatsen, även om det kunde ha kostat honom ett slag.”⁸⁵

HD:s bedömning har kritiserats för att vara sträng och icke ändamålsenlig eftersom få golfare beaktar riskfaktorerna innan utslag och att det hade varit bättre om fallet avgjorts utifrån den förekommande sedvanan på området.⁸⁶ En sådan tillämpning hade då sannolikt fått till följd att golfaren inte handlat culpöst.⁸⁷

4.2.3 Kritik mot BPF

Användandet av BPF som aktsamhetsnorm har länge debatterats. Karlgren är kritisk till BPF-modellen vilket kommer av att det inte finns någon ”allmän BPF” utan att de egenskaper som denne tillmäts varierar beroende på vilken situation denne sätts in i. Vidare anføres att BPF-modellen leder till ett cirkelresonemang. Med detta förstås att domstolarna lägger ett allmänt beteende till grund för sitt beslut i skadestandsfrågan, d.v.s. att domarens uppfattning om vad som är det ”allmänna handlings sättet” blir avgörande för utgången. Problemet är att denna uppfattning inte *de facto* behöver vara det ”riktiga” allmänna beteendet. BPF-figuren begrän-

⁸³ Se avsnitt 1.1.

⁸⁴ Dahlman (2000), s. 39–42.

⁸⁵ NJA 1993 s. 149.

⁸⁶ Johansson, S, *Sträng culpabedömning vid skada i samband med golfspel*, JT 1993–1994, s. 194.

⁸⁷ Van der Sluijs, J, *NJA 2011 s. 454 (Diskmaskinsfallet) ur ett skadestands- och försäkringsperspektiv*. I: Nilsson Hjorth, B, P. Björkdahl, E, Baheru, H, van der Sluijs, J, Munukka, J, Andersson, H, *Hyresgästs skadestandsansvar – Diskmaskinsmålet NJA 2011 s. 454*, Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet. Wängberg, H-A, Munukka, J, Baheru, H, (red), Jure Förlag AB, 2012, s. 49.

sas därför till att endast täcka det handlingsätt som domstolarna anser vara försvarligt, varför figuren blir oförutsägbar för den handlande. Oförutsägbarheten mildras dock vid användandet av sedvanebedömningen istället för personlighetsmodellen. Karlgren menar dock att det även är ett problem när oskrivna normer läggs till grund för skadeståndsskyldighet eftersom det i många fall inte går att utröna ett konkret rättsfaktum. Mot denna bakgrund menar han att culparegeln inte har något eget innehåll utan baseras på skadeståndsansvaret i sig självt d.v.s. att culparegeln i själva verket är ett förtäckt strikt ansvar.⁸⁸

Hellner är inne på samma linje och menar att BPF, i form av *personlighetsmodellen*, är ett intetsägande ”fantasifoster” som endast har egenskapen att den handlar aktsamt. Modellen ger därför inte någon konkret vägledning vid inträffad skada, undantaget vid uppenbara fall. Vidare hävdas att en hänvisning till en allmän aktsamhetsstandard är missvisande eftersom det faktiskt händer att domstolarna frångår en etablerad sedvana.⁸⁹

4.2.4 Särskilt om konsulter ansvar

Angående sedvanan som culpanorm kan särskilt nämnas något om konsulter ansvar eller det s.k. professionsansvaret. I samhället finns en mängd skilda områden där olika typer av konsulter verkar. Till denna kategori hör t.ex. revisorer, advokater, finansiella rådgivare, fastighetsmäklare och besiktningsmän. Även om det för en del yrken finns särskilda lagar som exempelvis fastighetsmäklarlag (2011:666) saknas, med undantag för bl.a. regler om preskription i 18 kap. handelsbalk (1736:0123 2), generell lagreglering på området. En konsekvens av detta är att praxis och analogisk tillämpning av närliggande lagstiftning får stor betydelse i enskilda fall.⁹⁰

En gemensam grund för olika typer av konsultuppdrag är även att ansvaret som huvudregel är underkastat ett culpaansvar även om annat kan avtalas.⁹¹ Vid den konkreta bedömningen av huruvida en aktsamhetsnorm överträtts eller inte tas i första hand hänsyn till vad de berörda parterna avtalat och om eventuella friskrivningar finns. I andra hand söks svaret på denna fråga i sedvanan på det aktuella området. Vid denna bedömning får i sin tur olika yrkesetiska normer, uttryckta i form av t.ex. god mäklarsed, stor betydelse för bedömningen.⁹² Mer precist kan aktsamhetskravet uttryckas som att konsulten har en allmän plikt att omsorgsfullt utföra ett aktuellt uppdrag. Vidare gäller att konsulten förutsätts besitta den kunskap som är sedvanlig på det ifrågakvarande yrkesområdet. Inom ramen för denna omsorgsplikt har kon-

⁸⁸ Karlgren, s. 78–83.

⁸⁹ Hellner & Radetzki (2010), s. 129 och Hellner, J, *Skadeståndsrätt*, 3 uppl, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1976, s. 72–74.

⁹⁰ Elfström, J, Ashton, L-E, *Konsultansvar*, 2 uppl, AB Svensk Byggtjänst Stockholm 2012, s. 11 och 21 f.

⁹¹ A.a. s. 26 och Bengtsson, B, Ullman, H, Unger, S, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, Jure förlag AB Stockholm 2009, s. 53.

⁹² Elfström & Ashton, s. 13 och 28.

sulten ett särskilt ansvar för att samråda med beställaren i behövlig mån för att oklarheter angående uppdraget ska kunna utredas.⁹³

Även vid bedömningen av konsulter ansvar kan emellertid domstolarna komma att göra culpabedömningen efter ULHF.⁹⁴ I NJA 1997 s. 65 *Besiktningsmannen* var frågan huruvida en besiktningsman hade förfarit vårdslöst vid besiktning av en fastighet inför ett eventuellt köp. Sakomständigheterna i fallet var att ett par, som var spekulanter på den aktuella fastigheten, anlidade besiktningsmannen för att fullgöra sin fastighetsrättsliga undersökningsplikt. Besiktningsprotokollet, som hade innebörden att inga allvarliga fel existerade, kom sedan att tillsammans med en muntlig beskrivning av det utförda uppdraget ligga till grund för köpet. Vid senare arbeten på fastigheten uppdagades dock att taket hade rötskador varvid paret väckte talan mot besiktningsmannen. Som grund anfördes att denne varit oaktsam genom att ha underlåtit att informera paret om riskerna med att husets tak saknade en luftspalt mellan takbrädorna och isoleringen, vilket var en omständighet som besiktningsmannen själv hade uppmärksammat. Frågan i målet var därför om denne borde ha presenterat en s.k. riskanalys för makarna. Besiktningsmannen bestred och åberopade b.l.a. att han inte hade varit skyldig att upplysa om vilka risker som en viss sorts konstruktion kunde medföra. Vidare hävdades att det, vid tiden för den inträffade skadan, inte var sedvana att presentera en sådan riskanalys.

I HovR:n uttalades att avsaknaden av ventilationsöppning innebar att risken för skada var stor och att skadan allvarligt skulle påverka husets funktion och att en kostsam reparation var tvungen att vidtas. Slutligen uttalades att det ålegat besiktningsmannen att, vid en sedvanlig besiktning, upplysa om ifrågavarande risk varför besiktningsmannen bedömdes ha handlat oaktsamt. HD kom i sin tur att fastställa HovR:ns domslut.

4.3 Övrig BPF-praxis

4.3.1 Inomobligatoriska fall

4.3.1.1 Praxis i Högsta domstolen

I NJA 2002 s. 213 *Bostadshyresgästerna* väckte tidigare bostadshyresgäster, i form av två privatpersoner och två bolag tillhöriga den ena av dem, talan mot en hyresvärd. Som grund anfördes att hyresgästerna lidit personskada p.g.a. en felaktig reparation av hyresrättens duschrum 1980. Vidare hävdades att en av hyresvärderna utförd sanering 1990 inte heller utförts på korrekt sätt. Enligt hyresgästerna hade underlåtenheten gett upphov till mögel- och bakterieskador som i sin tur orsakade personskadorna. Det åberopades även att bolagen lidit ekonomisk skada sedan dokumentation, som utgjorde grunden för i bolagen pågående projekt,

⁹³ Elfström & Ashton, s. 41 f. och Bengtsson m.fl. (2009), s. 66.

⁹⁴ Elfström & Ashton, s. 126 och 129.

skadats av bristerna. I sin utveckling av talan anförde käranden bl.a. att svaranden vid renoveringen underlåtit att installera en lagstadgad frånluftsventilation vilket gett upphov till röt- och mögelangreppen. Svaranden invände och påstod att den utförda renoveringen och saneringen utförts på ett korrekt sätt.

I HD fastslogs till en början att det inte fanns skäl att ifrågasätta kärandens påstående om personsador. Det uttalades sedan att liknande besvär, till följd av s.k. ”sjuka hus” i allmänhet kom att uppmärksammas i slutet av 1980-talet. HD prövade därefter om svaranden uppfyllt de vid tidpunkten gällande byggreglerna, i samband med renoveringen 1980, och fann att så var fallet. Ovanstående baserades bl.a. på att svaranden faktiskt ombesörjt installation av frånluftsventilation, även om denna inte var av den typ som käranden hävdade borde ha installerats. Vad beträffar saneringen uttalade HD att denna utförts på sedvanligt sätt varför kärandens talan lämnades utan bifall.

NJA 2006 s. 136 *Revisorfallet* handlade om skadeståndsansvaret för en påstått försumlig revisor. Ett bolag väckte talan mot en tidigare revisor och hävdade att revisorn hade orsakat bolaget skada. Som grund anfördes att revisorn förfarit försumligt genom bristfällig granskning av bolagets räkenskaper och årsredovisning, bristande anmärkningar i revisionsberättelsen och undermålig kontroll av VD:ns förvaltning av bolaget. Bristfälligheterna medförde i sin tur att VD:n kunnat fakturera bolaget för eget utfört arbete och på så vis fått bolaget att utbetala medel som denne inte gjort sig förtjänt av. Vidare påstods att den bristfälliga revisionen inneburit skada för bolaget genom att det påförts arbetsgivaravgifter för utbetalningarna till VD:n och nekats avdrag för mervärdesskatt. Revisorn bestred och hävdade att VD:n inte utfärdat fakturor till sig själv.

Tingsrätten (TR:n) fann att det var ostridigt att VD:n fakturerat sig själv och att han på så vis erhållit en större ersättning än befogat och att bolaget lidit skada beträffande de uteblivna avdragen och de påförda arbetsgivaravgifterna. Revisorn förklarades därför ha förfarit försumligt enligt aktiebolagslagen (1975:1385). Vidare kom TR:n fram till att revisorn varit vårdslös genom den bristfälliga hanteringen av mervärdesskattavdragen och arbetsgivaravgifterna. Hovrätten (HovR:n) anslöt sig till TR:ns bedömning av oaktsamheten. HD meddelade prövningstillstånd beträffande frågan om det skadestånd som HovR:n dömt ut skulle jämkas p.g.a. medvållande men fann att så inte var fallet.

4.3.1.2 Hovrättspraxis

Ett mål som behandlar heta arbeten är T 8923-11⁹⁵ *Radscanfallet* vari ett försäkringsbolag och Tekniska verken i Kiruna AB (TVAB) väckte talan mot bolaget Radscan. I målet skulle TVAB byta rökgaskondensatorer i ett värmeverk vilket föranledde att Radscan kom att anlitas för arbetet. I samband med heta arbeten utbröt en brand i en rökgaskanal, vilket gav upphov till omfattande brandskador. Efter att försäkringsbolaget reglerat skadan förde sedan TVAB talan avseende beloppet som översteg den utbetalda försäkringsersättningen medan försäkringsbolaget förde regresstalan för det utbetalda beloppet. Som grund anfördes i första hand att Radscan av vårdslöshet vållat skadan vid de heta arbetena, i strid med Svenska Brandförsvarsförningens (SBF) säkerhetsregler för heta arbeten.

TR:n fann inledningsvis att SBF:s regler utgjorde sedvana i branschen och att parterna även avtalat om att tillämpa föreskrifterna samt att den påstådda vårdslösheten därför skulle bedömas utifrån dessa. TR:n fann därefter att käranden inte lyckats visa att Radscan varit vårdslös genom att ha underlåtit att ha vattnat eller spolat den aktuella rökgaskanalen i strid med SBF:s regler. TR:n fann dock att de aktuella åtgärderna vidtagits utan tillstånd från en brandskyddsansvarig person varför Radscan förklarades ha agerat oaktsamt. TR:n fastslog därefter att Radscan även varit vårdslöst genom att inte ha kontrollerat och täckt över brandkänsliga byggnadsdelar i anslutning till de heta arbetena. På dessa skäl ansågs Radscan sammantaget ha förfarit vårdslöst och förpliktades att utge skadestånd. HovR:n anslöt sig väsentligen till vad TR:n kommit fram till med undantag för att den också fann att Radscan agerat försumligt genom att inte ha spolat vatten vid de heta arbetena, TR:ns domslut kom sedan att fastställas.

4.3.2 Utomobligatoriska fall

4.3.2.1 Praxis i Högsta domstolen

I NJA 2001 s. 878 *Värderingsintygsfallet* väckte en bank talan mot en värderingsman, B.A, som var anställd hos Ljungquistbolaget. I målet hade B.A utfärdat ett värderingsintyg beträffande en fastighet till bolaget Apex Förvaltning. Värderingsintyget kom sedan att i samband med en kreditansökan hos banken åberopas av Apex International som grund för säkerhet i fastigheten. Krediten beviljades mot säkerheten men eftersom Apex international sedermera inte reglerade sin skuld gentemot banken kom den aktuella fastigheten att säljas på exekutiv auktion. I samband härmed visade det sig att den inbringade köpeskillingen inte täckte bankens panträtt som säkerhet för fordran. Som grund för talan anförde banken att den lidit en ren förmögenhetsskada till följd av att B.A utfört värderingsuppdraget vårdslöst. Ljungquistbolaget bestred och hävdade i huvudsak att banken var att anse som tredje man i förhållande till bolaget varför talan var utesluten på denna grund. Vidare påstods att B.A inte

⁹⁵ Svea Hovrätts dom 2011-10-05.

hade agerat vårdslöst, att det saknades orsakssamband och att banken varit medvållade till skadan. Slutligen hävdades att B.A gjort en giltig ansvarsfriskrivning.

I sin prövning uttalade HD att det var visat att B.A övervärderat fastigheten och att han därigenom förfarit vårdslöst. HD gick därefter in på ett resonemang om ansvar för ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållande och hänvisade till NJA 1987 s. 692 *Konefallet*, där förutsättningarna var liknande och där HD särskilt gick in på ett resonemang om friskrivningsklausuler. Mot denna bakgrund uttalades att ett felaktigt värderingsutlåtande inte utan vidare kunde åberopas av en tredje man till stöd för skadeståndsansvar och att låga krav ställdes på utformingen av en giltig friskrivningsklausul. HD kom därefter fram till att B.A gjort en giltig friskrivning varför talan ogillades.

4.4 LHF

4.4.1 Rättsekonomisk bakgrund

Rättsekonomi är en vetenskap som innebär att rätten analyseras utifrån nationalekonomisk teori och då särskilt s.k. neo-liberal marknadsekonomi.⁹⁶ Teorin bygger på ett antal antaganden som förenklar den studerade verkligheten. Ett första grundläggande antagande att människor strävar efter att maximera sin egen nytta och genom att de gör det så förbättras även samhällets välbefinnande i stort.⁹⁷ Detta innebär även att en individ kommer att ändra sitt beteende om det maximerar dennes tillfredsställelse.⁹⁸ Företag anses istället vara rationella maximerare av sin egen vinst.⁹⁹ För att ovanstående ska kunna ske krävs att en effektiv marknad där utbyte kan ske existerar.¹⁰⁰ När ett utbyte på en marknad inte kan ske utan att någon annan får det sämre föreligger s.k. Pareto-optimalitet, vilket innebär att det inte finns några s.k. *externa kostnader*. Med externa kostnader avses kostnader som drabbar någon annan än den handlande, som t.ex. miljöskador, vilket innebär att den vållande verksamheten inte bedrivs på ett, ur samhällsekonomisk synpunkt, optimalt sätt.¹⁰¹

4.4.1.1 Coase-teoremet

Ett ytterligare grundläggande antagande är att rättsregler subventionerar eller fördyrar enskilda åtgärder, vilket påverkar mängden aktivitet.¹⁰² Coase har behandlat förhållandet mellan externa kostnader och s.k. transaktionskostnader. Med transaktionskostnader förstås kostnader

⁹⁶ Fink, E.M, *Post-realism, or the jurisprudential logic of late capitalism: a socio-legal analysis of the rise and diffusion of law and economics*, Hastings Law Journal 2004, s. 6.

⁹⁷ Andra antaganden är att marknadsparterna har tillgång till perfekt information, att parterna är privata rättssubjekt och att perfekt konkurrens råder dem emellan.

⁹⁸ Posner, R.A, *Economic analysis of law*, 7 uppl, Aspen Publishers 2007, s. 3.

⁹⁹ Dahlman, C, Glader, M, Reidav, D, *Rättsekonomi. En introduktion*, 2 uppl, Studentlitteratur AB, Lund 2004, s.11 och 16 f.

¹⁰⁰ A.a. s. 66–69.

¹⁰¹ A.a. s. 54–57, 61 f. och 113–115.

¹⁰² Paretoeffektivitet råder om åtminstone någon får det bättre utan att någon annan får det sämre, vilket kräver att alla förlorare på en transaktion måste kompenseras, Landes, M.L, Posner, R.A, *The Economic structure of Tort Law*, Harvard university press 1978, s.16 f.

för att kunna genomföra en affär. I många fall uppgår dessa kostnader till betydande belopp vilket har en negativ inverkan på antalet transaktioner som görs.¹⁰³ Coase menar att om inga transaktionskostnader föreligger så kommer domstolarnas beslut, i fråga om skadeståndsskyldighet, inte att påverka fördelningen av ekonomiska rättigheter i samhället d.v.s. att de åtgärder som är samhällsekonomiskt effektiva ändå kommer att vidtas.¹⁰⁴ Vid frånvaro av transaktionskostnader hade därmed två avtalskontrahenter kunnat lösa en ”störning”, d.v.s. en extern effekt, på ett samhällsekonomiskt sätt. Ovanstående utgör det s.k. *Coaseteoremet*.¹⁰⁵ I realiteten existerar dock en mängd transaktionskostnader av olika slag vilket gör att rättsregler bör utformas så att de resulterar i att individer erhåller samma rättigheter och skyldigheter som de hade fått om de hade ingått ett avtal utan att ha behövt ta hänsyn till dessa kostnader.¹⁰⁶ Av denna anledning är reglering t.ex. önskvärd i utomobligatoriska förhållanden som inom trafiken eftersom det inte är effektivt att sluta avtal med samtliga trafikanter som färdas på vägarna.¹⁰⁷ Genom en sådan reglering kan externa kostnader internaliseras vilket leder till samhällsekonomisk effektivitet.¹⁰⁸ Ett exempel på en sådan regel är LHF.¹⁰⁹

4.4.2 Den ursprungliga LHF

Posner kan sägas ha utvecklat Coases tankar genom att förespråka att rättsordningens huvuduppgift bör vara att bidra till ekonomisk effektivitet, genom att reglera ekonomiska förhållanden.¹¹⁰ I en artikel hänvisar han bl.a. till två rättsfall angående skadeståndsskyldighet där Learned Hand dömde.¹¹¹ I det första fallet, *Conway v. O'Brien*¹¹², hade en passagerare som varit inblandad i en trafikolycka och åsamkats skador väckt talan mot föraren av bilen. Frågan var om föraren hade förfarit med grov vårdslöshet och därmed skulle utge skadestånd. I fallet förklarade Hand att graden av aktsamhet kunde bedömas utifrån tre faktorer:

”[T]he likelihood that his conduct will injure others, taken with the seriousness of the injury if it happens, and balanced against the interest which he must sacrifice to avoid the risk.”¹¹³

Citat uttrycker den första formen av LHF. I det andra fallet, *United States v. Carroll Towing Co.*,¹¹⁴ hade en pråm slitit sig från sina förtöjningar vilket fått till följd att den kantrade och en last med mjöl föll i vattnet. Pråmen hade slitit sig p.g.a. personalen på en bogserbåt underlåtit

¹⁰³ Dahlman m.fl. (2004), s. 85–87.

¹⁰⁴ Coase, R.H., *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, Vol. 3 (Oct., 1960), pp. 1–44, s. 9–10 och Hellner & Radetzki (2010), s. 55.

¹⁰⁵ Skogh, G., m.fl. *Ekonomi Under Debatt: Rättsekonomi*, Libertryck Stockholm 1983, s. 8 f.

¹⁰⁶ Dahlman m.fl. (2004), s. 103 och 112.

¹⁰⁷ Skogh m.fl. (1983), s. 15.

¹⁰⁸ Dahlman m.fl. (2004), s. 62. Jfr. avsnitt 2.1.1 om ekonomisk effektivitet som ett av skadeståndsrättens mål.

¹⁰⁹ A.a. s. 117.

¹¹⁰ Rehme, D., Skogh, G., *Strikt ansvar i rättsekonomisk analys*, JT 1994/1995 s. 1161 och Hellner & Radetzki (2010), s. 133 f.

¹¹¹ Posner (1972), s. 32.

¹¹² *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611 (2d Cir. 1940).

¹¹³ *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611 (2d Cir. 1940), s. 2.

¹¹⁴ *United States v. Carroll Towing Co.*, F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

att förtöja pråmen korrekt sedan de lossat en annan pråm från denna. Ovanstående ledde till att pråmägaren väckte talan mot bogserbåtsägaren. Den sistnämnda väckte i sin tur ett genkärsmål med innebörden att olyckan hade kunnat undvikas om det funnits en pråmskötare på mjölpråmen medan den låg i hamnen. I fallet befäste och utvecklade Hand sin modell.¹¹⁵

Hand fann att mjölpråmsägarens ansvar var beroende av följande faktorer: sannolikheten för att pråmen skulle slita sig (1), skadans storlek om den sliter sig (2) och kostnaden för att vidta förebyggande åtgärder så att den inte hade slitit sig (3). Hand uttryckte sedan detta i algebraiska termer: där **P**= sannolikheten för skada (probability), **L**= skadans storlek (the injury) och **B**= kostnaden för skadeförebyggande åtgärder (the burden of adequate precautions). Efter det ställde han upp en preciserad formel för oaksamhet enligt vilken den uppställda pråmens ägare förfarit oaksamt om: **B < PL**, d.v.s. om kostnaden för försiktighetsåtgärder var mindre än sannolikheten för skadan multiplicerat med den sannolika skadans storlek.¹¹⁶

Posner menar att Hand genom formeln kodifierade en sedan tidigare använd metod av aktsamhetsbedömningen. Med skadeförebyggande åtgärder förstår Posner både kostnader för olika skyddsåtgärder men även kostnaden, i form av minskad vinst, vid begränsning eller eliminering av den riskfyllda aktiviteten.¹¹⁷ Mot denna bakgrund uttalar Posner att:

”If the cost of safety measures or of curtailment—whichever cost is lower exceeds—the benefit in accident avoidance to be gained by incurring that cost, society would be better off, in economic terms to forgo accident prevention.”¹¹⁸

Enligt Posner står den ekonomiska effektiviteten i förgrunden och han hävdar att skadeståndsrättens främsta funktion varken är reparation eller prevention utan att tillhandahålla skadeståndsregler vars tillämpning leder till en effektiv avvägning mellan förekomsten av olyckor och kostnaden för att undvika dem. Å ena sidan är det således ekonomiskt ineffektivt om ett vinstmaximerande företag vidtar försiktighetsåtgärder om kostnaden för dessa överstiger kostnaden för ett eventuellt skadestånd. Å andra sidan är det ur samhällsekonomisk synpunkt följaktligen effektivt att vidta skadeförebyggande åtgärder om kostnaden för dessa understiger ett eventuellt skadeståndsanspråk.¹¹⁹

Ovanstående kan sammanfattas i att den som, utifrån ett effektivitetsperspektiv, ”billigast” kan undvika skador, d.v.s. ”the cheapest cost avoider”, får stå kostnaden för inträffade skador.¹²⁰ På motsvarande sätt bör det också beaktas vem som är ”the cheapest insurer”¹²¹ d.v.s.

¹¹⁵ Landes & Posner (1978), s. 85.

¹¹⁶ A.a. s. 85.

¹¹⁷ Posner (1972), s. 32.

¹¹⁸ A.a. s. 32.

¹¹⁹ A.a. s. 33 f.

¹²⁰ Hellner & Radetzki (2010), s. 134.

vem som haft störst möjlighet att skaffa ett billigt och ändamålsenligt försäkringsskydd.¹²² Posners modell har vunnit stort inflytande inom rättsekonomin men anses i övrigt som kontroversiell.¹²³

4.4.3 ULHF

4.4.3.1 *Introduktion i svensk rätt*

Under de senaste årtiondena har de svenska domstolarna allt mer gått ifrån den traditionella BPF-modellen till förmån för ULHF. Det nämnda *Trappstensfallet* är belysande för denna rättsutveckling. ULHF kan emellertid redan sägas ha använts i NJA 1967 s. 164 *Dikefallet*.¹²⁴ I målet skulle VA-ledningar läggas ned genom s.k. kulvertering vid en bäck. I samband med att Kristi Himmelsfärdsdagshelgen inföll kom sedan arbetet att stå still i ett par dygn. Under denna tid inträffade ett kraftigt regnoväder varvid bäckens vattenstånd ökade och kom att svämma över. Översvämningen resulterade i sin tur i att kulverten blev fylld med vatten och att ett antal fastigheter drabbades av skada p.g.a. baktryck i avloppssystemet. Av denna anledning kom en drabbad villaägare att väcka talan mot entreprenören. I domskälen förklarade HD att risken för skada var stor och att skadorna kunde bli omfattande. Vidare fann HD att entreprenören måste ha varit medveten om dessa risker och att skadorna enkelt hade kunnat förebyggas genom vidtagande av förhållandevis enkla åtgärder. Vid en sammantagen bedömning befanns därför entreprenören vara skadeståndsskyldig

4.4.3.2 *ULHF-bedömningen*

ULHF utgår från de tre faktorerna i LHF men innehåller även en fjärde faktor; möjligheten för den som handlar att inse risken för skadan. Svaret på frågan huruvida en person borde ha handlat på ett annat vis eller inte grundas sedan på en helhetsbedömning av de fyra faktorerna.¹²⁵

4.4.3.3 *Risken för skada (Faktor 1)*

Vad beträffar risken för skada är utgångspunkten att ju större risken för skada är, desto högre krav på aktsamhet eller krav på skadeförebyggande åtgärder ställs.¹²⁶ Enligt både Andersson och Hellner och Radetzki är ULHF handlingsinriktad och utgår inte från vad följderna blev i det enskilda fallet utan fokuserar istället på vilka risker en handling allmänt sett kan med-

¹²¹ Frågan om vem av två parter som är "the cheapest cost avoider" avgörs alltså enligt LHF. Vem som är "the cheapest insurer", vilket en part kan vara även om denna inte kan förhindra skadans förverkligande, avgörs enligt Posner och Rosenfield istället genom en sammanvägning av två faktorer; kostnaden för att bedöma risken och transaktionskostnader. Med transaktionskostnader förstås kostnader för att minimera eller eliminera risken genom diversifiering via tecknande av försäkring eller självförsäkring, Posner, R.A., Rosenfield, A.M., *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, The Journal of Legal Studies, Vol. 6, No. 1 (Jan., 1977), pp. 83–118, s. 90–92 och Ullman (2006), s. 30.

¹²² Schäfer, H-B, Ott C, *The Economic Analysis of Civil Law*, Springer-Verlag 2004, s. 179, 283 och Ullman (2006), s. 30–32.

¹²³ Hellner & Radetzki (2010), s. 134 f.

¹²⁴ A.a. s. 135.

¹²⁵ A.a. s. 134.

¹²⁶ A.a. s. 134 f. och Andersson (1993), s. 273 f.

föra.¹²⁷ Andersson menar därför att culpabedömningen syftar till att värdera riskerna med en företagen handling. Att bedömningen är allmän innebär också att risken för skador på andra personer eller egendom beaktas. Det är således framkallandet av faran, eller med andra ord handlingens skadepotential, som är skadestandsgrundande.¹²⁸ Ovanstående kommer tydligt till uttryck i NJA 1996 s. 564 *Travboxen*.¹²⁹ I fallet uttalades att bedömningen av risken inte endast tar sikte på den inträffade skadan utan på risker av samma slag.¹³⁰

4.4.3.4 Den sannolika skadans storlek (Faktor 2)

Den andra faktorn tar som framgår sikte på de eventuella följderna av en risk. I svensk rätt görs inte endast en ekonomisk värdering av risken för skada utan en stor skada kan även utgöras av risk för liv eller personsador.¹³¹ Andersson menar att de två första kriterierna tillsammans tar sikte på ”faran” med en företagen handlingen och att denna, i enlighet med LHF, uppskattas genom att risken för skada multipliceras med den sannolika skadans storlek. Nyss nämnda får till följd att culpa kan anses föreligga även om t.ex. risken för skada är liten men den sannolika skadans storlek är stor.¹³²

4.4.3.5 Möjligheterna att förekomma skadan (Faktor 3)

I bedömningen av det tredje rekvisitet; möjligheterna att förekomma skadan ingår, utöver en kostnadsbedömning för vidtagandet av skadeförebyggande åtgärder, också en bedömning av de olägenheter som t.ex. ombyggnationer eller uppsättande av varningsskyltar skulle medföra.¹³³ I NJA 1995 s. 274 *Tom Crown*, som handlade om en värdefull travhäst som hade dött sedan den fastnat i ett glapp mellan en gallervägg och ett tak i en hästbox, kom HD att särskilt diskutera möjligheten till att förebygga skador. HD uttalade först att det förelåg risk för skada och att den sannolika skadan kunde bli allvarlig. Därefter anfördes att skadan enkelt hade kunnat förebyggas genom att en plankan hade spikats upp i det aktuella utrymmet som hästen fastnat i och därefter kvävts till döds i.

Angående vidtagandet av skadeförebyggande åtgärder kan anföras att en risk för personsador i allmänhet leder till ett förhöjt krav på aktsamhet.¹³⁴ Att så är fallet kommer av det i svensk skadestandsrätt även tas sociala hänsyn även om det skulle innebära en försämring av den samhällsekonomiska effektiviteten.¹³⁵

¹²⁷ Hellner & Radetzki (2010), s. 144 och Andersson (1993), s. 269.

¹²⁸ Andersson (1993), s. 269 f.

¹²⁹ Hellner & Radetzki (2010), s. 144.

¹³⁰ NJA 1996 s. 564.

¹³¹ Hellner & Radetzki (2010), s. 135 och Hellner (1976), s. 76.

¹³² Andersson (1993), s. 268 f.

¹³³ Hellner & Radetzki (2010), s. 135–137.

¹³⁴ Bengtsson & Strömbäck (2002), s. 46.

¹³⁵ Hellner & Radetzki (2010), s. 57. Jfr. även avsnitt 2.1.1.

Enligt Hellner och Radetzki kan aktssamhetskravet vidare sägas utgå från det sammanhang som skadevällaren verkat i, d.v.s. att om det finns specifika risker med en verksamhet innebär det en ökning av aktssamhetskravet.¹³⁶ Även Bengtsson och Strömbäck är av liknande uppfattning och menar att hänsyn ska tas till om en person ”handlat som en god representant för hans yrkesgrupp skulle ha gjort.”¹³⁷ Det innebär att om t.ex. en hantverkare påstås ha varit culpös ska dennes agerande jämföras med en ”normalt aktsam hantverkare” på området. Vidare innebär det även att det av hantverkaren, inom ramen för dennes profession, går att kräva mer av än av en privatperson. Nyss nämnda gäller dock endast under förutsättning att en lekman inte företagit någon skadegörande handling, som i allmänhet kräver särskild kompetens.¹³⁸ Van der Sluijs är kritisk till Bengtsson och Strömbäcks tolkning och hävdar att ett kriterium som beaktar hur folk brukar handla inte ingår i LHF och därmed inte heller i den fria culpabedömningen.¹³⁹

4.4.3.6 Skadevällarens insikt om risken för skada (Faktor 4)

Angående skadevällarens möjligheter till att inse risken för skada hänför Andersson detta rekvisit till den ”subjektiva delen” av ULHF. Enligt denna uppdelning utgör därmed de övriga tre kriterierna den ”objektiva delen”, d.v.s. de inslag i bedömningen som tar sikte på omständigheterna i sig och de rättsliga värderingarna av dessa. Den subjektiva delen fokuserar således på om den påstått culpösa personen insett risken för skada, d.v.s. dennes insikt om de tre övriga kriterierna. Enligt Andersson är även denna del av bedömningen normativ eftersom det är omöjligt att ha insikt i andras medvetande. Slutligen hävdar Andersson att de objektiva kriterierna ska kunna täckas av den subjektiva insikten för att de ska kunna beaktas i bedömningen.¹⁴⁰

Hellner och Radetzki anför att LHF inte lämpar sig särskilt väl vid culpabedömningen av en enskild skadehandling utan passar bättre vid varaktiga åtgärder.¹⁴¹ Detta avspeglar sig i bedömningen av den fjärde faktorn eftersom skadevällarens möjlighet att förutse risken för skada utgår från både den allmänna situationen och situationen i det särskilda fallet. Den förra innebär att det i vissa verksamheter krävs en allmän medvetenhet kring risker så att dessa kan upptäckas och förhindras. Den senare innebär istället att en specifik händelse kan medföra krav på särskild medvetenhet om risker.¹⁴²

¹³⁶ Hellner & Radetzki (2010), s. 144 f.

¹³⁷ Bengtsson & Strömbäck (2002), s. 46.

¹³⁸ A.a. s. 46.

¹³⁹ Van der Sluijs, s. 48.

¹⁴⁰ Andersson (2012), s. 92–95.

¹⁴¹ Hellner & Radetzki (2010), s. 134.

¹⁴² A.a. s. 135 f.

Ett fall som handlar om den ”allmänna insikten” är NJA 1976 s. 1 *Gymnastiksalsfallet*.¹⁴³ Fallet handlade om att en tonåring och några kamrater till denne olovligen tagit sig in i en gympahall och börjat leka. Efter ett tag började några av pojkarna att klättra i en rullställning med en plattform på, vilken var avsedd för att byte av takarmatur skulle kunna ske. I samband med klättringen fick tonåringen en plåtbit i ögat varvid allvarlig synskada uppstod. Den skadelidande väckte sedan talan mot kommunen p.g.a. av att den förfarit vårdslöst genom att bl.a. underlåtit att i huvudsak bevaka lokalen på ett tillfredställande sätt och genom att inte ha satt upp varningsskyltar i lokalen. HD anförde att kommunen haft ansvar för att lokalen var avstädad från byggnadsmaterial och att kommunen hade kunnat upptäcka den ifrågasvarande plåtbiten om en städare hade klättrat upp på rullställningen. Därefter uttalades dock att risken för att plåtbiten skulle orsaka skada var liten och att pojkarna olovligen hade uppehållit sig i lokalen. Vid en avvägning av kommunens underlåtenhet jämfört med dessa omständigheter kom HD sedan fram till att kommunen inte hade förfarit vårdslöst.

Enligt Hellner och Radetzki hade det varit svårt för kommunen att kunna förutse den aktuella händelsen.¹⁴⁴ Andersson är av liknande uppfattning och menar att utgången i fallet beror på att risken för att pojkarna överhuvudtaget skulle kunna ta sig in i gympahallen och därvid komma att skadas har ansetts som liten.¹⁴⁵ Likaledes kan den allmänna medvetenheten sägas ha beaktats i *Tom Crown* eftersom HD särskilt uttalade att stallägarna och stallarrendatorn bedrev kommersiell verksamhet och sysslade med professionell hästhållning varför de särskilt borde ha insett risken för skada.¹⁴⁶

NJA 1985 s. 269 *Glasdörrarna* utgör ett belysande exempel på en bedömning av ”medvetenheten i den särskilda situationen”.¹⁴⁷ I målet hade en person lidit skada sedan nödutrymningsdörrar, som utgjorde en del av ett köpcentrums glasfasad, plötsligt slagit upp. Frågan i målet var om fastighetsägaren hade varit vårdslös genom att ha underlåtit att utforma nödöppningen på ett, för förbipasserande, godtagbart sätt. HD fann att bolaget varit medvetet om att dörrarna öppnades då och då trots att inte någon nödsituation förelåg. Vidare fastslogs att det förelåg en reell risk för skada, eftersom många människor passerade förbi dörrarna varje dag, och att den sannolika skadans storlek därför kunde bli stor. Det anfördes också att bolaget underlåtit att vidta tillräckliga skadeförebyggande åtgärder som t.ex. utsättande av varningsskyltar eller ombyggnation av dörrarna. Vid en sammantagen bedömning befanns därefter bolaget vara skadeståndsskyldigt. Dahlman menar att det inte finns något i målet som tyder på att kons-

¹⁴³ Hellner & Radetzki (2010), s. 136.

¹⁴⁴ A.a. s. 136.

¹⁴⁵ Andersson (1993), s. 474.

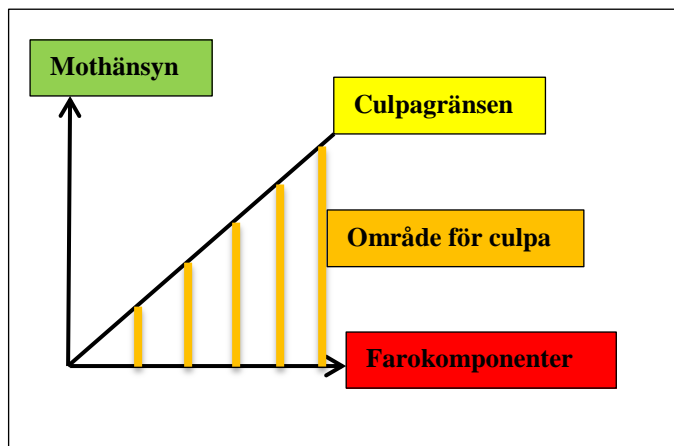
¹⁴⁶ NJA 1995 s. 274.

¹⁴⁷ Hellner & Radetzki (2010), s. 136.

truktionen av nödutrymningsdörrarna skulle avvika från den ”normala aktsamheten” eftersom dörrarna var utförda i enlighet med gällande byggregler. Trots detta kom HD fram till att fastighetsägaren inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att undvika skadan.¹⁴⁸

4.4.3.7 Sammanvägningen av de fyra faktorerna

Frågan av om en skadevållare borde handlat på annat sätt avgörs genom en helhetsbedömning där de fyra ovan presenterade rekvisiten vägs mot varandra. Förutom att kostnader för skadeförebyggande åtgärder vägs gentemot risken för skada avgörs om de specifika omständigheterna motiverade att skadevållaren borde vidtagit skadeförebyggande åtgärder.¹⁴⁹ Andersson menar att såväl bedömningen av den ”objektiva delen”, d.v.s. faktor ett till tre, som bedömningen av den ”subjektiva delen”, d.v.s. den fjärde faktorn, är normativ. Sammanvägningen syftar därför till att utröna vilken aktsamhetsstandard som bör krävas.¹⁵⁰ I denna avvägning, som sker inom den s.k. *ansvarsgrunden*, beaktas således ”farokomponenterna” och omständigheter som talar mot att ansvar ska åläggas d.v.s. ”mothänsyn” i form av ansvarsfrigrunderna och eventuella friskrivningar.¹⁵¹ Inom ramen för denna avvägning kan hänsyn även tas till risker som måste tolereras i samhället, som t.ex. en handlings nytta.¹⁵² Ju större faran är desto starkare mothänsyn behövs för att skadevållaren ska komma över culpagränsen och på så vis hamna över området för culpa. I värderingen kan också rekvisit för t.ex. grov culpa beaktas. Ett sådant hänsynstagande leder till en ökning av farokomponenter, dessa medför i sin tur att högre krav ställs på förekomsten av mothänsyn för att skadevållaren ska komma över den s.k. *culpagränsen*.¹⁵³ Modellen kan illustreras genom nedanstående bild:



¹⁴⁸ Dahlman (2000), s. 59.

¹⁴⁹ Hellner & Radetzki (2010), s. 134 f.

¹⁵⁰ Andersson (2012), s. 92.

¹⁵¹ Se avsnitt 3.1.

¹⁵² Andersson (2012), s. 107 f.

¹⁵³ A.a. s. 103–105 och 120.

I t.ex. NJA 1996 s. 118 *Ni-li-fallet* tillmätte HD förhållandet, att de handlande varit medvetna om risken för skada, betydelse för bedömningen av om grov vårdslöshet förelegat.¹⁵⁴ Fallet handlade om att en brand hade uppkommit i en lokal i samband med s.k. heta arbeten varvid omfattande skador uppstod. Orsaken till branden var att gnistor från en skärbrännare, i samband med demontering av ett kylaggregat, antänt brandfarliga rivningsmassor som de aktuella hantverkarna underlätit att täcka över. Vidare hade arbetarna innan arbetets utförande varken sett till att det fanns någon brandslang på plats eller kontrollerat att två framdragna brandsläckare fungerade. I fallet väckte beställarens egendomsförsäkringsbolag Skandia talan mot utföraren Ni-li och yrkade på skadestånd med stöd av att 2 kap. 1 § alternativt enligt 3 kap. 1 § SkL. I sin prövning fann HD att det fanns en hög brandrisk och att den sannolika skadans storlek var stor eftersom det förvarades värdefull egendom i de aktuella lokalerna. Vidare uttalades att arbetarna underlätit att vidta tillräckliga skadeförebyggande åtgärder och risken för brand måste ha framstått som uppenbar. Med hänsyn till att det rörde sig om yrkesmässig verksamhet befanns sedan Ni-li ha agerat grovt vårdslöst.

NJA 1958 s. 46 *Potatisfallet* utgör ett exempel på ett fall där en renodlad nyttoavvägning ser ut att ha gjorts.¹⁵⁵ I fallet åtalades en lantbrukare för vårdslöshet i trafik sedan denne framfört en transport med nykokt potatis på en allmän väg. Potatisångan medförde nedsatt sikt som i sin tur fick till följd att en personbil kolliderade med traktorekipaget. I domskälen uttalade HD bl.a. att ifrågakvarande transporter var nödvändiga för ortens lantbrukare och att de därför fick tålas varför utgången helt sonika blev att lantbrukaren befriades från både straff- och skadeståndsrättsligt ansvar och att bilisten istället befanns ha varit vårdslös i trafik.

Hellner och Radetzki menar att fallet visar på lantbrukaren haft svårt att vidta skadeförebyggande åtgärder i situationen. Ovanstående medför att fallet har litet värde som prejudikat eftersom en handlingens nytta i princip aldrig kan försvara en handling som medfört personskador.¹⁵⁶ Andersson vänder sig mot denna förklaring och menar att HD:s accepterande av den risk, som transporten gav upphov till, måste förklaras utifrån något annat än omöjligheten av att vidta ett alternativt handlande; nämligen handlingens nyttovärde. Domslutet ger enligt denne i själva verket uttryck för att HD vägt handlingens nytta kontra riskerna med den och funnit att nyttan utgjort ett mothänsyn som uppvägt risken med handlingen.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Hellner & Radetzki (2010), s. 150.

¹⁵⁵ Andersson (2012), s. 109 f. och Andersson (1993), s. 273–275.

¹⁵⁶ Hellner & Radetzki (2010), s. 140.

¹⁵⁷ Andersson (2012), s. 109 f. och Andersson (1993), s. 273–275.

4.5 Övrig ULHF-praxis

4.5.1 Inomobligatoriska fall

4.5.1.1 Praxis i Högsta domstolen

Ett nyare inomobligatoriskt fall är det nämnda *Diskmaskinsfallet*.¹⁵⁸ Vid ULHF-bedömningen fann HD att risken för att slangen skulle släppa var liten, att det hade varit enkelt att stänga av kranen och att det inte hade kostat något för hyresgästen. HD kom därutöver fram till att den sannolika skadan var stor och att hyresgästen måste ha insett detta. Vidare uttalades att inte hade någon betydelse att en avstängning av vattnet inte kunde förhindra samtliga tänkbara olyckor. I fallet gjorde HD även en bedömning av förekomsten av försäkringar, d.v.s. en hänvisning till ”the cheapest insurer”, men fann att detta inte spelade någon roll i sammanhanget eftersom hyresgästen hade en hemförsäkring. Vid en sammantagen bedömning ansågs där- efter hyresgästen ha förfarit vårdslöst. Enligt van der Sluijs visar hänsynstagandet till förekomsten av försäkringar på att denna bedömning numera allmänt ingår i culpabedömningen.¹⁵⁹ Andersson menar istället att HD:s bedömning visar på att ”the cheapest insurer” inte fungerar när den väl provas i praktiken. Att så är fallet kommer av att om hänsynstagandet till försäkringar skulle få en större roll, skulle skadeståndsrätten på sikt kunna avskaffas helt och hållet. Ovanstående konsekvens kommer av att en skadevällare då alltid skulle kunna komma undan genom att hänvisa till motpartens försäkring.¹⁶⁰

Andersson menar dock att fallet som helhet utgör ett belysande exempel på ULHF och att de är tydligt att HD:s bedömning grundats på en normativ värdering av vilka nivåer av risktagande som för närvarande accepteras i samhället.¹⁶¹ Den omständigheten att folk i allmänhet inte stänger av kranar och liknande” betyder [dock] inte att det är rättens värdering att detta faktiskt vanliga också är i enlighet med rättens normativa krav.”¹⁶² Vidare hävdas att fallet visar på att culpanormen utgör ”en avvägningsnorm för risker och mothänsyn, och inte en i förväg angiven fast handlingsregel eller karakteristik av det moraliskt goda eller det faktiskt vanliga.”¹⁶³ Samtidigt måste graden av aktsamhet läggas på en sådan nivå att den stora massan kan rätta sig efter denna, i annat fall uppstår s.k. ”överprevention”.¹⁶⁴

Van der Sluijs är istället kritisk till HD:s bedömning och menar att domstolen vid prövningen av hyresgästens möjligheter att förekomma skadan även borde ha vägt in hyresgästens skyl-

¹⁵⁸ Se avsnitt 1.1.

¹⁵⁹ Van der Sluijs, s. 51

¹⁶⁰ Andersson (2012), s.141.

¹⁶¹ A.a. s. 120.

¹⁶² A.a. s. 142.

¹⁶³ A.a. s. 143.

¹⁶⁴ Andersson, H, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten – Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer Bok 1*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2013, s. 120.

dighet att ständigt planera in diskprogrammet så att maskinen inte lämnas med vatten påslaget. Vid ett sådant beaktande hade domslutet enligt van der Sluijs sannolikt blivit annorlunda.¹⁶⁵ Andersson jämför HD:s uttalande om att det inte spelade någon roll att en avstängning inte kunnat förhindra samtliga olyckor med den rättsliga grunden *casus mixtus cum culpa*. Principen innebär att en inträffad olycka, som uppstått p.g.a. ett faroskapande handlande, inte kan ursäktas med att det faroskapande beteendet inte varit den utlösande faktorn.¹⁶⁶

Ett annat fall där oaktsamhetsbedömningen aktualiserades är NJA 2013 s. 271 *Peabfallet*. I fallet hade ett vattenkraftverk under uppförande drabbats av översvämningsskador genom att vatten pumpats in redan fyllda bassänger. Orsaken till översvämningen var att en pump i en grundvattentäckt slagits på och att ventiler som ledde vatten in till bassängerna hade lämnats öppna. I samband härmed uppstod skador på en underentreprenörs arbeten. Peab var generalentreprenör och i fallet väckte underentreprenörens försäkringsbolag Zurich talan mot Peab. Som grund anfördes i första hand att Peab ansvarade för skadan oberoende av vållande enligt kap. 5 § 4 AB 92¹⁶⁷ och i andra hand anfördes att Peab orsakat den inträffade skadan genom vårdslöshet. Zurich åberopades att Peab haft ansvar för att se till att ventilerna stängdes av efter att den första vattenuppfyllningen, i samband med en funktionskontroll, gjorts och att det hade varit enkelt att åtgärda. Vidare påstods Peab agerat vårdslöst och icke fackmannamässigt genom att ha underlåtit att ta bort en plyfa-skiva, som täckte ett bräddavlopp till luftningsbassängen, vilket medförde att avloppet inte fungerade. Peab bestred båda yrkandena.

HovR:n förklarade först att det saknades stöd för att ge bestämmelsen i kap. 5 § 4 AB 92 den innebörd som Zurich hävdade, varför HovR:n övergick till att pröva andrahandsyrkandet. HovR:n fann att en bedömning enligt ULHF skulle göras eftersom det saknades vägledning på området och att riskbedömningen, i enlighet med *Travboxen*, inte bara skulle fokusera på den inträffade skadan utan istället ta sikte på risker av samma slag. Härefter fastslogs att risken för att vatten skulle strömma in i kraftverket var liten men att den sannolika skadans storlek var stor. Det uttalades också att Peab hade kunnat förekomma skadan relativt enkelt genom att stänga ventilerna och ta bort plyfa-skivan. Angående detta rekvisit uttalades särskilt att bedömningen skulle ske med beaktande av hur en normalt aktsam person med fackkunskaper hade agerat i samma situation. Eftersom HovR:n fann att det inte gick att fastställa vad som var ett ”normalt aktsamt beteende” kom dock talan att lämnas utan bifall.

HD meddelade därefter prövningstillstånd angående förstahandsyrkandet. I sin prövning uttalade HD att bestämmelsen tar sikte på att fördela risken mellan parterna och att den därmed

¹⁶⁵ Van der Sluijs, s. 48.

¹⁶⁶ Andersson (2012), s. 137 f.

¹⁶⁷ Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader 1992.

inte i sig innebär någon rätt till påföljd. Avslutningsvis lämnades talan utan bifall och HovR:ns domslut kom därmed att fastställas.

4.5.2 Utomobligatoriska fall

4.5.2.1 Praxis i Högsta domstolen

I NJA 1998 s. 617 *Lantbruksfallet* hade makarna L anlitat en entreprenör med en traktor-grävare, G.L, i syfte att för lantbruksändamål luckra upp markytan varvid en telekabel tillhörig Televerket grävdes av. I målet väckte Televerket talan mot såväl makarna L som G.L. Som grund anfördes att makarna förfarit vårdslöst genom att G.L tillåtits utföra grävarbetena utan att iaktta bestämmelser i ett ledningsrättsbeslut. Innebörden av beslutet var att kabelanvisning skulle begäras av Televerket i samband med grävarbeten. Vidare hävdades att G.L förfarit vårdslöst genom att inte själv ha begärt kabelanvisning och att inte ha iakttagit gällande föreskrifter för grävarbeten. Makarna L och G.L bestred talan. G.L anförde härvid att han inte förfarit vårdslöst eftersom han endast utfört jordbruksarbete och inte något egentligt grävningsarbete och att han därför inte varit skyldig att begära kabelanvisning.

I HD gjordes oaksamhetsbedömningen efter ULHF och det fastslogs att risken för skada vid grävningen var liten och att den sannolika skadan var stor. Möjligheterna att förekomma skadan var också stora p.g.a. att kabelanvisning kostnadsfritt hade kunnat begäras. HD uttalade sedan att G.L kände väl till institutet kabelanvisning och att maken O.L också måste ha varit medveten om risken för att kabeln kunde grävas av. Vid en sammantagen bedömning ansågs därför parterna ha förfarit vårdslöst varvid de förpliktades att solidariskt utge skadestånd.

I *Landskronafallet* hade en psykiskt sjuk flicka, M, tänt eld på Åhléns och Hemköps lokaler i Landskrona, vilket medförde betydande skador. I fallet var flickan omhändertagen av Landskrona kommun enligt lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU), men tillfälligt placerad i sin mammas hem trots att flickan vid ett flertal tillfällen tidigare ”rymt” därifrån och då bl.a. anlagt bränder. I fallet var frågan huruvida käranden If och Zurich kunde åberopa att kommunen, genom placeringen av M i hemmet, åsidosatt tillsynsplikten i 11 § st. 4 LVU och därigenom agerat försumligt. HD började med att fastslås att det för skadeståndsskyldighet krävdes att kommunen åsidosatt en norm till förmån för tredje man. Därefter anfördes att kommunens placeringsbeslut inte i sig var skadeståndsgrundande eftersom LVU inte hade till ändamål att tillförsäkra tredje man något skydd. HD uttalade dock att en vårdnadshavare och även andra som tar hand om ett barn har en skadestånds-sanktionerad tillsynsplikt över barnet enligt 6 kap. 2 § föräldrabalk (1949:381). Plikten åvilade även socialnämnden när M placerades i hemmet. HD fann även det vara styrkt att placeringen i hemmet innebar en risk, eftersom M var rymningsbenägen och att stora skador

sannolikt kunde bli följderna om inte M övervakades noggrant. Vidare kom HD fram till att socialnämnden måste ha varit medveten om risken. Angående vidtagandet av skadeförebyggande åtgärder fann HD att situationen motiverade att socialnämnden även i tredje mans intresse övervakade M så att eventuella bränder kunde förhindras.¹⁶⁸ HD gick sedan in på ett resonemang kring underlåtenhetsansvar och fastslog att i fall som det förevarande:

”[B]ör 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 *bevislättning* för den skadelidande som en viss handlingsdirigerande effekt.” (Min kursivering).¹⁶⁹

Mot bakgrund av detta uttalande fastslog sedan HD att bevislättningsregeln innebar att käranden endast hade att styrka vad som var ett tänkbart och passande farobegränsande handlande. Vidare uttalades att den omständigheten att ett lämpligt beteende även innebar att det fick anses vårdslöst att inte handla i enlighet med detta innebar att ”frågorna om kausalitet och oaktsamhet överlappa[de]. Det medför[de] också att bedömningen f[ick] normativa drag.”¹⁷⁰ Därefter förklarades att det var käranden som hade att visa sådana faremotverkande åtgärder. Beträffande denna del fann HD att utredningen inte gav stöd för kärandens påstående om att det funnits en möjlighet för socialnämnden att införa en lämplig uppsiktsordning över M, som påtagligt skulle ha motverkat farans förverkligande. Enligt HD berodde det på att socialnämnden inte dokumenterat vilka åtgärder som kunde och borde ha utförts för att förhindra förverkligandet av faran. HD uttalade härefter att frågan om ett beslut var oaktsamt eller inte skulle bedömas utefter huruvida det fattats utefter en god metodologisk ordning eller inte. Enligt HD utgjorde ett beslut som fattats i en sådan ordning en presumtion för att faran inte hade förverkligats. Sedan fastslogs att socialnämnden inte utvärderat situationen på det sätt som krävdes och socialnämndens uppsikt därmed varit otillräcklig. På så vis befanns kraven på oaktsamhet, kausalitet och adekvans vara uppfyllda, vilket innebar att skadestånd dömdes ut.

Enligt Nydrén utgör HD:s bedömning och tillämpning av en ny sorts presumtionsregel en slags ”nödlösning” eftersom omständigheterna i fallet, trots att käranden inte lyckats styrka att kommunen underlåtit att vidta skademotverkande åtgärder, faktiskt tydde på att kommunen haft möjligheter att vidta sådana åtgärder.¹⁷¹

¹⁶⁸ NJA 2013 s. 145 p. 37.

¹⁶⁹ NJA 2013 s. 145 p. 42.

¹⁷⁰ NJA 2013 s. 145 p. 43.

¹⁷¹ Nydrén, B, ”Landskrona-domen” av Högsta domstolen – ett skadeståndsrättsligt landmärke, Ny Juridik 2:13, Karnov Group Sweden AB 2013, s. 15 f.

4.5.2.2 Hovrättspraxis

I T 620-12¹⁷² *Brandkårsfallet* var frågan om brandförsvaret i Umeå varit vårdslöst genom att inte vidtagit tillräckliga åtgärder vid eftersläckning av en kastrullbrand i ett flerbostadshus. I fallet hade en ny brand uppstått sedan eld från kastrullbranden lyckats sprida sig upp i lägenhetens im- och ventilationskanal och antänt sågspånsisolering på husets vind. Branden medförde att fastigheten totalförstördes. I fallet väckte Folksam talan mot Umeå kommun och hävdade att brandförsvaret varit försumligt vid eftersläckningen och att kommunen därför ansvarade enligt 3 kap. 1 § respektive 2 § SkL. Kommunen bestred och anförde att brandförsvaret inte haft någon skyldighet att söka efter brandhärdat på vinden. Det påstods även att ventilationskanalen var felaktigt utförd och att den därmed inte uppfyllde gällande brandskydds krav. I sin utveckling av talan hänvisade Folksam till ULHF som utgångspunkt för oaktsamhetsbedömningen och att brandförsvaret borde ha vidtagit mer omfattande eftersläckningsåtgärder. Kommunen svarade med att hänvisa till att den företagna riskbedömningen baserades på brandmännens utbildning och erfarenhet och att denna varit normal.

HovR:n fann att det saknades specificerade handlingsnormer på området och att en tillämpning av ULHF i enlighet med *Trappstensfallet* skulle göras. HovR:n uttalade att risken för att brand skulle uppstå på vinden inte var högre än normalt, att den sannolika skadan var stor och att det hade varit lätt och inte särskilt kostsamt för brandförsvaret att förekomma skadan. Beträffande brandmännens möjlighet att inse risken för skada hänvisades till Hellner och Radetzki och att culpabedömningen i detta avseende skulle utgå från vad som kan krävas av ett ”normalt skickligt brandlag”. Vid denna genomgång fann HovR:n att möjligheterna att inse risken för branden på vinden var liten och att talan därför skulle lämnas utan bifall.

4.5.3 Fall som grundas på både inom- och utomobligatorisk rätt till skadestånd

I RH 2007:26¹⁷³ *Spisplattan* väckte If talan mot ett bolag (K.K) och yrkade att bolaget skulle förpliktigas att utge skadestånd. Som grund anfördes att en brand som bröt ut i K.K:s lokaler 2002 hade vållats av anställda eller företrädare för bolaget. Vårdslösheten bestod i att K.K underlåtit att se till att spisplattor på ett tridentkök inte stängts av vid lokalens lämnande. Underlåtenheten hade fått till följd att en vattenkokare, som stod på spisen, fattat eld. Branden kom sedan att sprida sig varvid omfattande skador uppstod i såväl den aktuella lokalen som i närbelägna lokalhyresgästers lokaler. I målet hade If övertagit både fastighetsägarens och de drabbade hyresgästernas rätt till att kräva skadestånd av K.K. Eftersom relationen till hyresvärden var kontraktsrättslig yrkade If i denna del på att bolaget förfarit försumligt enligt 12 kap. 24 § st. 1 JB och enligt 3 kap. 1 § SkL. Beträffande de drabbade hyresgästerna grundades

¹⁷² Hovrätten för Övre Norrlands dom 2013-10-03.

¹⁷³ Mål T 4760-05, Hovrätten för Västra Sveriges dom 2006-03-08.

istället kravet på 2 kap. 1 § respektive 3 kap. 1 § SkL. K.K bestred och hävdade att bolaget aldrig använt de aktuella spisplattorna men att de kunde ha satts på av misstag och att bolaget haft som rutin att stänga av elektriska apparaterna i köket.

HovR:n fann att risken att för att den aktuella spisplattan skulle vara påslagen måste ha framstått som liten för den ur K.K:s personal som sist lämnade lokalen bl.a. mot bakgrund av att det var styrkt att spisplattorna aldrig tidigare hade använts. Vidare fastslogs att det fick anses vara normalt aktsamt att den anställda fokuserade på att se till att de elektriska apparater som var i bruk var utdragna. HovR:n anförde också att spisen sannolikt satts igång av misstag. Beträffande den anställdes insikt uttalades att denne inte haft anledning att förutse att brand skulle kunna uppkomma och att det inte kunde begäras att det särskilt kontrollerades att spisplattorna var avstängda. Vid en sammantagen bedömning befanns därefter K.K inte förfarit vårdslöst.

4.6 Användning av LHF i dansk, norsk och tysk rätt

4.6.1 Dansk rätt

BPF-normen var tidigare utgångspunkten i dansk rätt men anses numera ha övergivits. Som skäl anges bl.a. att BPF utgår från hur människor beter sig rent statistiskt och att domstolarna ändå kan välja att underkänna en sedvana. Istället hävdas att culpa är ett normativt begrepp. Vidare anføres att BPF inte fungerar i dagens allt mer specialiserade samhälle. Den moderna danska culpabedömningen grundas istället på en objektiv värdering av ett handlande eller en underlåtenhet att handla. Konkret utgår bedömningen utifrån aktsamhetsnormer uttryckta i lag, med lagen som grund, genom praxis eller i form av preciserade sedvanor.¹⁷⁴

Enligt von Eyben och Isager är det tydligt att culpabedömningen grundas på LHF-kriterierna. Det innebär att den praktiska frågan därför ofta endast blir om en skadevållare följt en föreskrift eller sedvana eller inte. Hänsyn kan också tas till andra faktorer varför culpabedömningen således grundar sig på en helhetsbedömning av situationen, även om LHF-kriterierna står i förgrunden. Vidare kan en skadas storlek även värderas i annat än ekonomiska medel. Vad angår skadevållarens insikt om LHF-kriterierna anføres att dessa ger uttryck för en objektiv bedömning och att skadevållarens medvetenhet därför är av underordnad betydelse även om den kan komma att beaktas.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Von Eyben, B, Isager, H, *Lærebog i erstatningsret*, 6 uppl, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 2007, s. 64–67.

¹⁷⁵ A.a. s. 81–84.

4.6.2 Norsk rätt

Angående norsk rätt anför Lødrup att den praktiska culparegelns tillämpning i princip grundas på en variant av BPF eftersom aktsamhetskravet ofta grundas på en normativ avvägning. Utgångspunkten är att oaktsamhet anses föreligga om en skadevållare avviker från vad som bör kunna krävas av en normalt aktsam person inom ett specifikt område. I bedömningen beaktas dock även sedvanan på området, i form av det handlingsätt som omgivningen förväntar, och normalt sätt utgår inte ansvar om denna följts.¹⁷⁶

Lødrup menar att oaktsamhetsbedömningen i huvudsak är objektiv och sker genom en samlad värdering av följande faktorer: skrivna aktsamhetsnormer, praxis, sedvanan på området, risken för skada och vad skadevållaren borde ha gjort för att undvika skadan. LHF kommer in i bilden genom att det hävdas att ovanstående faktorer har sin tyngdpunkt i; risken för skada, storleken på de eventuella skadorna och skadevållarens möjligheter till att kunna ha agerat annorlunda och förhindrat skadan. Vidare tas även hänsyn till vilka kunskaper skadevållaren borde haft. Utöver ovanstående hävdas att aktsamhetsfrågan slutligen avgörs genom en avvägning mellan skadelidandens och skadevållarens intressen.¹⁷⁷ Enligt denna modell kan en allvarlig skada utgöras av t.ex. ett människoliv.¹⁷⁸

4.6.3 Tysk rätt

I tysk rätt är utgångspunkten att oaktsamhet föreligger om en person överskridit en nivå av vad som är ”normalt aktsamt”. En påstådd skadevållare blir således endast ansvarig om skadan kunnat undvikas och att skadevållaren underlåtit att vidta åtgärder för att hindras skadans förverkligande.¹⁷⁹ Beträffande aktsamhetsnivån menar Schäfer och Ott att tyska domstolar i regel baserar denna på en objektiv avvägning av den fara handlingen medför, förväntade skadekostnader och den grad av försiktighet som handlingen påkallar. Det tas vidare ingen hänsyn till individuella förhållanden på skadevållarens sida. Bedömningen är dock normativ eftersom syftet är att skapa en norm som individer kan ta hänsyn till, d.v.s. en sedvana på det aktuella området. En uppdelning görs också i *normativ* och *objektiv* oaktsamhet. Den förra tar sikte på att en aktsamhetsnivå måste sättas i proportion till nödvändigheten av en skadeorsakande handling. Den senare innebär istället att risken för skada måste vägas mot kostnaderna för dess undvikande. Vid bedömningen av den objektiva oaktsamheten beaktas också skadelidandes möjligheter till att själv ha kunnat undvika skadan. Eftersom bedömningen syftar till att utmejsla lämpliga aktsamhetsnivåer kan en skadevållare inte undgå ansvar

¹⁷⁶ Lødrup, P, *Lærebok i erstatningsrett*, 6 uppl, Gyldendal Norsk Forlag AS Oslo 2009, s. 131.

¹⁷⁷ A.a. s. 130–134.

¹⁷⁸ A.a. s. 141 och 144.

¹⁷⁹ Schäfer & Ott, s. 134 och 136.

genom att hänvisa till att kostnaderna för skadeförebyggande åtgärder översteg den skadelidandes skada.¹⁸⁰

En annan viktig del är hänsynstagande till skadans förutsebarhet, vilken får betydelse för skadevållarens möjligheter att vidta skadeförebyggande åtgärder eftersom sådana endast kan vidtas om risken är upptäckbar. Vid bedömningen tas hänsyn till hur stora ansträngningar skadevållaren gjort för att ta reda på riskerna med en aktivitet. Slutligen görs även en uppdelning av aktsamheten i två delar; *intern* respektive *extern* aktsamhet. Den förstnämnda tar hänsyn till skadevållarens individuella och subjektivt begångna fel medan den senare tar sikte på den grad av aktsamhet som en viss aktivitet påkallar. Enligt Schäfer och Ott räcker det dock med att ett krav på extern aktsamhet inte uppfyllts för att skadestånd ska kunna utgå.¹⁸¹

¹⁸⁰ Schäfer & Ott, s. 138.

¹⁸¹ A.a. s.140 och 142.

5 Analys

5.1 Användning av BPF i svensk rätt

Av den företagna genomgången framgår att såväl Hellner och Radetzki som Bengtsson och Strömbäck hävdar att *personlighetsmodellen*¹⁸² anses ha utgått från svensk rätt och att det idag istället är *sedvanemodellen*¹⁸³ som används i domstolarna.¹⁸⁴ I framställningen har också visats att både Karlgren och Hellner tidigt ansåg att personlighetsmodellen var intetsägande och olämplig som aktsamhetsmodell.¹⁸⁵ Dahlmans uppfattning är dock att personlighets- och sedvanemodellen kompletterar varandra eftersom de enligt honom inte går att särskilja. Att modellerna är svåra att hålla isär är även jag beredd att hålla med om vilket inte minst Thyrens förklaringsmodell om att en BPF formas av sin tids och sitt folks uppfattning är ett exempel på. Nyss nämnda skulle nämligen även kunna uppfattas som ett uttryck för att en BPF:s egenskaper baseras på sedvanan på ett område.¹⁸⁶ Att det är svårt att skilja förklaringsmodellerna åt kommer även till uttryck genom domstolarnas motiveringar brukar vara sparsamma i fall där culpabedömningen inte gjorts efter ULHF. Vidare finner jag Dahlmans uttalande om att domstolarna vid användande av *personlighetsmodellen* tenderar till att ta hänsyn till hur människor faktiskt handlar, och inte hur de borde handla på ett område, vara förvirrande. Skälen till detta är att om domstolarna tar hänsyn till hur människor faktiskt handlar på ett område gör de enligt min uppfattning i själva verket en sedvanebedömning.

Dahlmans uppfattning om att modellerna kompletterar varandra öppnar upp i vilket fall upp för att personlighetsmodellen fortsatt skulle kunna bli tillämplig i situationer där någon sedvana inte går att fastställa, alternativt där en sådan finns men anses vara olämplig. Det anförda står dock i kontrast mot Hellner och Radetzkis respektive Bengtsson och Strömbäcks uppfattning om att det idag istället är ULHF som blir tillämplig när en sedvana inte existerar eller ger vägledning.¹⁸⁷ Mot bakgrund av vad som framkommit i praxis och att Hellner och Radetzkis och Bengtsson och Strömbäcks uppfattning får anses vara den härskande i sammanhanget anser jag att gällande svensk rätt emellertid innebär att *personlighetsmodellen* inte längre används.¹⁸⁸

¹⁸² Se modell A i bilaga 1: Olika modeller för oaktamhetsbedömningen.

¹⁸³ Se modell B i bilaga 1: Olika modeller för oaktamhetsbedömningen.

¹⁸⁴ Se avsnitt 4.1.

¹⁸⁵ Se avsnitt 4.2.3.

¹⁸⁶ Jfr. avsnitt 4.2.1.

¹⁸⁷ Se avsnitt 4.1.

¹⁸⁸ Jfr. avsnitt 1.1.

5.2 Betydelsen av om BPF eller ULHF används i den inom- och utomobligatoriska culpbedömningen

5.2.1 Grundläggande skillnader mellan BPF och ULHF

Vad beträffar frågan om det blir någon skillnad om BPF eller ULHF används i culpabedömningen gäller till en början följande. Som visats tar culpabedömningen sin utgångspunkt i vållanderegeln i 2 kap. 1 § SkL och av 1 kap. 1 § SkL följer att lagen kan tillämpas i såväl inom- som utomobligatoriska förhållanden.¹⁸⁹ Vad gäller de objektiva ansvarsförutsättningarna är dessa gemensamma oavsett om BPF eller ULHF används vid oaktsamhetsbedömningen. Det är först vid konstaterandet av om de subjektiva förutsättningarna är uppfyllda som det uppstår skillnader beroende på om domstolarna gör bedömningen efter ULHF eller BPF. En första uppenbar skillnad består i att modellerna används i olika situationer. Enligt vad som ovan konstaterats vara gällande rätt utgår oaktsamhetsbedömningen från följande rangordning: lag, föreskrifter, praxis och sedvänja.¹⁹⁰ I fall där det inte går att finna vägledning i någon aktsamhetsnorm är den rådande uppfattningen att ULHF, efter modellens inträde i *Dikefallet* och *Trappstensfallet*, ska användas som bedömningsmodell.¹⁹¹ Vad angår tillvägagångssättet vid culpabedömningen skiljer sig också modellerna åt. Såsom ovan fastslagits är utgångspunkten, beträffande BPF, i svensk rätt idag att en person anses vara culpös om denne inte levt upp till en *etablerad* och *precis* aktsamhetsnorm inom ett visst område som t.ex. inom sjukvården. Omvänt blir en skadevållare ansvarsbefriad om han levt upp till en sådan vilket var fallet i *Hästhagen*.¹⁹² Vid användning av ULHF¹⁹³, som grundas på Hands modell för oaktsamhetsbedömningen; LHF¹⁹⁴, avgörs istället aktsamhetsfrågan genom en sammanvägning av rekvisiten risken för skada, den sannolika skadans storlek, möjligheterna att förekomma skadan och skadevållarens insikt om risken för skada.¹⁹⁵ För att kunna utröna vad de närmre skillnaderna vid en användning av BPF respektive ULHF i culpabedömningen blir krävs att tidigare anförd praxis analyseras.

5.2.1.1 BPF-praxis

En generell bedömning av de olika rättsfallen, där BPF använts i culpabedömningen, ger vid handen att domstolarna i de flesta av fallen inte gjort någon uttrycklig hänvisning till BPF eller sedvanan. Emellertid kan resultatet av bedömningarna, i enlighet med Bengtsson och Strömbäcks uppfattning, ses som ett fastställande av om den påstådde vållaren levt upp till

¹⁸⁹ Se avsnitt 3.1.

¹⁹⁰ Se avsnitt 5.1.

¹⁹¹ Se avsnitt 4.1.

¹⁹² Se avsnitt 4.2.2.2

¹⁹³ **Se modell D i bilaga 1: Olika modeller för oaktsamhetsbedömningen.**

¹⁹⁴ **Se modell C i bilaga 1: Olika modeller för oaktsamhetsbedömningen.**

¹⁹⁵ Jfr. avsnitt 4.4.2 och 4.4.3.

sedvanan på området eller inte.¹⁹⁶ I t.ex. *Revisorfallet* befanns revisorn underförstått inte ha levt upp till en ”normalt aktsams revisors” aktsamhetsnivå varför denne ansågs ha handlat vårdslöst enligt skadeståndsbestämmelserna i aktiebolagslagen. HD:s culpabedömning i *Värderingsintygsfallet* är också talande för domstolarnas spartanska motivering angående aktsamhetsfrågan i BPF-fallen. I fallet fastslog nämligen HD direkt att den aktuella värderingsmannen övervärderat fastigheten och att han därmed hade agerat vårdslöst. Ovanstående fall behandlar samtliga professionsansvaret vilket innebär att även om någon direkt hänvisning inte har gjorts har HD följaktligen funnit att vare sig revisorn eller värderingsmannen levt upp till de yrkesetiska normerna på respektive område.¹⁹⁷

Av det presenterade materialet följer att *Radscanfallet* skiljer sig från det andra entreprenadfallet i framställningen; *Peabfallet* genom att oaktsamhetsbedömningen i det ifrågavarande fallet grundats på *sedvanemodellen*. I fallet fann domstolen att tillståndet för de heta arbetena inte efterlevts, vilket räckte för att fastslå att utföraren förfarit vårdslöst vid utförandet av arbetena. Fallet visar på vilken styrka en föreskrift kan tillmätas såsom sedvana på ett område. Anledningen till att reglerna för ”heta arbeten” tillmätts en sådan status är antagligen att föreskrifterna uppkommit eftersom heta arbeten i form av svetsning eller skärbränning är särskilt riskfyllda verksamheter. Det kan därför antas att domstolarna funnit föreskrifterna uppställa försvarliga aktsamhetskrav för utförare av sådana arbeten. Utifrån Dahlmans terminologi kan dessa följaktligen sägas vara ”adekvata” och kan därmed tillmätas vikt även utanför det aktuella området.¹⁹⁸ *Ni-li-fallet* visar dock på att förekomsten av en stark sedvana, även här i form av regler för heta arbeten, inte utgör något hinder mot att en ULHF-bedömning kan komma att göras.¹⁹⁹ Tvärtom ser användandet av ULHF-modellen i fallet, där hänsyn särskilt togs till i vilket sammanhang arbetet utfördes i d.v.s. i yrkesmässig verksamhet, blivit avgörande för bedömningen av om arbetarna handlat grovt vårdslöst. Mer precist är det troligt att HD:s hänsynstagande till i vilket sammanhang skadevållarna verkade i blev avgörande för bedömningen av det fjärde rekvisitet. Arbetarna måste helt enkelt ha varit medvetna om att risken för skada var stor och att de, genom inte ha gjort tillräckligt för att förekomma skadan, därmed förfarit grovt vårdslöst.

I *Bostadshyresgästerna*, där frågan var om hyresvärden levt upp till de vid tidpunkten aktuella byggnormerna vid renovering och senare sanering av ett badrum, är det tydligt att sedvanan fått en avgörande betydelse för utgången. HD:s bedömning visar på vikten av att ett påstått skadeståndsgrundande handlande jämförs med aktsamhetsnormerna vid tiden för dess

¹⁹⁶ Se avsnitt 1.1.

¹⁹⁷ Jfr. avsnitt 4.2.4.

¹⁹⁸ Se avsnitt 4.2.2.2.

¹⁹⁹ Se avsnitt 4.3.7.3.

utförande. I det konkreta fallet ledde bedömningen följaktligen till att hyresvärden ansågs ha uppfyllt kraven i de aktuella byggnormerna vid reoveringen och den senare saneringen av lägenheten varför käromålet ogillades. Fallet sticker ut genom att svaranden undslapp ansvar trots att HD uttryckligen uttalade att det inte fanns skäl att ifrågasätta att kändaren lidit personskada p.g.a. reoveringen och saneringen. Utfallet indikerar på att det inte är självklart att skadestånd ska utgå i alla lägen där personskador inträffat trots att risken för sådana skador i allmänhet leder till högre aktsamhetskrav.²⁰⁰

Av det ovanstående följer att BPF-normen, i enlighet med rådande uppfattning i doktrin, ser ut att användas på områden där det finns någon form av relativt utbredd handlingsnorm att förhålla sig till som t.ex. i konsultfallen, inom ramen för professionsansvaret, eller vid brott mot adekvata föreskrifter som i fallen med de heta arbetena. Av exempelvis *Besiktningssmannen* följer, i likhet med vad som ovan anförts om *Ni-li-fallet*, att en konsults ansvar kan komma att bedömmas efter ULHF-kriterierna. Anledningen till att så skedde i det aktuella fallet var antagligen att HovR:n kommit fram till att på området det saknades tillräckligt preciserade aktsamhetsnormer för att kunna konstatera om besiktningssmannen förfarit vårdslöshet eller inte genom att inte presentera en riskanalys. Att det inte fanns någon klar sedvana styrks av att besiktningssmannen själv hävdade att det inte var sedvana i branschen att presentera en sådan analys. Genom att göra en ULHF-bedömning kom HovR:n emellertid att hänvisa till sedvanan eftersom domstolen, utöver att den fann att risken för skada var stor och att den inträffade skadans storlek var omfattande, även fastslog att det ålegat en ”normalt aktsam” besiktningssman att upplysa om riskerna. Domslutet indikerar således på att HovR:n gjort en normativ bedömning och ansett att skadevällaren borde varit medveten om risken för skada. Fallet kan även tolkas som att domstolen ”överprövat” en olämplig sedvana, i enlighet med *Byggnadsarbetaren* och *Golfspelaren*, på området eftersom det faktiskt, likt svaranden hävdade, är tänkbart att det vid tidpunkten inte var kutym att upplysa om riskerna med en konstruktion.²⁰¹ Likt vad Elfström och Ashton hävdar står det således klart att en ULHF-bedömning också kan göras inom ramen för professionsansvaret, ifall rådande föreskrifter eller normer inte ger tillräcklig vägledning.²⁰²

5.2.1.2 ULHF-praxis

Angående den praktiska tillämpningen av ULHF följer att oaktsamhetsnormen har använts i olika situationer, i både inom- och utomobligatoriska fall. Angående *Peabfallet* kan anmärkas att kändaren ser ut att ha åberopat att svaranden förfarit culpöst i enlighet med ULHF, men samtidigt hävdade att Peabs agerande inte varit fackmannamässigt, vilket ser ut att ha påverkat

²⁰⁰ Se avsnitt 4.4.3.5.

²⁰¹ Se avsnitt 4.2.2.2.

²⁰² Se avsnitt 4.2.4.

målets utgång. I sin bedömning framhöll nämligen HovR:n först att risken för skada var liten trots att bedömningen, i likhet med *Travboxen*, tog sikte på risker av samma slag. Därefter uttalades att den sannolika skadan var stor och att skadan hade kunnat förebyggas utan alltför omfattande åtgärder. Angående det sistnämnda rekvisitet fann dock HovR:n att det inte gick att fastställa vad som utgjorde ett normalt aktsamt beteende på det ifrågavarande området varför talan lämnades utan bifall.²⁰³ Således innehåller fallet en direkt hänvisning till den form av tolkning av det tredje rekvisitet i ULHF som Bengtsson och Strömbäck gör, d.v.s. att den påstådda skadevållarens beteende ska jämföras med en normalt aktsam persons på det ifrågavarande området. Emellertid kan bedömningen även sägas ligga i linje med Hellner och Radetzki's uppfattning om att hänsyn, inom ramen för det tredje rekvisitet, ska tas till i vilket sammanhang en skadevållare verkar och att verksamhets-specifika risker därmed kan leda till ett förhöjt aktsamhetskrav.²⁰⁴ De praktiska skillnaderna mellan en tillämpning av Bengtsson och Strömbäck's bedömningsvariant respektive Hellner och Radetzki's modell borde emellertid vara små. Att så är fallet kommer av att en ”normalt aktsam” person inom ett särskilt område borde iaktta det mått av aktsamhet som svarar mot de, för verksamheten, specifika riskerna. I själva verket framstår därmed skillnaden mellan Bengtsson och Strömbäck's respektive Hellner och Radetzki endast som språklig.

Ett fall som särskilt visar på att det inte är någon egentlig skillnad mellan Bengtsson och Strömbäck's respektive Hellner och Radetzki's modell är *Brandkårsfallet*. I fallet fanns ingen uttrycklig reglering på området och kändanden och svaranden kom att åberopa två olika grunder för oaktsamhetsbedömningen. Folksam hänvisade till ULHF medan Umeå kommun exculperade sig genom att hävda att brandmännen, utifrån aktuell utbildning och erfarenhet, agerat ”normalt”, d.v.s. i enlighet med vad som får antas syfta på sedvanan. HovR:n kom i sin bedömning att beakta båda ståndpunkterna genom att uttryckligen hänvisa till Hellner och Radetzki's modell av ULHF och göra en bedömning av hur ”normalt aktsamma brandmän” hade agerat i situationen. Av ovanstående följer att domstolen även funnit att Hellner och Radetzki's modell innebär att hänsyn kan tas till det ”normalt aktsamma beteende på området”, vilket står i överensstämmelse med min uppfattning. Trots att risken för skada var stor och att den enkelt hade kunnat undvikas fann HovR:n, genom hänsynstagandet till det ”normalt aktsamma beteendet”, att brandmännens insikt om de övriga rekvisiten var liten varför talan ogillades.²⁰⁵ Fallet visar tydligt, likt i *Ni-li-fallet* och *Besiktningssmannen*, på sambandet mellan det tredje och fjärde rekvisitet i aktsamhetsbedömningen d.v.s. att hänsynstagandet till vad som var ett normalt beteende i sammanhanget, eller annorlunda uttryckt de verksamhets-

²⁰³ Se avsnitt 4.5.2.1.

²⁰⁴ Se avsnitt 4.4.3.5.

²⁰⁵ Se avsnitt 4.5.2.2.

pecifika krav som kunde ställas på brandmännen, blivit avgörande för om Brandmännen *borde* haft insikt om risken för skada.²⁰⁶ Eftersom HovR:n fann att de inte borde det så lämnades talan utan bifall. Hänsynstagandet till hur brandmännen borde ha agerat indikerar också tydligt på att det fjärde rekvisitetet är normativt.²⁰⁷

En liknande bedömning gjordes också i *Lantbruksfallet* där käranden hävdade att svaranden förfarit vårdslöst genom att, i strid med ett ledningsrättsbeslut och arbetsskyddsföreskrifter, inte ha begärt kostnadsfri kabelanvisning innan grävarbetena påbörjades. Således grundades talan på ett brott mot skriftliga handlingsnormer. I HD kom emellertid aktsamhetsfrågan att avgöras utifrån ULHF varför domstolen måste ansett att föreskrifterna inte ansågs ge tillräcklig vägledning för oaktsamhetsbedömningen. HD ser ut att ha lagt särskild vikt vid grävmaskinisten G.L:s medvetenhet om risken för att kabeln skulle grävas av. Även om culpa-bedömningen skett utifrån ULHF kan det antas att sedvanan på området, uttryckt genom kabelanvisningsbeslutet och arbetsmiljöföreskrifterna, fått betydelse vid avvägningen av faran och aktuella mothänsyn.²⁰⁸ Bedömningen ger i sin tur uttryck för att HD ansett att grävmaskinisten G.L utöver ”särskild medvetenhet”, om att grävningen innebar att kablar skulle kunna grävas av, även borde haft en ”allmän medvetenhet” i enlighet med *Tom Crown* eftersom han bedrev yrkesmässig verksamhet.²⁰⁹ Fallet illustrerar på så vis att skadevållarens förmodade allmänna medvetenhet om risken för skada leder till ett högre krav på aktsamhet och därmed krav på vidtagande av skadeförebyggande åtgärder.

Även i *Spisplattan* togs hänsyn till i vilket sammanhang en skadevållare verkar i eftersom HovR:n uttalade att det var normalt aktsamt att den anställde fokuserade på att se till att de elektriska apparater som normalt användes var utdragna. I fallet framhöll HovR:n särskilt att spisen troligen satts igång av den anställde själv varför branden i själva verket verkar ha ansetts vara resultatet av en olyckshändelse och att den anställde därmed inte borde haft insikt om skadan. Följaktligen har omständigheterna inte heller ansetts vara sådana att det, med hänsyn till det fjärde rekvisitetet, varken borde ha funnits någon ”särskild medvetenhet” om risken för skada, i enlighet med *Glasdörrarna*, och inte heller, i fallet med *Gymnastiksalsfallet*, någon ”allmän medvetenhet” om att spisen kunde slås på. Fallet utgör således en stor skillnad jämfört med *Diskmaskinsfallet* där en ”allmän medvetenhet” om risken för skada borde kunna sägas ha krävts eftersom en trycksatt slang utgör ett betydande riskmoment. Det anförda visar på att det är skillnad på att medvetet låta en diskmaskin stå med vatten påslaget än att av misstag råka sätta igång en spisplatta som aldrig används. En ren tillämpning av *sed-*

²⁰⁶ Jfr. avsnitt 5.2.1.1.

²⁰⁷ Jfr. avsnitt 4.4.3.6.

²⁰⁸ Jfr. avsnitt 3.1.

²⁰⁹ Se avsnitt 4.4.

vanemodellen av BPF i *Spisplattan* hade enligt min uppfattning troligen fått en liknande utgång eftersom den anställdes underlåtenhet, att inte ha kontrollerat om spisplattorna varit avstängda, hade legat i linje med vad som ansågs vara en accepterad sedvana på området.

Van der Sluijs menar att ett kriterium som beaktar i vilket hänsyn en skadevållare verkar i inte ingår i LHF och därmed inte heller ULHF.²¹⁰ Att det inom ramen för LHF inte tas hänsyn till i vilket sammanhang en skadevållare verkar i är självklart eftersom formeln endast beaktar förhållandet mellan tre faktorer.²¹¹ Vad beträffar den fria bedömningen är jag däremot av samma uppfattning som Hellner och Radetzki respektive Bengtsson och Strömbäck, d.v.s. att det inom ramen för ULHF visst tas hänsyn till i vilket sammanhang en skadevållare verkar. Förutom att Hellner och Radetzki och Bengtsson och Strömbäcks uppfattning kan betraktas som härskande i sammanhanget visar inte minst genomgången ovan av *Ni-li-fallet*, *Besiktningssmannen*, *Peabfallet*, *Brandkårsfallet*, *Lantbruksfallet* och *Spisplattan* på att detta ger uttryck för gällande rätt. Vidare är jag av uppfattningen att detta är en lämplig ordning. Om inte hänsyn hade tagits till i vilket sammanhang en skadevållare verkat i hade t.ex. en polis, inom ramen för dennes profession, kunnat bli bedömd efter samma måttstock som en privatperson. Detta hade kunnat få stötande resultat till följd eftersom det är rimligt att det ställs högre krav på en yrkesman när denne t.ex. orsakar en skada i tjänsten. Likt vad Bengtsson och Strömbäck hävdar finner jag det även vara en lämplig ordning att en amatör som medvetet gett sig in på ett område, som kräver särskild kompetens, bedöms efter samma aktsamhetsstock som en fackman.²¹² Uppfattningen kommer av att en sådan lekman kan orsaka minst lika stora skador som en fackman och att det därför är rimligt att denne ansvarar därefter.

Vad beträffar *Diskmaskinsfallet*, där HD tydligt fastslog hur oaktsamhetsbedömningen i hyresmål ska gå till, kan det likt Bengtsson anfört också ifrågasättas om HD inte hade kunnat komma fram till samma domslut genom en tillämpning av BPF. Om HD gjort bedömningen efter BPF, i form av *sedvanemodellen*, hade sannolikt ett problem uppstått. Problemet hade bestått i att människor i allmänhet troligen inte lever upp till HD:s stränga aktsamhetskrav.²¹³ Ovanstående kommer, likt van der Sluijs hävdar, av att aktsamhetskravet i princip innebär att en hyresgäst är skyldig att se till så att en diskmaskin aldrig lämnas med vattentrycket på.²¹⁴ Alternativet, att ogilla skadeståndstalan m.h.t. att hyresgästen endast handlat som folk i allmänhet hade dock enligt min uppfattning varit direkt stötande mot hyresvärdar som kollektiv eftersom de då alltid hade fått stå risken för om en diskmaskinsslang eller motsvarande

²¹⁰ Se avsnitt 4.4.3.5.

²¹¹ Se avsnitt 4.4.2.

²¹² Se avsnitt 4.4.3.5.

²¹³ Se avsnitt 4.5.1.1.

²¹⁴ Se avsnitt 4.5.1.1.

hade släppt. För att kunna möta upp en sådan risk hade försäkringsbolagen i sin tur antagligen känt sig nödgade att höja hyresvärdarnas fastighetsförsäkringar vilket i slutändan hade drabbat samtliga hyrestagare genom höjda hyror. En sådan ordning hade svårligen kunnat accepteras eftersom en skadevållare, likt Andersson anført, då alltid hade kunnat komma undan genom att, i enlighet med ”the cheapest insurer”, hänvisa till hyresvärdens försäkring. Eftersom det inte fanns någon försvarlig sedvana att tillgå på området valde HD istället att göra bedömningen efter ULHF. Följaktligen ser HD:s bedömning – i enlighet med Anderssons resonemang – ut att vara grundad på att hyresgästens beteende utgjorde en så pass stor risk att det inte kunde accepteras ur samhällssynpunkt och att HD därför gjort en normativ bedömning av kravet på aktsamhet.²¹⁵ Fallet visar därmed tydligt på att en konkret culpa-prövning alltid görs och att bedömningen grundas på normativa överväganden.

I *Landskronafallet* fick normskyddsläran stort utrymme beträffande frågan om kommunen förfarit vårdslöst eller inte. I sin bedömning började HD med att konstatera att kommunens placeringsbeslut av M, i motsats till vad If och Zurich hävdade, inte i sig utgjorde grund för skadestånd. Således befanns LVU:s skyddsändamål följaktligen vara den enskilde omhändertagne och inte utomstående tredje män. Trots att käromålet grundades på ovanstående kom HD att fortsätta sin prövning och göra en bedömning enligt ULHF. Angående bedömningen av det tredje rekvisitet är fallet särskilt intressant eftersom frågan om kommunen vidtagit tillräckliga skadeförebyggande åtgärder särskilt blev föremål för prövning. Denna bedömning är också belysande för sambandet mellan culpabedömningen och bevisvärderingen eftersom HD faktiskt till en början fann att den ifrågavarande situationen motiverade att skadeförebyggande åtgärder vidtogs d.v.s. att kommunen följaktligen borde haft bättre uppsikt över M. Som framgår räckte inte detta konstaterande för att ansvar skulle utgå eftersom det i fallet rörde sig om en underlåtenhetssituation och att frågan om oaktsamhet och orsaksamband därmed kom att ”överlappas”. I likhet med Nydrén är även jag av uppfattningen att HD:s användande av en presumtionsansvarsprincip framstår som en nödlösning. Nämda kommer av att kändanden inte presenterade tillräcklig bevisning, trots bevislättning, för att kommunen varit försumlig i sin uppsikt över M samtidigt som de faktiska omständigheterna i fallet motiverade att kommunen borde haft en bättre uppsikt. Grundproblemet ser helt enkelt ut att vara att kändanden byggde upp sin talan på ”fel grund” genom åberopandet av att kommunen försummat sin tillsynsplikt enligt 11 § st. 4 LVU. Att HD trots allt kom fram till att kommunen förfarit vårdslöst, genom presumtionsansvarsregeln, visar enligt mig på att HD ansett att kommunen, vid ULHF-bedömningen, *borde* ha vidtagit skadeförebyggande åtgärder. Således fick kommunens medvetenhet också här inverkan på bedömningen av det tredje

²¹⁵ Se avsnitt 4.5.1.1.

rekvisitet. Fallet utgör enligt min mening därför ett tydligt exempel på att culpabedömningen är normativ, vilket även framgår av HD:s uttryckliga motivering om bedömningen i underlåtenhetsfall får ”normativa drag”.²¹⁶

En gemensam nämnare mellan *Peabfallet*, *Diskmaskinsfallet*, *Lantbruksfallet* och *Spisplattan* är att domstolarna vid ULHF-bedömningarna uttalade att risken för skada var liten men att den sannolika skadan var stor. Även i *Brandkårsfallet* uttalades att risken inte var högre än normalt men att den sannolika skadan var omfattande. Domstolarna ser därför ut att ha bedömt handlingens ”farograd” genom att multiplicera, likt vid en tillämpning av LHF, risken för skada med den sannolika skadans storlek. Om den sannolika skadan är stor spelar det därmed ingen roll om risken för skada är liten, således indikerar domarna att bedömningen skett i enlighet med uppfattningen i doktrin.²¹⁷ I det omvända fallet, att den sannolika skadan skulle vara liten men risken för skada stor, beräknas på samma vis också farograden genom en multiplikation av de båda faktorerna. I likhet med förhållandet mellan det tredje och fjärde rekvisitet är det därmed tydligt att det också finns ett nära samband mellan den första och andra faktorn i ULHF.

Av ovanstående framgår sammanfattningsvis att ULHF-modellen ser ut att användas när det inte finns någon fast sedvana att följa på ett område, alternativt när sedvanan inte anses vara lämplig eller inte ger tillräcklig vägledning i det konkreta fallet.

5.2.2 Jämförelse mellan ULHF och BPF avseende betydelsen av vilken modell som används i culpabedömningen

Genomgången visar att det, i enlighet med uppfattningen i doktrin, finns två varianter för fastställande av oaktsamhet, antingen jämförs ett handlande med någon norm uttryckt i lag, föreskrifter, praxis eller sedvana alternativt sker fastställandet genom ULHF. Ur förutsägbarhetssynpunkt kan denna uppdelning upplevas som problematisk eftersom en enskild medborgare på förhand inte vet efter vilken norm dennes handlande kommer att bedömas efter. I klartext innebär det att även om en individ har handlat i enlighet med vad denne trodde var ett utbrett och korrekt handlande på ett område är det ingen garanti för att vederbörande ska gå fri från ansvar. Orsaken därtill kommer av att sedvanan kan sättas åt sidan d.v.s. ”överprövas” om en domstol inte skulle finna att den uppställt tillräckliga krav på aktsamhet, vilket som visats, skedde i bl.a. *Besiktningssmannen*. I sådana fall kan istället en prövning utifrån ULHF ske. Även i *Lantbruksfallet* och *Diskmaskinsmålet* åberopades omvänt föreskrifter till stöd för att oaktsamhet hade begåtts. Trots detta avgjordes aktsamhetsfrågan utifrån ULHF. Mot denna bakgrund måste således en presumtiv skadevållare förhålla sig till risken för att

²¹⁶ NJA 2013 s. 145 p. 43 i avsnitt 4.5.2.1.

²¹⁷ Se avsnitt 4.4.3.4.

hans handlande kan bli bedömt efter både BPF och ULHF, som följaktligen grundas på till synes olika faktorer. I praktiken kan detta vara en svår uppgift, vilket inte minst den stränga bedömningen i *Golfspelaren* vittnar om. I fallet blev den ifrågavarande golfaren ansvarig trots att han endast, enligt såväl Johansson som van der Sluijs, handlat i enlighet med en ”normal golfspelare”, som dock följaktligen inte ansågs vara tillräckligt aktsam.²¹⁸

En jämförelse mellan *Glasdörrarna* och *Bostadshyresgästerna* är belysande för ovanstående problematik. Det förstnämnda fallet behandlar, till skillnad från det sistnämnda, visserligen en utomobligatorisk situation men i båda fallen hade personskador uppstått p.g.a. bristfälligheter i fastigheterna. Vidare var det ingen tvekan om att de aktuella bristerna, d.v.s. att nödutrymningsdörrarna kunde komma att ”flyga upp” respektive att mögel- och rötskador uppkommit, varit orsaken till att personskadorna inträffat. En ytterligare likhet är att de aktuella byggnormerna iakttagits i båda fallen. Likväl utgick endast skadestånd i *Glasdörrarna*. Trots att förutsättningarna för skadestånd framstår som likartade blev följaktligen bedömningarna olika. Det kan här ifrågasättas varför den förbipasserande personen ur skadeståndssynpunkt skulle vara mer ”värd” än de drabbade hyresgästerna? Domslutet i *Glasdörrarna* ger tydligt uttryck för att dörrarna inte var utformade på ett tillräckligt säkert sätt medan hyresvärderna i *Bostadshyresgästerna* ansågs ha utfört renoveringen och saneringen i överensstämmelse med de aktuella byggnormerna. Ett tänkbart skäl till att något skadestånd inte utgick i det senare fallet står att finna i HD:s motivering om att debatten om sjuka hus uppkom i slutet av 1980-talet och i det s.k. ”dammlucke-argumentet”. Nyss nämnda innebär att om HD tillerkänt hyresgästerna rätt till skadestånd skulle det ha öppnat upp för en stor mängd av ersättningsanspråk eftersom problemet med ”sjuka hus” verkade vara utbrett i Sverige. Utgången i fallet ser därför närmast ut att vara grundad på teorierna om samhällsekonomisk effektivitet och eventuellt principen om ”the cheapest insurer” d.v.s. att HD helt enkelt ansåg att den bästa lösningen var att låta förlusten bli kvar hos de skadelidande.²¹⁹

Trots olikheterna kan modellerna mot ovan angivna bakgrund följaktligen sägas utgå från samma grund, d.v.s. att de baseras på värderingar om vad som utgör en lämplig riskfördelning i samhället. Att också den till synes objektiva ULHF är normativ kommer av att denna modell, i motsats till LHF genom det fjärde rekvisitet, även tar hänsyn till skadevållarens insikt. Vidare avgörs aktsamhetsfrågan enligt ULHF genom en sammanlagd, normativ värdering av de fyra rekvisiten.²²⁰ Som visats innebär hänsynstagandet till det subjektiva rekvisitet att en bedömning kan resultera i att en skadevållare borde ha insett risken för skada och därmed

²¹⁸ Se avsnitt 4.2.2.2.

²¹⁹ Jfr. avsnitt 4.6.3.

²²⁰ Jfr. avsnitt 4.4.2, 4.4.3.1, 4.4.3.6 och 4.4.3.7.

också borde ha vidtagit adekvata åtgärder för att förhindra den.²²¹ Denna bedömning kan i sin tur likställas med en BPF-bedömning enligt *sedvanemodellen*, där hänsyn tas till hur en person agerat eller borde ha agerat jämfört med normen på området.²²²

Med utgångspunkt i vad som framkommit kan konstateras att båda bedömningarna grundas på normativa överväganden av vad som, i enlighet med Anderssons resonemang, förnärvarande utgör ett acceptabelt beteende i samhället. Vidare är det tydligt att domstolarna gör en konkret prövning av om det aktuella beteendet är acceptabelt i varje enskilt fall även om utrymmet för en avvägning av farokomponenter kontra mothänsyn, i enlighet med Hellner och Radetzki's uppfattning, minskar vid preciserade aktsamhetsnormer.²²³ Eftersom båda modellerna är värderingsgrundade kan därför inte någon av modellerna heller sägas vara mer förutsägbar än den andre. En sedvana kan ju överprövas och beträffande ULHF gäller att även om t.ex. en enskild individ objektivt sett skulle kunna göra en uppskattning av risken för skada, den sannolika skadans storlek och ta i beaktande hur denne hade kunnat undvika skadan, kan denne aldrig med någon större säkerhet veta om en domstol kommer att anse att parten handlat i enlighet med ett "normalt aktsamt" beteende på området. Vidare kan denne inte heller prognostisera hur domstolen kommer att bedöma dennes insikt om de övriga rekvisiten eller om den samlade värderingen av rekvisiten kommer resultera i att skadeståndsansvar åläggs eller inte. I slutändan är det, även vid en tillämpning av ULHF eller *sedvanemodellen*, domstolarnas uppfattning om vad som utgör en lämplig samhällelig riskfördelning, d.v.s. i enlighet med uttalandena i förarbetena, som avgör om en individ ska åläggas skadeståndsskyldighet eller inte.²²⁴ Förutom att det i vissa situationer kan bli svårt för en enskild att veta efter vilken norm denne kan komma att bli bedömd får det emellertid ingen större praktisk betydelse om domstolarna gör culpabedömningen efter ULHF eller BPF.

Eftersom domstolarna gör en konkret aktsamhetsprövning i varje fall kan, mot bakgrund av vad som anförts, domstolarna i själva verket sägas tillämpa en och samma culpabedömning. Likt Dahlmans teori om *Konkurrerande culpakriterier* innebär ett sådant synsätt att domstolarna istället använder sig av olika rekvisit för att komma fram till om aktsamhet föreligger.²²⁵ Eftersom en avgränsning har gjorts angående användandet av alternativa culpateorier kommer dock utgångspunkten i framställningen fortsatt vara att domstolarna använder sig av två aktsamhetsgrunder för att avgöra frågan om aktsamhet förekommit.

²²¹ Jfr. avsnitt 5.2.1.1 och 5.2.1.2.

²²² Se avsnitt 4.4.3.5.

²²³ Se avsnitt 2.2.2.2, 4.2.2.2, 4.4.3.7 och 4.5.1.1.

²²⁴ Prop. 1972:5 s. 21.

²²⁵ Jfr. avsnitt 1.5.

5.2.3 Blir det någon skillnad beroende på om BPF eller ULHF används i ett inom- eller utomobligatoriskt förhållande?

Enligt Bengtssons uppfattning kan culpabedömningen både bli strängare, men i vissa fall också mildare i inomobligatoriska förhållanden. Att oaktsamhetsbedömningen kan bli hårdare i ett kontraktuellt förhållande kommer av att två kontrahenter ofta har en önskan om att tydligt kunna peka ut risker och avtala om vem som ska bära dessa i olika situationer. Även Roos uppfattning ger stöd för att så skulle vara fallet eftersom han hävdar att preventionstanken får störst betydelse i förhållandet mellan två företag som har tillgång till lika mycket information.²²⁶ Omvänt kan culpabedömningen även bli mildare genom t.ex. friskrivningsklausuler. Avgörandet i *Segelbåten* visar dock på att även ansvaret i utomobligatoriska förhållanden kan vara lika strängt som i inomobligatoriska varför Bengtssons ”huvudregel” får tolkas som just en huvudregel, d.v.s. att den inte gäller i alla situationer.²²⁷ Vidare blev förekomsten av en friskrivningsklausul i *Värderingsintygsfallet* avgörande för målets utgång trots att HD fann det vara visat att värderingsmannen agerat culöpst. Således kan även friskrivningsklausuler leda till en förmildrad bedömning i utomobligatoriska fall. De specifika inomobligatoriska förutsättningarna får dock betydelse vid t.ex. bedömningen av professionsansvaret genom att frågan huruvida en konsult förfarit vårdslöst eller inte i första hand prövas utifrån parternas avtal. Först om ledning härigenom inte erhålls söks svaret i de för branschen rådande sedvanorna.²²⁸ Att hänsyn tas till parternas avtal innebär dock inte att det inte kan sättas åt sidan vid oaktsamhetsbedömningen, vilket t.ex. skedde i *Diskmaskinsfallet*.²²⁹

Av framställningen följer att sedvanan ser ut att ha fått stor betydelse i de inomobligatoriska fall som behandlar professionsansvaret, d.v.s. *Bostadshyresgästerna* och *Revisorfallet*, vilket således ligger i linje med Elfström och Ashton respektive Bengtsson, Ullman och Ungers uppfattning.²³⁰ Emellertid kan även en ULHF-bedömning, likt i *Besiktningsmannen*, göras. Det anförda visar således på att skillnaderna mellan en tillämpning av BPF och ULHF i inom- respektive utomobligatoriska förhållanden inte är särskilt stora. *Spisplattan* utgör härvid ett också ett talande exempel eftersom käranden i målet, If, yrkade på både inom- och utomobligatoriskt skadestånd. Nyss nämnda kom av att If övertagit såväl den drabbade hyresvärdens och andra, närliggande hyresgästers talan. Trots dessa olika förhållanden gjorde HovR:n en gemensam culpabedömning utifrån ULHF.²³¹

²²⁶ Se avsnitt 2.1.2.

²²⁷ Se avsnitt 3.3.

²²⁸ Se avsnitt 4.2.4.

²²⁹ Se avsnitt 4.5.1.1.

²³⁰ Se avsnitt 4.2.4.

²³¹ Se avsnitt 4.5.3.

Oberoende av om det handlar om ett inom- eller utomobligatoriskt förhållande kan således aktsamhetsnormer gestaltade genom lag, sedvana eller ULHF komma att beaktas i oaktsamhetsbedömningen. Generellt kan dock antas att domstolarna borde göra en bedömning efter BPF mer i inom- än i utomobligatoriska förhållanden eftersom sedvanor överlag borde vara mer utbredda och accepterade i dessa förhållanden. Att skillnaderna mellan användandet av respektive modell i den inom- och utomobligatoriska culpabedömningen inte är stora är enligt min mening positivt ur förutsägbarhetssynpunkt eftersom resultatet, för att ta exemplet med *Spisplattan*, hade blivit förvirrat om två olika grunder för oaktsamhetsbedömningen hade använts för en och samma skadehändelse.

5.3 Lämpligheten av två grunder för oaktsamhet

Som tidigare diskuterats kan förekomsten av två, till synes, olika aktsamhetsnormer vid en första anblick te sig problematisk ur ett förutsägbarhetsperspektiv och därmed även ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Denna synpunkt kommer av att en domstol kan komma att avgöra aktsamhetsfrågan utifrån en annan oaktsamhetsnorm än den som käranden åberopat i ett mål. Av genomgången följer att så t.ex. skedde i *Lantbruksfallet* och *Diskmaskinsfallet* där målen avgjordes genom en användning av ULHF trots att kärandens talan grundades på att en sedvana, uttryckt genom handlingsföreskrifter, inte följts.²³² I *Brandkårsfallet* gick HovR:n istället på kärandens linje genom att göra oaktsamhetsbedömningen utifrån ULHF medan svaranden hänvisade till BPF.²³³ En fråga som uppenbarar sig är om denna ordning, att en domstol kan välja att göra oaktsamhetsbedömningen utifrån en annan oaktsamhetsnorm än den som käranden grundast sin talan på, skulle strida mot dispositionsprincipen i rättegångsbalken? Utgångspunkten är emellertid att domstolarna just har friheten att kunna göra en fri culpabedömning och att härvid väga farokomponenter mot olika mothänsyn.²³⁴ Vidare följer av förarbetena till SkL att det överlämnats åt domstolarna att utforma lämpliga aktsamhetsnormer i samhället.²³⁵ Det nämnda innebär att domstolarna således har stor frihet att själva välja hur de ska bedöma det material som en part presenterat. I denna frihet inbegrips följaktligen även valet av vilka faktorer som ska beaktas i bedömningen vilket därmed innebär att den rådande ordningen inte kan sägas strida mot dispositionsprincipen.

Det är vidare svårt att tänka sig någon mer ändamålsenlig ordning än den nu gällande. Att ändra rangordningen av oaktsamhetsbedömningen, d.v.s. att sedvanan kommer före ULHF, till att bedömningen skulle ske direkt efter ULHF hade varit en olämplig lösning utifrån bl.a. ett ekonomiskt perspektiv. Anledningen till det är att domstolarna då hade fått en större ut-

²³² Se avsnitt 5.2.2.

²³³ Se avsnitt 4.5.2.2 och 5.2.1.2.

²³⁴ Jfr. avsnitt 1.1 och 4.4.3.7.

²³⁵ Se avsnitt 1.1.

redningsbörda totalt sett eftersom det måste anses vara lättare att, i ”enkla fall”, jämföra ett handlande utifrån en tydlig norm än att göra en uttrycklig bedömning av de fyra rekvisiten i ULHF. En sådan ordning hade på så vis sannolikt drabbat parterna genom högre rättegångskostnader eftersom varje rekvisit i ULHF då behövt styrkas genom t.ex. omfattande och kostamma utredningar. Lösningen hade även varit ineffektiv ur ett samhällsperspektiv eftersom själva värdet av att skapa och få branschaktörer att förhålla sig till branschnormer, såsom rättssnören, då hade minskat som en följd av dess oklara juridiska status. Mot detta resonemang kan invändas att sedvanor redan idag kan överprövas och att efterlevnaden av en sådan därför inte är någon garanti för att undslippa ansvar. Sannolikheten för att så ska ske vid etablerade sedvanor framstår emellertid som liten vilket inte minst *Radsanfallet* och *Revisorfallet* visar på. Ett avskaffande av *sedvanemodellen* hade därför sannolikt inneburit att en allmän rättsosäkerhet hade inträtt. Endast det faktum att det, för samtliga tänkbara fall, inte finns någon lämplig norm att luta sig tillbaka mot utgör enligt min mening inget argument för att avskaffa *sedvanemodellen* till förmån för en ULHF-bedömning i samtliga fall.

Omvänt går det på motsvarande sätt inte heller att ersätta ULHF med *sedvanemodellen* eftersom det inte finns utbredda sedvanor på alla områden och att alternativet då hade varit en återgång till *personlighetsmodellen* av BPF. Trots de subjektiva och normativa inslagen utgör ULHF ändå en modell där oaktsamheten i alla fall bedöms utefter olika, fastlagda kriterier. I fallet med *personlighetsmodellen* blir resultatet, likt Hellner och Karlgren hävdar, istället att en domares uppfattning om vad som utgör ett normalt aktsamt beteende blir avgörande för aktsamhetsfrågans utgång.²³⁶ Den stora fördelen med ULHF jämfört med *personlighetsmodellen* är således att domarna, vid användande av denna modell, trots allt behöver motivera sitt ställningstagande. Avslutningsvis får således den svenska ordningen med två, till synes, olika oaktsamhetsgrunder anses vara ändamålsenlig.

5.4 BPF och ULHF i förhållande till skadeståndsrättens ändamål

5.4.1 Skadeståndsrättens överordnade mål

Frågan om vilken av bedömningsgrunderna för oaktsamhet som bäst tillgodoser skadeståndsrättens syften är komplex eftersom skadeståndsrätten som framgått anses ha flera funktioner; prevention, reparation, kostnadsplacering och riskfördelning samt pulverisering.²³⁷ Såsom också visats har frågan om vilket av syftena som är det viktigaste länge diskuterats. För att frågan om vilken av BPF respektive ULHF som bäst tillgodoser skadeståndsrättens syften ska kunna besvaras krävs också att det i denna framställning diskuteras om något av syftena är överordnat de andra. Längre var den härskande uppfattningen att *prevention* var den viktigaste

²³⁶ Se avsnitt 4.2.3.

²³⁷ Jfr. avsnitt 2.1.

funktionen, vilken mot förra århundradets senare del dock kom att ersättas av reparations-tanken. Som invändningar mot att prevention skulle vara ett överordnat syfte har bl.a. Hellner och Radetzki anfört att det är andra faktorer än hotet om en skadeståndssanktion i sig, som t.ex. risken att själv drabbas av skada, som gör att människor avhåller sig från att orsaka andra skada. Andersson har i sin tur förklarat att preventionen har minskat i betydelse eftersom skadeståndet faktiskt har separerats från straffrätten.²³⁸ Jag anser att detta vara högst rimliga invändningar, hade det fundamentala syftet med skadeståndsrätten varit att upprätthålla prevention hade det nämligen varit mer ändamålsenligt att återigen göra skadeståndet till en form av straff i brottsbalken. Jag finner även Hellner och Radetzkis argument, om att det är risken att själv råka ut för en skada som gör att människor avhåller sig från att skada andra människor eller andras egendom, vara starkt. Denna ståndpunkt kommer av att risken för att skada andra i många situationer är förknippad med risken att själv bli skadad, vilket inte minst är fallet inom trafiken. Min uppfattning är också att det förhållandet att de flesta människor inte vill skada andra har större effekt på antalet olyckor i samhället än risken att få erlægga skadestånd, vilket också framhålls i förarbetena.²³⁹

Roos har även en relevant invändning om att det i regel är försäkringsbolag och inte skadevällaren själv som utger skadestånd samt att gemene man inte känner till vad som konstituerar skadeståndsskyldighet. Ovanstående utgör enligt denne därmed skäl som talar mot att prevention skulle vara det viktigaste ändamålet. I enlighet med vad Roos och Skogh anför borde dock preventionstanken också enligt mig spela större roll i inom- än i utomobligatoriska förhållanden.²⁴⁰ Nyss nämnda kommer av att situationen i ett kontraktsförhållande skiljer sig från den i ett rent utomobligatoriskt på så vis att det i det förstnämnda, i regel, är avtalsparterna som själva dikterat villkoren och därmed avtalet om storlek eller beräkningsgrunderna för ett eventuellt skadestånd. Denna medvetenhet ger upphov till förutsägbarhet, som följaktligen inte finns på samma sätt i utomobligatoriska förhållanden, och borde i sin tur leda till att kontrahenterna generellt sätt blir mer benägna att undvika skada.²⁴¹ Av ovanstående följer att prevention inte är det viktigaste syftet med skadeståndsrätten. Konstaterandet motsäger dock inte att skadeståndsrätten har en viss preventionseffekt på människor, vilket också framhålls i SkL:s förarbeten.²⁴²

²³⁸ Se avsnitt 2.1.2.

²³⁹ Se avsnitt 2.1.1 och prop. 1972:5 s. 83.

²⁴⁰ Se avsnitt 2.1.2.

²⁴¹ Se avsnitt 2.1.2 och 3.3.

²⁴² Se citat från prop. 1972:5 s. 83, avsnitt 2.1.1. och avsnitt 2.1.2.

Nästa fråga är då om den skadelidandes möjlighet till att erhålla *reparation* kan anses vara ett överordant mål med skadeståndsrätten? Karlgren menade att skadeståndsrätten var uppbyggd på detta syfte.²⁴³ Vidare uttalas i förarbetena att utgångspunkten är att en skadelidande ska erhålla full kompensation.²⁴⁴ Att reparation är ett grundsyfte med skadeståndsrätten får därmed anses vara klarlagt. Som invändning mot att detta syfte skulle vara det överordnade kan dock förekomsten av jämningsreglerna i 3 kap 6 § respektive 6 kap. 2 § SkL anföras. Att jämka något innebär nämligen per definition att detta sätts ned. Således innebär förekomsten av jämningsreglerna att huvudsyftet; hundra procentig reparation enligt min uppfattning är en ren utopi. Andersson har även en tänkvärd invändning i att reparation inte kan vara huvudsyftet med skadeståndsrätten eftersom samtliga skadelidande i så fall skulle erhålla ersättning, vilket inte är fallet idag. På liknande vis framhåller Hellner och Radetzki att försäkringar i regel har övertagit skadeståndets reparativa funktion, vilket också framhålls i förarbetena.²⁴⁵ Fördelarna med försäkring överstiger enligt min mening vida fördelarna med skadestånd i detta avseende. Istället för att den skadelidande, i normalfallet, ska behöva initiera en riskfylld och kostsam rättsprocess för att få kompensation, kan den skadelidande direkt erhålla ersättning genom att vända sig till sin försäkringsgivare. Även om reparation inte är huvudsyftet med SkL är dock lagens existens, i enlighet med vad Hellner och Radetzki anført, en förutsättning för att försäkringsbolagen genom regresser överhuvudtaget ska kunna bedriva sin reparativa verksamhet.²⁴⁶ Av det anförda följer dock enligt min uppfattning att reparation inte kan vara skadeståndsrättens viktigaste mål.

Vad beträffar *pulverisering* kan direkt konstateras att denna funktion endast kommer i fråga i vissa situationer varför detta syfte således inte kan vara det överordnade målet med skadeståndsrätten.²⁴⁷

Återstår gör då frågan om *kostnadsplacering och riskfördelning* kan vara huvudsyftet med SkL? Såväl Skogh som Hellner och Radetzki menar att kostnadsplacering och riskfördelning utgör en separat funktion med skadeståndsrätten. Skogh är vidare av uppfattningen att den reparativa funktionen kan härledas ur denna funktion.²⁴⁸ Skoghs uppfattning kan därför sägas ge uttryck för att kostnadsplacering och riskfördelning skulle vara överordnat reparations- syftet. Roos och Andersson påstår t.o.m. att samhällelig riskfördelning, genom kostnadsöverflyttning från en skadevållare till en skadelidande, är det huvudsakliga syftet med SkL.²⁴⁹

²⁴³ Se avsnitt 2.1.1.

²⁴⁴ Se avsnitt 2.1.1, prop. 1972:5 s. 75.

²⁴⁵ Se avsnitt 2.1.1, prop. 1972:5 s. 68 och 2.1.3.

²⁴⁶ Se avsnitt 2.1.3.

²⁴⁷ Se avsnitt 2.1.5.

²⁴⁸ Se avsnitt 2.1.3 och 2.1.4.

²⁴⁹ Se avsnitt 2.1.4.

Denna uppfattning får stöd av att det i förarbetena bl.a. framhålls att målsättningen med SkL är att skapa ett system för fördelning av ekonomiska förluster, till följd av skador i samhället, som leder till det mest effektiva utnyttjandet av enskildas och samhällets resurser d.v.s. ekonomisk effektivitet.²⁵⁰ Även Posner är inne på ett liknande spår och menar att skadeståndsrätten huvudsakligen syftar till en samhällsekonomisk avvägning mellan förekomsten av olyckor och den kostnad som krävs för att undvika dem, d.v.s. en form av samhällelig riskfördelning.²⁵¹ I Posners modell sätts emellertid den ekonomiska effektiviteten framför den enskilde eftersom inga sociala hänsyn tas, vilket står i kontrast med uttalandena i de svenska förarbetena. I dessa framhålls nämligen, utöver att skadeståndsrätten ska syfta till att skapa ekonomisk effektivitet, även att det skadeståndsrättsliga systemet ska tillgodose allmänna krav på social trygghet och rättvisa.²⁵² Att huvudmålet inte är ekonomisk effektivitet utgör dock inget hinder mot att detta i vissa fall kan bli resultatet av en culpabedömning.

Som fastslagits är culpabedömningen i sin helhet normativ och syftar till att fastställa lämpliga aktsamhetsnivåer på olika områden.²⁵³ Ett annat sätt att uttrycka detta är att culpabedömningen är ett medel för att kunna fördela risker.²⁵⁴ Mot bakgrund av det ovan anförda kan således sammantaget slås fast att skadeståndsrättens överordnade mål är riskfördelning och kostnadsöverflyttning från en skadevällare till en skadelidande. Denna slutsats kan även motiveras utifrån att såväl reparation som prevention härrör från denna funktion. Ställningstagandet kommer också av att skadeståndsrätten och därmed dess riskfördelande funktion är en grundläggande förutsättning för att försäkringsbolagen regressvis ska kunna föra en talan mot en skadevällare. Även i en tvåpartsrelation är det, i enlighet med Skoghs resonemang, konstaterandet av att en part förfarit försumligt som i sin tur leder till att skadestånd och därmed även reparation kan erhållas. På liknande sätt kan också prevention sägas vara en effekt av en genomförd riskfördelning d.v.s. att vid en culpabedömning kan resultatet, i form av att en skadevällare åläggs skadeståndsskyldighet, i sin tur få en synbar och avskräckande effekt.

5.4.2 Jämförelse mellan BPF och ULHF

Med utgångspunkt i att riskfördelning och kostnadsplacering är SkL:s huvudsyfte framstår ULHF som ett bättre alternativ än BPF i detta avseende eftersom bedömningen har sin grund i den objektiva LHF-modellen, som i sin tur utgör en förutsägbar och tydlig riskfördelningslära.²⁵⁵ Eftersom det emellertid har konstaterats att både BPF- och ULHF-modellen grundas på normativa överväganden om vad som utgör en lämplig riskfördelning kan inte någon av

²⁵⁰ Se prop. 1972:5 s. 83, avsnitt 2.1.1.

²⁵¹ Se avsnitt 4.4.2.

²⁵² Se prop. 1972:5 s. 83, avsnitt 2.1.1.

²⁵³ Jfr. avsnitt 5.2.2.

²⁵⁴ Jfr. avsnitt 4.5.1.1.

²⁵⁵ Se avsnitt 4.4.2.

modellerna heller förklaras uppfylla det konstaterade huvudsyftet med skadeståndsrätten bättre än den andre.²⁵⁶

5.5 Sambandet mellan ULHF och normskyddsläran

5.5.1 Varför la Hellner till ett extra kriterium till LHF?

Anledningen till att den befintliga LHF-modellen försågs med ett subjektivt kriterie i svensk rätt borde ha sitt svar i anledningen till att LHF, om än i modifierad form, överhuvudtaget kom att implementeras i Sverige. Både Hellner och Karlgren ansåg relativt tidigt att dåtidens modell för oaktsamhetsbedömning, i fall där det inte fanns någon vägledning i varken lag, praxis eller sedvana, d.v.s. *personlighetsmodellen* av BPF var olämplig som aktsamhetsnorm eftersom den var intetsägande.²⁵⁷ Genom LHF erhöles plötsligt en modell där tydliga kriterier kom att ersätta den oförutsägbarhet som *personlighetsmodellen* stått för. Problemet med modellen var antagligen att den ansågs vara alltför radikal för svenskt vidkommande i den mening att den satte ett pris på skador, även personskador, som kunde få till konsekvens att en skadevällare undgick ansvar trots att en konkret skada inträffat.²⁵⁸ Att så är fallet kommer av att LHF, i enlighet med Coaseteoremet, anses utgöra en lämplig avvägningsmodell mellan skador och kostnaderna för dess förebyggande i ett samhälle. Nämnda kommer av att det inte är praktiskt möjligt att ingå rationella avtal med t.ex. samtliga trafikanter på vägarna och på så vis internalisera externa kostnader.²⁵⁹ I enlighet med Posners resonemang innebär det att en skadevällare, vid en bedömning efter LHF, i vissa fall inte borde ha vidtagit skadeförebyggande åtgärder trots att en skada konstaterats eftersom det inte leder till nyttomaximering och därmed till en förbättring av samhällets välbefinnande i stort.²⁶⁰ Mot bakgrund av att det traditionellt sett tagits stora sociala hänsyn i Sverige och att risken för liv eller personskador i regel leder till ett förhöjt aktsamhetskrav samt att det visats att huvudändamålet i svensk rätt inte är ekonomisk effektivitet, kunde modellen enligt min uppfattning inte direkt införlivas här.²⁶¹

Vidare är min uppfattning att LHF troligen upplevdes som problematisk eftersom den även kunde få till följd att rena olyckor skulle kunna komma att förklaras vara orsakade av vårdslöshet. Att sådana konsekvenser skulle kunna bli följden av en tillämpning kommer av modellens objektiva karaktär, som inte ger utrymme för hänsynstagande till skadevällares insikt. Trots nackdelarna hade LHF sina fördelar jämfört med BPF. Modellen baserades på tydliga kriterier som skulle kunna användas på de flesta skador, kriterierna var i sin tur objektiva till sin karaktär och fokuserade således på skadehändelsen i sig samt att den innebar att en högre

²⁵⁶ Jfr avsnitt 5.2.2.

²⁵⁷ Se avsnitt 4.2.3.

²⁵⁸ Jfr avsnitt 4.4.2.

²⁵⁹ Jfr. avsnitt 4.4.1.1.

²⁶⁰ Jfr. avsnitt 4.4.1 och 4.4.2.

²⁶¹ Jfr prop. 1972:5 s. 83, avsnitt 2.1.1, 4.4.3.4, 4.4.3.5 och 5.4.1.

risk medförde ett högre aktsamhetskrav. Genom att kombinera de objektiva och tydliga rekvisiten från LHF med ett fjärde kriterium, som tog hänsyn till skadevållarens insikt, erhöles på sedvanligt svenskt ”mellanmjölksmanér” det bästa av de båda oaktsamhetsnormerna. Lösningen innebar att det fortsatt, likt vid både *personlighets- och sedvanemodellen* av BPF, kunde beaktas om skadevållaren *borde ha* handlat på annat vis. Vid bedömningen kunde på så vis också särskild hänsyn tas till det tredje rekvisitet, d.v.s. i vilket sammanhang en skadevållare verkade i och vad som var ”normalt aktsamt inom ett visst område”.²⁶²

En direkt och troligen önskvärd konsekvens av införandet av det fjärde kriteriet blev att LHF-formeln $B < PL$ inte längre kunde användas, vilket i sin tur innebar att en ny värderingsmetod var tvungen att införas. Istället för att ställa upp en ny matematisk formel blev lösningen att införa en samlad, normativ, bedömning av de fyra kriterierna. Genom införandet av denna värderingsmodell kunde således även skadevållarens insikt komma att bli utslagsgivande vid en oaktsamhetsbedömning, vilket skedde i bl.a. *Brandkårsfallet* och i *Gymnastiksalsfallet*.²⁶³ Således kan det subjektiva rekvisitet sägas utgöra en slags ”ventil” för att en skadevållare inte ska hållas ansvarig om denne inte insett eller borde insett risken för skada.

5.5.2 Sambandet mellan det subjektiva kriteriet och normskyddsläran

Vad beträffar sambandet mellan det subjektiva kriteriet och normskyddsläran kan följande sägas. Till en början kan anföras att normskyddsläran, efter *Cykelpumpsfallet*, räknas som en självständig objektiv förutsättning för culpaansvar.²⁶⁴ Enligt Anderssons *Skyddsändamålslära* sker fastställandet av om subjektiv culpa förekommit inom ramen för *ansvarsgrunden*. Eftersom bedömningen i denna del är normativ och anses grundas på en intresseavvägning av farokomponenter och mothänsyn kan t.ex. det fjärde rekvisitet bli avgörande för huruvida vårdslöshet anses föreligga eller inte. Det andra steget i denna lära är fastställandet av *ansvarsgränsen* d.v.s. att en bedömning sker av huruvida den fastställda ansvarsgrunden ska ligga skadevållaren till last.²⁶⁵ På samma sätt som bedömningen av ansvarsgrunden är normativ kan även fastställandet av ansvarsgränsen sägas grundas på en intresseavvägning. Nyss nämnda kommer av att en norm som åberopas antingen kan förklaras skydda det påstått överträdde intresset, likt i *Husvagnsfallet*, alternativt att normen, som HD fann i *Landskronafallet*, inte anses vara tillämplig.²⁶⁶ Till stöd för denna förklaringsmodell kan anföras att normskyddsläran utgör ett slags komplement till adekvansläran som i sin tur också kan sägas grundas på värderingar. Uppfattningen kommer av att adekvansläran innebär att ett allt för osannolikt

²⁶² Se avsnitt 4.4.3.5 och 4.4.3.6.

²⁶³ Se avsnitt 4.4.3.6, 4.4.3.7 och 4.5.2.2.

²⁶⁴ Se avsnitt 3.2.1.1.

²⁶⁵ Se avsnitt 3.1.

²⁶⁶ Se avsnitt 4.5.2.1.

händelseförlopp mellan en inträffad skada och en skadegrundande händelse, även om detta trots allt inträffat, i regel brukar leda till att ansvar inte utgår.²⁶⁷ Den gemensamma nämnaren mellan såväl den subjektiva culpabedömningen (och därigenom det subjektiva kriteriet), normskyddsläran och adekvansläran är således att dessa grundas på intresseavvägningar om vad som utgör en lämplig riskfördelning.

I likhet med det subjektiva rekvisitets ”ventilfunktion” får även normskyddsläran på så vis sägas vara en nödvändig komponent i den svenska skadeståndsrätten.²⁶⁸ Kärnan i modellen är att den utgör ett hinder för att enskilda bestämmelser ska kunna åberopas i alla möjliga sammanhang, utanför sitt tänkta materiella tillämpningsområde, vilket får anses vara en lämplig ordning. I många fall hade i och för sig resultatet av att en regel åberopats till stöd för något som den inte varit avsedd för varken väckt uppmärksamhet eller framstått som konstigt. Det hade t.ex. inte varit stötande om den aktuella paragrafen i LVU, som åberopades i *Landskronafallet* direkt hade kunnat ligga till grund för skadeståndstalan. Tvärtom är min åsikt att en sådan tillämpning hade gått hand i hand med den allmänna rättsuppfattningen. HD ser dock ut att till viss del ha resonerat utifrån ett liknande resonemang när den trots allt, genom ”nöd-lösningen” i form av presumtionsansvarsregeln, kom fram till att kommunen blev skadeståndsskyldig.²⁶⁹ I andra fall kan det i alla fall teoretiskt dock tänkas att ett åberopade av en bestämmelse, utanför det ändamål som lagstiftaren haft i åtanke, skulle kunna få stötande resultat till följd.

Ett problem som normskyddsläran delar med både culpabedömningen i allmänhet och det subjektiva rekvisitet i synnerhet är dock bristen på förutsägbarhet. Förekomsten av normskyddsläran innebär att en till synes tillämplig norm, likt i *Landskronafallet*, kan förklaras icke tillämplig i ett visst sammanhang. En sådan bedömning kan få ödesdigra konsekvenser för en skadelidande, som kanske endast haft möjlighet att bygga upp sin talan utefter denna normöverträdelse. Eftersom varken en direkt lagtext eller dess förarbeten kan ta sikte på alla möjliga och omöjliga situationer som bestämmelsen kan tänkas beröra är det svårt att se någon konkret lösning på detta problem. För en kärande återstår då att, likt HD:s bedömning i *Landskronafallet*, sätta hoppet till domstolarnas uppfinningsrikedom.

²⁶⁷ Se avsnitt 3.2.1.

²⁶⁸ Se avsnitt 5.5.1.

²⁶⁹ Jfr. avsnitt 4.5.2.1. och 5.2.1.2.

5.6 Tillämpning av LHF i Sverige i förhållande till dansk, norsk och tysk rätt

Frågan om hur den svenska tillämpningen av LHF, ULHF, förhåller sig till användandet av modellen i några närliggande länder är intressant eftersom formeln kommer från USA och fick genomslag genom domare Hands uttalande i *Conway v. O'Brien* och i *United States v. Carroll Towing Co.*

Till en början kan konstateras att samtliga av de jämförda länderna tillämpar LHF i någon form vid culpabedömningen. Det är också tydligt att såväl den danska som norska modellen för subjektiv oaktsamhetsbedömning påminner om den svenska.²⁷⁰ Likt i Sverige gjordes bedömningen i Danmark tidigare efter *personlighetsmodellen* av BPF vilken dock, p.g.a. kritik likartad den Karlgren och Hellner framfört, numera anses ha utmönstrats. Även om BPF aldrig uttryckligen användes av domstolarna i Norge anser Lødrup att norsk praxis faktiskt indikerar på att så skett och att så fortfarande till viss del sker. Den nuvarande modellen ser emellertid ut att vara en variant av *sedvanemodellen* av BPF. Precis som i Sverige utgår oaktsamhetsbedömningen i både Danmark och Norge från aktsamhetsnormer uttryckta i lag, sedvanor och praxis. När någon vägledning inte finns att tillgå ska en helhetsbedömning där LHF-kriterierna står i förgrunden göras i dessa länder. Resultatet blir som framgår därför ändå i princip detsamma som vid den svenska fria bedömningen.

En skillnad jämfört med ULHF som framhålls i såväl norsk som dansk doktrin är att culpabedömningen i huvudsak är objektiv. Emellertid menar von Eyben och Isager att skadevållarens medvetenhet även undantagsvis kan beaktas i dansk rätt. I norsk rätt nämner Lødrup att hänsyn också tas till vilka kunskaper skadevållaren borde haft. Även om den norska och danska bedömningen således inte direkt baseras på LHF och inte uttryckligen tar hänsyn till det subjektiva kriteriet indikerar ändå ovanstående följaktligen på att skadevållarens insikt kan få betydelse i de båda länderna. Således framträder en bild av att oaktsamhetsbedömningarna i de nordiska länderna är mycket lika. Den gemensamma nämnaren verkar främst vara att samtliga modeller grundas på en normativ helhetsbedömning av skadesituationen och syftar till att sätta en acceptabel aktsamhetsstandard på det ifrågavarande området. ULHF-modellen sticker ut genom att den i högre grad än de andra beaktar skadevållarens subjektiva insikt.

Med utgångspunkt i Schäfer och Otts beskrivning av förekomsten av LHF i tysk rätt ser den tyska oaktsamhetsbedömningen också ut att ha en del gemensamt med den svenska, norska och danska. Likheten kommer nämligen av att frågan om en skadevållare förfarit vårdslöst eller inte i regel baseras på en objektiv bedömning av LHF-kriterierna, via bedömningen av

²⁷⁰ Se avsnitt 4.6.1 och 4.6.2.

den *objektiva oaktsamheten*.²⁷¹ En skillnad mot svensk rätt är härvid, likt i dansk och norsk rätt, att det inte explicit tas hänsyn skadevållarens insikt om de andra kriterierna. Istället sker en objektiv bedömning av hur mycket skadevållaren gjort för att undvika skadan. Att bedömningen är objektiv kommer också av uppdelningen i *extern* och *intern* aktsamhet. Det ovan nämnda innebär att det för att ansvar ska utgå räcker med ett fastställande av att skadevållaren inte iakttagit den grad av aktsamhet som en viss aktivitet anses kräva. Således ser den tyska modellen ut att vara mer objektiv än de nordiska motsvarigheterna, vilket särskilt gäller i förhållande till ULHF. Den tyska modellen utgår dock inte heller från en renodlad variant av LHF eftersom det även görs en bedömning av den *normativa oaktsamheten*. Inom denna grund beaktas t.ex. nödvändigheten av en handling, likt Anderssons tolkning av *Potatisfallet*.²⁷² Vidare kan en skadevållare, vid bedömandet av den *objektiva oaktsamheten*, inte undgå ansvar endast genom att hänvisa till att kostnaderna för skadeförebyggande åtgärder överstigit risken för skada multiplicerat med den sannolika skadans storlek.

Av genomgången kan sammanfattningsvis konstateras att samtliga modeller tar sin grund i frågeställningen huruvida skadevållaren borde ha handlat på något annat vis. Vidare kan fastslås att den norska, danska och tyska modellen för oaktsamhetsbedömningen, likt den svenska, grundas på normativa överväganden istället för en ren tillämpning av **B < PL**. Trots detta framhåller Lødrup, von Eyben och Isager samt Schäfer och Ott att bedömningarna i huvudsak är objektiva till sin karaktär. Detta utgör en skillnad jämfört med ULHF, där skadevållarens insikt särskilt beaktas som ett uttryckligt led i bedömningen. Emellertid framgår att de praktiska skillnaderna inte är så stora mellan norsk och dansk rätt eftersom det även i dessa länder kan tas hänsyn till skadevållarens insikt om de andra kriterierna. Den största skillnaden föreligger således mellan svensk och tysk rätt eftersom den subjektiva insikten inte ser ut att tillmätas någon större vikt i Tyskland. En gemensam nämnare mellan samtliga länder är dock att culpavärderingen är normativ och syftar till att sätta en acceptabel aktsamhetsstandard. Att ingen av länderna till fullo använder LHF-modellen rent av indikerar avslutningsvis på att culpavärderingen är en alltför komplex operation för att uteslutande kunna sammanfattas i en enda formel.

²⁷¹ Se avsnitt 4.6.3.

²⁷² Se avsnitt 4.4.3.7.

6 Slutsats

Utifrån genomgången av praxis, doktrin och diskussion kan till en början fastslås att det idag endast är *sedvanemodellen* av BPF som används i svensk rätt. Det kan också konstateras att en första skillnad mellan ULHF eller BPF består i sättet för tillämpningen. Enligt gängse ordning söks svaret på om ett beteende varit oaktsamt eller inte primärt i aktsamhetsnormer uttryckta i form av t.ex. lag eller sedvana på ett område. Först om vägledning härigenom inte erhålls blir ULHF tillämplig. En ytterligare skillnad är att en person enligt BPF som huvudregel anses vara culpös om denne inte handlat i enlighet med rådande sedvana. Vid användning av ULHF avgörs däremot aktsamhetsfrågan genom en sammanvägning av kriterierna: risken för skada, den sannolika skadans storlek, skadevållarens möjligheter att förekomma skadan och skadevållarens insikt om de övriga rekvisiten.

Praxis och doktrin utvisar emellertid att BPF-modellen är normativ eftersom en sedvana kan komma att överprövas om den anses uppställa ett för lågt aktsamhetskrav. En närmre granskning av ULHF visar även att denna modell är normativ vilket kommer av att det fjärde rekvisitet innebär att hänsyn ska tas till skadevållarens insikt om risken för skada. Vid bedömningen av det tredje rekvisitet kan därigenom, precis som vid *sedvanemodellen* av BPF, hänsyn också tas till hur en normalt aktsam person på det ifrågavarande området borde ha agerat för att undvika skada. Den normativa karaktären kommer också till uttryck genom att aktsamhetsfrågan avgörs genom en sammanlagd värdering av de ingående rekvisiten. Att både BPF- och ULHF-modellen grundas på värderingar, om vad som utgör en rimlig riskfördelning i samhället, innebär också att det i varje enskilt fall görs en konkret normerande prövning. Existensen av två grunder för oaktsamhet utgör dock ett förutsägbarhetsproblem eftersom en potentiell skadevållare inte på förhand vet efter vilken norm denne kan komma att prövas efter. Eftersom båda modellerna är normativa får det i praktiken dock ingen betydelse. Vad beträffar lämpligheten av två olika oaktsamhetsnormer kan konstateras att den svenska ordningen får anses vara ändamålsenlig eftersom bl.a. alternativet till ULHF hade varit att återgå till den intetsägande *personlighetsmodellen* av BPF. Vidare hade en ordning där *sedvanebedömningen* avskaffats och endast ULHF använts varit olämplig eftersom det bl.a. hade lett till en än större oförutsägbarhet och att värdet av att utarbeta och följa olika branschetiska riktlinjer då hade gått om intet.

Vid en bedömning efter *sedvanemodellen* av BPF eller ULHF i inom- jämfört med utomobligatoriska förhållanden blir det i princip inte någon skillnad. Skillnaden är främst att frågan om oaktsamhet i inomobligatoriska fall i första hand avgörs utifrån vad parterna avtalat. Vidare ser BPF ut att användas mer frekvent i inomobligatoriska förhållanden. Förklaringen

till det är sannolikt att sedvanor generellt är mer utbredda och accepterade i inom- än i utom-obligatoriska förhållanden.

Det kan konstaterats att huvudsyftet med skadeståndsrätten är kostnadsplacering och riskfördelning eftersom varken reparation eller prevention kan sägas utgöra huvudändamålet med denna. Eftersom både BPF- och ULHF-modellen är normativa, och syftar till att åstadkomma lämpliga aktsamhetsnivåer samt därmed också riskfördelning och kostnadsplacering i samhället, kan inte någon av modellerna sägas uppfylla det konstaterade huvudsyftet bättre än den andra.

Skälet till att Hellner lade till ett extra kriterium till LHF tycks vara att en renodlad tillämpning av LHF hade kunnat få orimliga och stötande konsekvenser till följd. Exempelvis hade en vanlig olycka kunnat komma att klassas som culpös enligt LHF. Vidare är målet med LHF att uppnå samhällsekonomisk effektivitet vilket står i bjärt kontrast med bl.a. den svenska skadeståndsrättens mål om att också krav på social trygghet och rättvisa ska tillgodoses. Genom införandet av det subjektiva kriteriet och därigenom den sammanlagda värderingen, erhöles en modell som innebar att hänsyn även kunde tas till ovan nämnda faktorer. Vidare kunde även fortsatt, liksom vid *sedvanemodellen* av BPF, hänsyn tas till i vilket sammanhang en skadevållare verkat i och hänsyn tas till vad denne borde ha insett. Sambandet mellan detta kriterium och normskyddsläran kan i sin tur förklaras utifrån att även normskyddsläran är en normativ konstruktion, som syftar till att begränsa lagar och andra normers tillämpning till det ändamål de är avsedda för. Liksom det subjektiva kriteriet utgör normskyddsläran på så vis en slags ”ventil” för att en oaksamhetsbedömning inte ska få orimliga alternativt opassande konsekvenser till följd.

Det kan också konstateras att den svenska varianten av LHF har förhållandevis många likheter med användandet av modellen i både tysk, dansk och norsk rätt. Den danska, följt av den norska varianten tycks ha mest gemensamt med den svenska modellen. Men även användandet av modellen i tysk rätt har några likheter med den svenska modellen av LHF. ULHF utmärker sig emellertid i förhållande till dessa genom det uttryckliga hänsynstagandet till skadevållarens subjektiva insikt. I de övriga länderna, särskilt i tysk rätt, framhålls istället LHF-modellens objektiva prägel. Undersökningen har emellertid visat att det även i Danmark och Norge kan tas hänsyn till skadevållarens insikt, varför de praktiska skillnaderna trots allt inte är så stora. Det har även framkommit att samtliga länders tillämpning grundas på normativa överväganden. Ovanstående visar således att LHF till syvende och sist är en alltför intetsägande modell, precis som *personlighetsmodellen* av BPF, för att kunna användas rätt av inom skadeståndsrätten där alla möjliga situationer kan tänkas dyka upp.

Källförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1972:5 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m.*; given Stockholms slott den 14 januari 1972

Rättsfallsförteckning

Svenska fall

Högsta domstolen

NJA 1947 s. 104 *Byggnadsarbetaren*

NJA 1958 s. 46 *Potatisfallet*

NJA 1967 s. 164 *Dikefallet.*

NJA 1976 s. 1 *Gymnastiksalsfallet*

NJA 1976 s. 458 *Cykelpumpsfallet*

NJA 1981 s. 683 *Trappstensfallet*

NJA 1983 s. 232 *Hästhagen*

NJA 1985 s. 269 *Glasdörrarna*

NJA 1987 s. 692 *Konefallet*

NJA 1989 s. 191 *Segelbåten*

NJA 1991 s. 138 *Husvagnsfallet*

NJA 1993 s. 149 *Golfspelaren*

NJA 1995 s. 274 *Tom Crown*

NJA 1996 s. 118 *Ni-li-fallet*

NJA 1996 s. 564 *Travboxen*

NJA 1997 s. 65 *Besiktningsmannen*

NJA 1998 s. 617 *Lantbruksfallet*

NJA 2001 s. 878 *Värderingsintygfallet*

NJA 2002 s. 213 *Bostadshyresgästerna*

NJA 2006 s. 136 *Revisorfallet*

NJA 2011 s. 454 *Diskmaskinsfallet*

NJA 2013 s. 145 *Landskronafallet*

NJA 2013 s. 271 *Peabfallet*

Hovrätten för Västra Sverige

RH 2007:26 *Spisplattan*

Svea Hovrätt

T 8923-11 *Radscanfallet*

Hovrätten för Övre Norrland

T 620-12 *Brandkårsfallet*

Amerikanska fall

Conway v. O'Brien, 111 F.2d 611 (2d Cir. 1940)

United States v. Carroll Towing Co., F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

Litteratur

Andersson, H, *Skyddsändamål och adekvans – om skadeståndsansvarets gränser*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1993 (cit: Andersson (1993))

Andersson, H, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten – Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer Bok 1*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2013

Bengtsson, B, *Skadeståndsrätt – några huvudlinjer*, Norstedts Juridik AB, Göteborg 1994 (cit: Bengtsson (1994))

Bengtsson, B, Strömbäck, E, *Skadeståndslagen. En kommentar*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002 (cit: Bengtsson & Strömbäck (2002))

Bengtsson, B, Ullman, H, Unger, S, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, Jure förlag AB Stockholm 2009 (cit: Bengtsson m.fl. (2009))

Dahlman, C, *Konkurrerande culpakriterier*, Studentlitteratur Lund 2000 (cit: Dahlman (2000))

Dahlman, C, Glader, M, Reidav, D, *Rättsekonomi. En introduktion*, 2 uppl, Studentlitteratur AB, Lund 2004 (cit: Dahlman m.fl. (2004))

Elfström, J, Ashton, L-E, *Konsultansvar*, 2 uppl, AB Svensk Byggtjänst Stockholm 2012 (cit: Elfström & Ashton)

Hellner, J, *Skadeståndsrätt*, 3 uppl, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1976 (cit: Hellner (1976))

Hellner, J, Radetzki, M, *Skadeståndsrätt*, 8 uppl, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2010 (cit: Hellner & Radetzki (2010))

Karlgren, H, *skadeståndsrätt*, 5 uppl, P.A. Norstedt & söners förlag, Stockholm 1972 (cit: Karlgren)

Landes, M.L, Posner, R.A, *The Economic structure of Tort Law*, Harvard university press 1978 (cit: Landes & Posner (1978))

Lundstedt, A.V, *Grundlinjer i skadeståndsrätten – senare delen strikt ansvar*, band II, Almqvist & Wiksells boktryckeri A B, Uppsala 1948

Lødrup, P, *Lærebok i erstatningsrett*, 6 uppl, Gyldendal Norsk Forlag AS Oslo 2009 (cit: Lødrup)

Posner, R.A, *Economic analysis of law*, 7 uppl, Aspen Publishers 2007, s. 3 (cit: Posner (2007))

Roos, C-M, *Ersättningsrätt och ersättningssystem*, Norstedts Förlag AB, Stockholm 1990 (cit: Roos)

Schäfer, H-B, Ott C, *The Economic Analysis of Civil Law*, Springer-Verlag 2004 (cit: Schäfer & Ott)

Skogh, G, *Priser, skadestånd och straff*, Liberläromedel, Lund, 1977 (cit: Skogh (1977))

Skogh,G, m.fl. *Ekonomi Under Debatt: Rättsekonomi*, Libertryck Stockholm 1983 (cit: Skogh m.fl.(1983))

Thyrén, J, *Culpa legis Aquilae*, Lund 1893 (cit: Thyrén)

Ullman, H, *Försäkring och ansvarsfördelning, Om förhållandet mellan försäkring och kommersiella leverenas- och entreprenadavtal*, 2 uppl, Iustus Förlag AB, Uppsala 2006 (cit: Ullman (2006))

Von Eyben, B, Isager, H, *Lærebog i erstatningsret*, 6 uppl, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 2007 (cit: Von Eyben & Isager)

Artiklar

Andersson, H, *Culpabegreppet – teoretisk bas och praktisk tillämpning*. I: Nilsson Hjorth, B, P. Björkdahl, E, Baheru, H, van der Sluijs, J, Munukka, J, Andersson, H, *Hyresgästs skadeståndsansvar – Diskmaskinsmålet NJA 2011 s. 454*, Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet. Wängberg, H-A, Munukka, J, Baheru, H, (red), Jure Förlag AB, 2012 (cit: Andersson (2012))

Bengtsson, B, *Svensk rättspraxis: Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2010-2012*, SvJT 2013 s. 625–644

Coase, R.H, *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, Vol. 3 (Oct., 1960), pp. 1–44 (cit: Coase)

Fink, E.M, *Post-realism, or the jurisprudential logic of late capitalism: a socio-legal analysis of the rise and diffusion of law and economics*, Hastings Law Journal 2004 (cit: Fink)

Johansson, S, *Sträng culpabedömning vid skada I samband med golfspel*, JT 1993–1994 s. 192–196

Nilsson Hjorth, B, *Hyresgästens vårdansvar för lägenheten*. I: Nilsson Hjorth, B, P. Björkdahl, E, Baheru, H, van der Sluijs, J, Munukka, J, Andersson, H, *Hyresgästs skadeståndsansvar – Diskmaskinsmålet NJA 2011 s. 454*, Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet. Wängberg, H-A, Munukka, J, Baheru, H, (red), Jure Förlag AB, 2012

Nydrén, B, *”Landskrona-domen” av Högsta domstolen – ett skadeståndsrättsligt landmärke*, Ny Juridik 2:13, Karnov Group Sweden AB 2013

Posner, R.A, *A Theory of Negligence*, The Journal of Legal Studies, Vol. 1, No. 1 (Jan., 1972), pp. 29-66, s. 33–34 (cit: Posner 1972)

Posner, R.A, Rosenfield, A.M, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, The Journal of Legal Studies, Vol. 6, No. 1 (Jan., 1977), pp. 83–118

Rehme, D, Skogh, G, *Strikt ansvar i rättsekonomisk analys*, JT 1994/1995, s. 1161-1170

Van der Sluijs, J, *NJA 2011 s. 454 (Diskmaskinsfallet) ur ett skadestånds- och försäkringsperspektiv*. I: Nilsson Hjorth, B, P. Björkdahl, E, Baheru, H, van der Sluijs, J, Munukka, J, Andersson, H, *Hyresgästs skadeståndsansvar – Diskmaskinsmålet NJA 2011 s.*

454, Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet.
Wängberg, H-A, Munukka, J, Baheru, H, (red), Jure Förlag AB, 2012 (cit: Van der Sluijs)

Internet

Sturesson, E, *Culpabedömningen. En komparation av den skadeståndsrättsliga och den straffrättsliga culpabedömningen*, examensarbete vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, 2001 (Lydelse 2014-02-17 kl 15.00),

<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=1562203&fileOId=1565884>

Bilaga 1: Olika modeller för oaktsamhetsbedömningen

Modell:	Ingående rekvisit:		Hur avgörs oaktsamhetsfrågan?
A	<i>Personlig-hetsmodell- en av BPF</i>	<ul style="list-style-type: none"> Det fastställs först hur oaktsam en påstått culpös person normalt är och i vilket sammanhang denne verkar. Personens påstått culpösa beteende jämförs sedan med hur en fiktiv ”normalt oaktsam” person, i den ifrågavarande situationen, borde ha agerat. 	Om skadevällaren handlat i överensstämmelse med den fiktivt ”normalt oaktsamma” personen undgår denne ansvar, i annat fall åläggs skadeståndsskyldighet.
B	<i>Sedvane- modellen av BPF</i>	<ul style="list-style-type: none"> Det fastställs om det finns någon etablerad sedvana i den kontext där den handlande verkar. Med etablerad förstås i regel att handlingssättet är <i>känt</i> och relativt <i>precis</i>. 	I regel undgår en skadevällare skadeståndsskyldighet om denne handlat i överensstämmelse med en sedvana på det område där denne är verksam. Skulle inte sedvanan ge tillräcklig vägledning, alternativt anses vara uppställa ett för lågt oaktsamhetskrav, kan emellertid ULHF komma att användas istället (se modell D).
C	LHF	1.	Risken för skada (P)
			-Sannolikheten för skada uppskattas.
		2.	Den sannolika skadans storlek (L)
			-Det görs en uppskattning av skadans storlek.
3.	Kostnaden för skadeförebyggande åtgärder (B)		
			- Kostnaderna för skadeförebyggande åtgärder uppskattas.
D	ULHF	1.	Risken för skada
			-Här beaktas sannolikheten för att en skada ska inträffa.
		2.	Den sannolika skadans storlek
			-Rekvisitet tar sikte på hur stor den sannolika skadan är. En stor skada kan t.ex. utgöras av en personskada alt. en ekonomisk förlust.
		3.	Möjligheterna att förekomma skadan
			-I denna del uppskattas skadevällarens möjligheter till att förekomma skadan d.v.s. vad kostnaderna för att undvika skadan skulle uppgå till. Det beaktas även vilka olägenheter åtgärderna skulle medföra. Hänsyn tas även till i vilket sammanhang skadevällaren verkar. Detta innebär att om det finns särskilda risker i en viss verksamhet leder det till högre krav på oaktsamhet. Praktiskt kan en jämförelse mellan hur en skadevällare och hur en ”normalt oaktsam person” på det ifrågavarande området hade agerat, d.v.s. en form av sedvanebedömning, göras.
		4.	Skadevällarens insikt om risken för skada
			-Detta rekvisit, det ”subjektiva rekvisitet”, tar sikte på skadevällarens möjligheter att inse risken för skada. Bedömningen utgår från de allmänna och särskilda omständigheterna i en situation.
			-De allmänna omständigheterna innebär att det i vissa verksamheter krävs en medvetenhet om risker och det därför kan ställas krav på att upptäcka dessa. Beaktandet av medvetenhet i förhållande till särskilda omständigheter innebär att en viss aktivitet kan påkalla särskild medvetenhet om risker.
		Enligt modellen avgörs oaktsamhetsfrågan genom en sammanvägning av de fyra faktorerna. Syftet med bedömningen är att svara på frågan om skadevällaren borde handlat på ett annat vis eller inte. Således vägs inte endast kostnaden för skadeförebyggande åtgärder mot risken för skada utan det görs en helhetsbedömning av situationen.	
		Utgångspunkten är att ju större risken för skada är desto högre krav på oaktsamhet ställs. Risk för personskador leder t.ex. i regel till att högre oaktsamhetskrav ställs. Vidare kan t.ex. skadevällarens insikt om risken för skada leda till ett förhöjt krav på oaktsamhet.	
		Inom denna avvägning vägs även risken för skada mot t.ex. ansvarsfriskrivningar och det beaktas även om någon av ansvarsfrigrunderna blir aktuell vilket på så vis kan leda till att ”farokomponenterna” vägs upp av ”mothänsyn”.	