



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Mattias Karlsson

Skadebegränsning och lojalitetsreciprocitet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Lindell-Frantz

Termin för examen: Period 1 HT18

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	9
1.4.1 Allmän rättslära	9
1.4.2 Rättsdogmatisk metod	9
1.4.3 Rättsekonomi	11
1.4.4 Några centrala begrepp	12
1.5 Forskningsläget	12
1.6 Disposition	13
2 UTOMBLIGATORISK SKADEBEGRÄNSNING	14
2.1 Inledning	14
2.2 Inledande ord om NJA 2017 s. 9	14
2.3 Vad är en allmän rättsprincip	15
2.4 Hur uppkommer en rättsprincip	16
2.5 Är den utomobligatoriska skadebegränsningsplikten en fristående rättsprincip	20
2.6 Culpaprövningen	20
2.7 Skälighetsprövningen	21
2.8 Sammanfattning	21
3 LOJALITETSRECIPROCITET I SKADEBEGRÄNSNINGEN	23
3.1 Inledning	23
3.2 Samhällsekonomiska faktorer	23

3.3	Lojalitetshänsyn	25
3.3.1	Lojalitetsreciprocitet	28
3.3.2	Prekontraktuell lojalitetsplikt	32
3.4	Skadebegränsning och lojalitetsreciprocitet vid strikt ansvar	33
3.5	Skadebegränsning och lojalitetsreciprocitet inom försäkringsrätten	34
3.6	Sammanfattning	36
4	SKADEBEGRÄNSNINGENS FRAMTID	38
4.1	Inledning	38
4.2	Att kodifiera eller inte kodifiera	38
4.3	Sammanfattning	41
5	ANALYS	43
5.1	Inledning	43
5.2	Skadebegränsningsplikten utgör en fristående allmän rättsprincip	43
5.3	Den skadevällandes agerande bör påverka bedömningen	44
5.4	En kodifierad skälighetsprövning bör införas	46
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	48
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	53

Summary

In Swedish law there are provisions on mitigation in Section 70 of the Sale of Goods act. The assessment of whether this mitigation obligation should also apply non-contractually has caused legal scientists some concerns over the years. The purpose of this paper is to investigate and clarify the meaning of the obligation to mitigate your losses in Swedish law. Particular attention is given to the loyalty considerations, which can be regarded as justification of the obligation, as well as to the question of whether an unfair act of the causing party should affect the application of the mitigation obligation. In this paper, a legal-judicial method has been adopted and generally accepted sources of law such as legal texts, preliminary work, practice and doctrine have been applied to investigate the law in force. Furthermore, the question of mitigation, and the future of mitigation, has also been investigated with regards to law and economics.

The non-contractual liability to mitigate your losses constitutes a general principle of law applicable after damage has occurred. Regarding this, most people seem to agree. HD has also, through NJA 2017 p. 9, deliberately thrown new light on the obligation to mitigate your losses, thus clarifying how it should be applied. In this section, I believe there are grounds for some criticism.

The mitigation obligation is likely mentioned for the first time in the early 20th century. However, it has been unclear how universal this duty is and how it should be applied. The Compensation Act contains in Chapter 6 Section 1 rules on adjustment due to contributory negligence. The mitigation of damages has previously been considered to be part of these rules. From HD's statement in NJA 2017 p. 371 we can conclude that the obligation to mitigate your losses stands for itself. It is however in my opinion still necessary to take the rules on contributory negligence into account in the interpretation of mitigation.

In the centre of this paper is the question of the extent to which loyalty reciprocity should affect the assessment of what actions the injured party should take to mitigate their losses. In NJA 2017 p. 9, HD states that the conduct of the damaging party typically does not affect the assessment of the actions the injured party is expected to take. At the same time, HD clarifies that the obligation to mitigate losses is motivated by loyalty, even non-contractual. Contractually, there is a duty of loyalty which implies certain rights and obligations. It has also been considered that there is room for letting one party's unlawful actions have consequences. As regards to complaint and limitation, unlawful conduct may, in some cases, mean that the disloyal party does not own the right to enjoy the legal protection it otherwise would be entitled to. As regards to the contributory negligence rules, there is also room for taking into account the degree of disloyal behaviour from the damaging

party through the reasonableness test conducted in the event of a possible adjustment.

Whether the duty of loyalty is a general principle of law that will also be fully applied in the non-contractual area has long been unclear. Any clarity regarding this has not been possible through this essay, but it seems to me that it is clear that loyalty considerations can at least be considered non-contractual as well. Since loyalty considerations should be taken into account, the consequences that an unfair behaviour may cause should be taken into account as well. What complicates the assessment regarding this with regard to the obligation to mitigate losses is that the obligation is also motivated by reasons other than loyalty.

In order to increase the legitimacy of non-contractual mitigation and create the desired coherence with the contributory negligence and rescue obligations, the mitigation obligation should be codified in the Compensation Act. Such a codification should also provide scope for a reasonableness test, taking into account caution on either side.

Sammanfattning

I svensk rätt finns bestämmelser om skadebegränsning i 70 § köplagen. Att bedöma huruvida denna skadebegränsningsplikt ska gälla också utomobligatoriskt har genom åren vållat rättsvetenskapsmännen vissa bekymmer. Denna framställning har till syfte att undersöka och klargöra innebörden av skadebegränsningsplikten i svensk rätt. Särskilt fokus ligger här på de lojalitetshänsyn som anses motivera skadebegränsningen och frågan huruvida ett illojalt agerande hos den skadevällande kan påverka tillämpningen av skadebegränsningsplikten. I framställningen har det anlagts en rättsdogmatisk metod och allmänt vedertagna rättskällor som lagtext, förarbeten, praxis och doktrin har tillämpats för att utreda gällande rätt. Med anläggande av en rättsekonomisk metod har också frågan om skadebegränsningen ekonomiska effekter undersökts, samt skadebegränsningens framtid.

Skadebegränsningsplikten syntes i svensk rätt, troligen, för första gången i början av 1900-talet. Det har dock varit oklart hur pass allmängiltig denna plikt är och även hur den ska tillämpas. Skadeståndslagen innehåller i 6 kap. § 1 regler om jämkning med anledning av medvållande. Skadebegränsningsplikten har tidigare av vissa ansetts vara en del av dessa regler. Genom NJA 2017 s. 371 kan vi med stöd av HD:s uttalande sluta oss till att skadebegränsningsplikten står på egna ben, om än att det fortfarande enligt min mening finns anledning att beakta reglerna om medvållande vid tolkning av skadebegränsningen. Det finns därför en utomobligatorisk skadebegränsningsplikt, vilken utgör en allmän rättsprincip som ska tillämpas efter det att skada inträffat. Om detta verkar alla rörande överens. HD har genom NJA 2017 s. 9 på ett förtjänstfullt kastat nytt ljus på skadebegränsningsplikten och därigenom förtydligat hur den bör tillämpas. I denna del finns enligt min mening dock anledning till viss kritik.

I centrum för uppsatsen står frågan om i vilken mån lojalitetsreciprocitet ska påverka bedömningen av vilka åtgärder den skadelidande bör vidta för att begränsa sin skada. I NJA 2017 s. 9 uttalar HD att den skadevällandes agerande typiskt sett inte ska påverka bedömningen av vilka åtgärder den skadelidande förväntas vidta. Samtidigt klargör HD att skadebegränsningsplikten motiveras av lojalitetshänsyn, såväl inomobligatoriskt som utomobligatoriskt. På det kontraktsrättsliga området finns en lojalitetsplikt som medför vissa rättigheter och skyldigheter. Det har också ansetts finnas utrymme för att låta en parts illojala agerande få konsekvenser. Vad gäller reklamation och preskription kan ett illojalt agerande därför i vissa fall innebära att den illojala parten inte äger rätt att åtnjuta det rättsliga skydd den annars varit berättigad till. Vad gäller reglerna om medvållande anses det också finnas utrymme för att beakta graden av vållande genom den skälighetsprövning som genomförs vid en eventuell jämkning.

Huruvida lojalitetsplikten är en allmän rättsprincip som också ska tillämpas fullt ut på det utomobligatoriska området har länge varit oklart. Någon klarhet i detta har inte kunnat bringas genom denna uppsats, men det framstår enligt min mening som klart att lojalitetshänsyn åtminstone kan beaktas också utomobligatoriskt. Eftersom lojalitetshänsyn ska beaktas bör också de konsekvenser som ett illojalt beteende kan medföra beaktas. Vad som komplicerar bedömningen gällande skadebegränsningsplikten är att plikten motiveras också av andra skäl än lojalitet.

I syfte att ge skadebegränsningen ökad legitimitet och skapa önskvärd koherens med reglerna om medvållande och räddningsplikten bör skadebegränsningsplikten kodifieras i skadeståndslagen. En sådan kodifikation bör också ge utrymme för en skälighetsprövning där vållande på ömse sidor beaktas.

Förord

Vilka år det har varit. Tack till alla som förgyllt min tid, men särskilt tack till Johanna och Johan.

Stort tack också till min handledare Eva Lindell-Frantz. Dina kommentarer och synpunkter har sannerligen förbättrat detta arbete.

Mattias Karlsson
Lund, 7 januari 2019

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
FAL	Försäkringsavtalslag (2005:104)
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
Köplagen	Köplag (1990:931)
NIE	New Institutional Economics
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk
Skadeståndslagen	Skadeståndslag (1972:207)
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Ritsvetenskap
UB	Utsökningsbalk
Varumärkeslagen	Varumärkeslag (2010:1877)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I februari 2017 meddelade Högsta domstolen (HD) dom i en tvist mellan Cederroth och Pharma.¹ Tvisten aktualiserade bland annat frågan om den skadelidande haft skyldighet att begränsa sin skada trots att det inte förelåg något avtal mellan de tvistande parterna.

I domen konstaterar HD att det inom kontraktsrätten finns en allmän skyldighet att begränsa sin skada, vilket följer av bland annat 70 § första stycket köplag (1990:931), köplagen. Av bestämmelsen framgår att den skadelidande parten ska vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada och att den skadelidande själv får bära en motsvarande del av förlusten om han eller hon försummar det. HD menar också att skyldigheten att begränsa skadan anses gälla även utanför kontraktsförhållanden.

Vidare anför HD att bedömningen av vilka åtgärder som den skadelidande förväntas vidta inte påverkas av den skadevållandes agerande. Detta trots att skyldigheten att begränsa sin skada enligt HD motiveras av lojalitetshänsyn. Enligt HD ska den skadelidande typiskt sett förväntas agera på samma sätt oavsett om den skadevållande agerat uppsåtligt eller vårdslöst. Detsamma anses gälla även när den skadevållande är ansvarig för skada till följd av att denne ålagts strikt ansvar.

Eftersom frågan om vilka skyldigheter som åläggs den skadelidande inte aktualiserats under ett antal år finns anledning att närmare utreda vad skadebegränsningsskyldigheten egentligen är för något och hur man ska förhålla sig till den. Inte minst är detta relevant för kommersiella aktörer då skadebegränsningsskyldigheten kan bli av stort värde, särskilt vid immaterialrättsliga tvister. I ljuset av NJA 2017 s. 9 är det också relevant att närmare undersöka huruvida lojalitetsreciprocitet bör påverka bedömningen av vilka åtgärder den skadelidande kan förväntas vidta.

1.2 Syfte och frågeställning

Mitt övergripande syfte med denna uppsats är att utreda om det finns, eller om det bör finnas, utrymme för att beakta den skadevållandes agerande vid bedömningen av vilka åtgärder den skadelidande bör vidta i sin skadebegränsning. Detta har jag valt att göra genom att beakta lojalitetsreciprocitet. För att kunna uppfylla detta syfte kommer jag att undersöka vilka motiv som ligger bakom skadebegränsningsplikten och hur dessa motiv förhåller sig till varandra.

¹ Se NJA 2017 s. 9.

För att kunna uppfylla mitt övergripande syfte, är avsikten med uppsatsen också att klargöra om det finns en utomobligatorisk skadebegränsningsskyldighet. Om en sådan skyldighet finns ska också utredas vad den har för stöd. Här uppkommer också frågan om var gränsen går mellan en eventuell skadebegränsningsskyldighet och jämkning med anledning av medvållande och hur långt skadebegränsningsskyldigheten faktiskt sträcker sig. En viktig delfråga blir därför hur skadebegränsningsplikten skiljer sig från reglerna om jämkning.

Vidare syftar uppsatsen till att undersöka huruvida skadebegränsningsplikten kan anses ekonomiskt effektiv och även om skadebegränsningen på något sätt kan effektiveras ytterligare.

I uppsatsen behandlas följande frågeställningar:

- Finns det en utomobligatorisk skadebegränsningsskyldighet?
- Utgör skadebegränsningsskyldigheten en allmän rättsprincip?
- Var går gränsen mellan jämkning på grund av medvållande och skadebegränsning?
- Påverkas skyldigheten att begränsa sin skada av den skadeståndsskyldiges agerande?
- Borde en eventuell utomobligatorisk skadebegränsningsskyldighet regleras i någon mån?

1.3 Avgränsningar

Med hänsyn till utrymmet och syftet med uppsatsen kommer någon heltäckande genomgång av vad som är en allmän rättsprincip tyvärr inte kunna göras. En sådan fråga är tämligen teoretisk och skulle på egen hand kunna utgöra ett eget examensarbete. Då även andra frågeställningar ska besvaras i denna uppsats måste därför detta avsnitt begränsas både till omfång och till material. För att besvara frågan om skyldigheten att begränsa sin skada utgör en allmän rättsprincip beaktas praxis. Trots att skadebegränsningsskyldigheten inte förekommit i alltför många rättsfall har ett visst urval skett där jag valt att presentera de rättsfall som jag tycker bäst belyser skyldigheten att begränsa sin skada och bedömningen av detta över tid. De rättsfall som jag valt är uteslutande rättsfall som behandlats av HD.

Någon närmare och genomgripande beskrivning av den svenska skadestånds- och försäkringsrätten, kommer heller inte att göras. Jag utgår från att läsaren har åtminstone grundläggande kunskap om till exempel de olika skadetyperna och adekvans- samt culpabedömningar. Uppsatsen syftar inte heller till att ge en heltäckande beskrivning av samtliga relevanta aspekter av skadebegränsningen. Vad gäller de skadebegränsande åtgärderna kommer endast vissa generella huvuddrag att presenteras.

1.4 Metod och material

1.4.1 Allmän rättslära

Delar av uppsatsen, främst andra kapitlet, behandlar vad en allmän rättsprincip är. Det får till följd att metoden för detta andra kapitel i stor mån skiljer sig åt från resterande del av uppsatsen där främst den rättsdogmatiska metoden står i centrum.

Enligt Aleksander Peczenik utgör den allmänna rättsläran en vetenskap *om rättsdogmatiken och rättstillämpningen*.² Peczenik menar att den allmänna rättsläran utgörs av en beskrivning och analys av den juridiska metoden, en utvärdering av dessa uppgifter, begrepp och argument samt förslag på förbättringar och även rättsfilosofiska synpunkter på dessa. För att försöka särskilja denna metod från den rättsdogmatiska skulle man kunna säga att syftet med den allmänna rättsläran är att skapa ett stabilt fundament för rättsdogmatiken, men även för rättstillämpningen.³

I uppsatsen undersöks begreppet allmän rättsprincip, dess innebörd och betydelse. För att göra detta kommer jag att använda mig av en begreppsanalytisk metod. Främsta fokus för denna metod är att utreda innebörden och användningen av ett visst begrepp, vilket passar väl ihop med syftet för denna uppsats.⁴

1.4.2 Rättsdogmatisk metod

Merparten av denna uppsats syftar till att utreda vad som är gällande rätt. För att göra detta lämpar sig den rättsdogmatiska metoden väl.

I NJA 2017 s. 9 ägnar HD stort utrymme åt att utreda förutsättningarna för skadebegränsningsskyldigheten. Att skyldigheten också vållar kommersiella parter som lidit skada rättsliga problem får anses uppenbart. Rättsdogmatiken syftar till att hitta lösningar på sådana rättsliga problem, genom att *rekonstruera* dessa.⁵ Denna rekonstruktion går ut på att man försöker ombilda, dissekera och sedan behandla problemen med stöd av de rättsregler som finns och genom denna operation hitta nya sätt att se på problemen och därigenom kunna finna lösningar.⁶ Metoden inom rättsdogmatiken är att söka svaret på dessa rättsliga problem med hjälp av de *allmänt accepterade rättskällorna*. Detta sker ofta genom att rättsregler appliceras på problemet.⁷ Rättsdogmatiken utgår också nästan alltid från en konkret problemställning, varför det är av stor vikt att den valda problemställningen är korrekt utformad

² Peczenik 1995, s. 5.

³ Peczenik 1995, s. 5ff.

⁴ Bergström, Boréus 2012, s. 178.

⁵ Jareborg SvJT 2004, s. 5 samt Kleineman 2018, s. 21.

⁶ Jareborg SvJT 2004, s. 3.

⁷ Jareborg SvJT 2004, s. 8.

och relevant.⁸ Nils Jareborg beskriver detta på så sätt att ”*Lagstiftaren stiftar lagar, domaren dömer och rättsdogmatikern konstruerar ett normativt system som ger mening åt lagarna och domarna.*”⁹ Genom denna beskrivning menar Jareborg också att rättsdogmatiken fyller en funktion genom att den lyfter rättsordningen från en annars primitiv nivå.¹⁰

Vid tillämpning av den rättsdogmatiska metoden måste också noteras att metoden i huvudsak är inriktad mot rättstillämparens problem. Här avses normalt de problem som domare tvingas ta ställning till i egenskap av sin roll. Enligt Lena Olsen bör dock begreppet rättstillämpare ges en vidare definition så att också advokater som agerar som ombud, även för kommersiella aktörer, anses vara rättstillämpare.¹¹

Att rättsdogmatiken skulle fylla en funktion eller överhuvudtaget ha en plats i vetenskapens finrum har dock inte alltid varit självklart. Genom åren har metoden utsatts för en omfattande kritik. Vidare kan ifrågasättas om rättsdogmatik är en rättsvetenskap, eller om det överhuvudtaget ens är fråga om en vetenskap. Under tidigt 1900-tal kritiserades metoden starkt av företrädare för den så kallade Uppsalaskolan, med Axel Hägerström i täten. Uppsalaskolan ansåg metoden ovetenskaplig då de ansåg att vetenskap endast utgjordes av fakta, och normativa system ansågs således inte kunna utgöra vetenskap.¹² Denna kritik får numera anses vetenskapligt föråldrad.¹³ På barrikaderna, som en särskild förespråkare för metoden, har Jareborg befunnit sig. Han har kraftfullt tillbakavisat kritiken på så sätt att det enligt hans mening finns två sätt på vilka forskning kan bedrivas vetenskapligt. Antingen bedrivs forskning med en vetenskaplig metod, vilket rättsdogmatiken trots allt inte kan anses utgöra, eller så bedrivs forskning i ett vetenskapligt *syfte* och det är alltså detta man gör inom rättsdogmatiken.¹⁴

Viss kritik har också riktats mot rättsdogmatiken som alltför bunden. Detta har enligt Torgny Håstad resulterat i att dogmatiken i vissa fall kommit i konflikt med vad som kan anses som affärsmässigt lämpligt eller rimligt.¹⁵ Att en strikt tillämpning av metoden resulterar i en bunden analys får anses rimligt. Eftersom rättsdogmatiken rekonstruerar problem utifrån bestämda ramar, vilka utgörs av rättskällorna, har metoden historiskt sett inneburit att forskningen endast förklarar hur rätten ser ut i dagsläget, *de lege lata*, utan att rättsvetenskapsmannen dragit några djuplodande egna slutsatser om hur rätten eventuellt borde förändras.¹⁶ För att i någon mån förändra detta har Jan Kellgren verkat för mer normativa inslag i den rättsdogmatiska metoden. Han anser att kunniga forskare bör tillåtas att också uttala sig om hur rätten faktiskt

⁸ Kleineman 2018, s. 23.

⁹ Jareborg SvJT 2004, s. 4.

¹⁰ Jareborg SvJT 2004, s. 5.

¹¹ Olsen SvJT 2004, s. 108.

¹² Jareborg SvJT 2004, s. 6.

¹³ Kleineman 2018, s. 24ff.

¹⁴ Jareborg SvJT 2004, s. 2 och s. 8.

¹⁵ Håstad SvJT 2017, s. 1.

¹⁶ Rodhe JT 1996/97, s. 1ff.

borde se ut.¹⁷ Liksom Kellgren menar jag att det är rimligt att inte bara diskutera hur rätten ser ut, helt utan normativa inslag. Trots att jag långt ifrån får anses vara en kunnig forskare har jag ändå tillåtit mig själv att i viss mån fundera över rätten ur ett *de lege ferenda*-perspektiv.

Här bör också sägas något om rättsskälsläran. Det kan noteras att HD i sina domskäl i NJA 2017 s. 9 anser att kontraktsträttens regler ska kunna tillämpas på det utomobligatoriska området.¹⁸ I min diskussion om allmänna rättsprinciper kommer jag själv också att ta stöd i lagstiftning utan att den i vissa fall är direkt tillämplig. Vad gäller skadeståndslag (1972:207), skadeståndslagen, kan sägas att den är tillämplig såväl inom- som utomobligatoriskt. I förarbeten anges att ”*de allmänna utomobligatoriska skadeståndsreglerna har generell tillämpning och sålunda i princip gäller också i avtalsförhållanden [...]*”.¹⁹ Det framgår också av 1 kap. 1 § skadeståndslagen att lagen ska tillämpas om inte annat är särskilt föreskrivet eller föranleds av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden. I NJA 2017 s. 9 beaktar och tillämpar HD även köplagen. Torgny Håstad har anfört att det råder oklarhet till vilken grad analogislut i köplagen ska tillämpas på oreglerade avtalstyper.²⁰ Några av köplagens regler anses dock även ge uttryck för allmänna civilrättsliga principer. Det får för dessa fall anses naturligt att ibland tillämpa lagregeln utanför den specifika lagens tillämpningsområde.²¹

Eftersom frågeställningarna ovan tar sikte på svensk rätt är det naturligt att de svenska rättsskällorna beaktas i den undersökande delen av uppsatsen, med stöd av den rättsdogmatiska metoden som ovan redogjorts för.

1.4.3 Rättsekonomi

I syfte att utreda ifall den nuvarande regleringen av skadebegränsningen är effektiv och för att säga något om hur framtiden för skadebegränsningen kan tänkas se ut tillämpas också ett rättsekonomiskt perspektiv. Detta perspektiv åläggs främst uppsatsens tredje och fjärde kapitel.

Tillämpningen av rättsekonomi grundas på att juridiska regler betraktas ur ett nationalekonomiskt perspektiv.²² Detta innebär att lagar och regler tolkas utifrån ekonomiska termer i syfte att samhällets välbefinnande ska öka.²³

Det finns ett flertal skolor inom rättsekonomi. I denna uppsats kommer jag använda mig av teorier formulerade inom vad som kallas för *New Institutional Economics*. För att förenkla för läsaren kommer en närmare presentation av vad som särskiljer denna skola och hur de ser på ekonomisk

¹⁷ Kellgren SvJT 2002, s. 518ff.

¹⁸ Jfr. HD:s domskäl i p. 28.

¹⁹ Prop. 1972:5, s. 449.

²⁰ Håstad 2009, s. 36f.

²¹ Ramberg, Ramberg 2016, s. 24f.

²² Dahlman, Glader, Reidhav 2005, s. 9.

²³ Dahlman, Glader, Reidhav 2005, s. 205ff.

effektivitet att göras i anslutning till att det rättsekonomiska perspektivet används.

1.4.4 Några centrala begrepp

Något kort ska också sägas om några begrepp som återkommer i uppsatsen. Jag kommer använda mig av termerna skadebegränsningsskyldighet och skadebegränsningsplikt synonymt. Anledningen till att jag inte bara håller mig till en term är för att det enligt min mening gör texten mer lättläsbar att inte repetera samma term. Jag använder mig också av termerna inom- och utomobligatoriskt för att beskriva förhållanden som är respektive inte är reglerade genom avtal. Inte heller detta är jag helt konsekvent med. Ibland skriver jag till exempel att det rör sig om en situation utanför kontraktsförhållanden. Det är samma sak som avses med detta och även här är anledningen att jag vill få texten att flyta bättre.

På ett antal ställen i uppsatsen citerar jag framstående författare på området. Vid sådana tillfällen har jag valt att använda mig av den terminologi som dessa författare använder, till exempel rättsgrundsats och rättsprincip. För att inte lägga ord i munnen på någon, och eftersom syftet med uppsatsen inte är att redogöra för samtliga tänkbara skillnader mellan begrepp som dessa, har jag valt att återanvända de termer som dessa herrar använder. Där jag anser att det funnits behov att påpeka detta framgår det också av texten.

1.5 Forskningsläget

Vad gäller frågan om allmänna rättsprinciper kommer uppsatsen ta sin utgångspunkt i Nils Jareborgs text ”Vad är en princip?” i Festskrift till Åke Frändberg. Här måste naturligtvis också ett bredare internationellt och mer rättsfilosofiskt perspektiv åläggas. För att finna stöd för detta kommer framförallt Ronald Dworkin och hans artiklar *The model of rules* samt *Taking rights seriously* att beaktas tillsammans med Robert Alexys *On the structure of legal principles*.

Det saknas i stor mån forskning på området gällande skadebegränsningsplikten. Frågan har berörts i det ovan nämnda rättsfallet NJA 2017 s. 9 men i övrigt saknas nytt material. De verk som behandlar frågan är därför i stor mån något äldre. Den absoluta utgångspunkten för diskussionen är Bertil Bengtssons verk *Om jämkning av skadestånd* som utgjort grunden för i stort sett samtliga senare tillkomna arbeten. Här kan främst nämnas *Skadeståndsberäkning vid sakskada* av Marcus Radetzki som utgavs i en andra upplaga 2012, och Håkan Anderssons *Skyddsändamål och Adekvans*.

Vad gäller frågan om lojalitetsreciprocitet är den naturliga utgångspunkten Jori Munukkas *Kontraktuell lojalitetsplikt*. I boken myntas termen lojalitetsreciprocitet och en mer utförlig diskussion angående detta står inte att finnas. Visserligen är det främst den kontraktuella lojalitetsplikten som står i fokus här, men vägledning också utomobligatoriskt går ändå att hitta.

1.6 Disposition

Efter detta inledande kapitel kommer uppsatsens andra kapitel att behandla frågan om skadebegränsningsplikten kan anses utgöra en fristående allmän rättsprincip skild från reglerna om jämkning med anledning av medvållande. För att kunna besvara den frågan måste först undersökas vad en allmän rättsprincip är. Därtill måste också bestämmelserna om jämkning med anledning av medvållande i skadeståndslagen närmare behandlas. Då uppsatsen kommer att ha sin utgångspunkt i det ovan nämnda rättsfallet NJA 2017 s. 9 kommer det andra kapitlet även inledas med en kortfattad sammanfattning av de relevanta skadeståndsrättsliga frågorna som HD handskas med. I kapitlet behandlas också skadebegränsningsplikten som sådan. Där diskuteras frågan om vad som innefattas i skadebegränsningsplikten och hur bedömningen ser ut.

I kapitel tre behandlas frågan om lojalitetsreciprocitet och hur skadebegränsningsskyldigheten kan tänkas påverkas av den skadeståndsskyldiges agerande. Här kommer också frågan om lojalitetspliktens betydelse utredas.

Uppsatsens fjärde kapitel tar itu med frågan om hur skadebegränsningen bör regleras i framtiden. Särskilt frågan om det finns samhällsekonomiska vinningar med att kodifiera skadebegränsningsskyldigheten redogörs för.

Det ska noteras att uppsatsen innehåller kortare analyser som löpande följer de olika avsnitten som presenteras. Den större diskussionen där uppsatsens resultat analyseras närmare företas dock i kapitel 5.

2 Utomobligatorisk skadebegränsning

2.1 Inledning

För att frågan om lojalitetsreciprocitet inom skadebegränsning ska kunna behandlas utförligt måste det först utredas om det finns en utomobligatorisk skadebegränsningsplikt och vad den i så fall har för stöd.

2.2 Inledande ord om NJA 2017 s. 9

Mårten Schultz har uttalat att ”*En dom i ett skadeståndsmål uppfyller de krav som vi kan ställa på en domstol i en rättsstat enbart om dess argumentation i sak, den argumentation som förs för att motivera domslutet, förs under (i vid mening) rättsliga principer (och regler, vilket här skall förstås som en särskild, kvalificerad typ av principer).*”²⁴ Det finns därför anledning att först undersöka vad HD anger till stöd för såväl skadeståndsskyldighet som skadebegränsningsskyldighet.

I rättsfallet, NJA 2017 s. 9, behandlas skadeståndsskyldighet i ett utomobligatoriskt förhållande och mer specifikt skadeståndsskyldighet för att felaktigt ha ansökt om, och beviljats, ett interimistiskt förbud för motparten att sälja en vara under ett bestämt varumärke. Käranden i målet förbjöds att under närmare fyra år marknadsföra en vara under det tilltänkta varumärket. Varumärkeslagen (2010:1877) innehåller inte någon regel om ersättningsskyldighet för sökanden för det fall att ett interimistiskt vitesförbud senare upphävs.²⁵ Däremot finns regler om ersättningsskyldighet vid upphävande av exekutionstitlar i 3 kap. 22 § utsökningsbalken, UB. Av tredje stycket framgår att sökanden är skyldig att ersätta den skada som svaranden har lidit genom verkställigheten. Trots att bestämmelsen endast tar sikte på situationer då exekutionstitlar upphävs anses den även omfatta fall där man i efterhand kan konstatera att den sökande inte haft ett berättigat anspråk.²⁶ Enligt HD finns det stöd i den rättsliga litteraturen för att 3 kap. 22 § UB utgör grunden för skadeståndsansvar när ett interimistiskt förbud upphävs.²⁷ Eftersom det i stor mån saknas ytterligare reglering av ersättningsskyldighet i UB anger HD att ”*Liksom för övriga delar av skadeståndsrätten finns det vidare anledning att tillämpa allmänna skadeståndsrättsliga principer utöver de som kommer till uttryck i lagen. Detta innebär att principer rörande sådana frågor som adekvat kausalitet, normskyddsläran, jämkning till följd av den skadelidandes medverkan, skadebegränsningsskyldighet [...] ska*

²⁴ Schultz JT 2008/09, s. 471.

²⁵ Den 1 januari 2019 träder lag (2018:1652) om ändring i varumärkeslagen (2010:1877) i kraft. Den nya lagen innebär inga skillnader i denna fråga.

²⁶ Jfr. t.ex. Fitger m.fl., Zeteo, 15 kap. 6 § RB.

²⁷ Se HD:s domskäl p. 14 samt Westberg 2004, s. 228f. och 232f.

tillämpas också på skadeståndsansvar som följer av 3 kap. 22 § UB analogiskt och direktivkonformt tillämpad.”

Det finns inget uttryckligt stöd i skadeståndslagen för att det skulle finnas en allmän skadeståndsrättslig princip om skadebegränsning. Istället vänder sig HD till det rent inomobligatoriska området och konstaterar att det för köprättens del finns en allmän skyldighet att begränsa sin skada.²⁸ Bestämmelsen återfinns i 70 § köplagen. Där framgår att den skadelidande parten ska vidta skäligen åtgärder för att begränsa sin skada. Försummar han det får han själv bära en motsvarande del av förlusten. HD anger här till att denna skyldighet att begränsa sin skada anses gälla också utanför kontraktsförhållanden. Till stöd för detta åberopar HD såväl Anderssons *Skyddsändamål och adekvans* som Radetzki's *Skadeståndsberäkning vid sakskada*.²⁹ Andersson skriver att *”Huvudregeln är att den skadelidande har en skyldighet att, sedan väl skadetillfogandet skett, begränsa verkningarna”*.³⁰ Till stöd för detta återfinns omfattande hänvisningar i den tillhörande noten. Även Radetzki menar att det finns *”...en grundsats som innebär att den skadelidande är skyldig att begränsa verkningarna av uppkommen skada.”*³¹

Att det finns ett tydligt stöd i doktrinen för att det finns en allmän skadeståndsrättslig princip om skadebegränsning står därför klart. Kan detta i sig vara tillräckligt för att en princip ska anses föreligga?

2.3 Vad är en allmän rättsprincip

Att besvara frågan vad som är en allmän rättsprincip kan tyckas vara en dumdrigt idé för ett examensarbete. För att närmare kunna utvärdera HD:s resonemang är det dock ett nödvändigt ont.³² För att inte fastna i någon begreppsjurisprudens kommer jag inte att försöka utreda den absoluta skillnaden mellan vad som är en regel och vad som är en princip och jag kommer inte heller fördjupa mig i vad de olika instanserna i NJA 2017 s. 9 kan ha haft i åtanke när de valt att beteckna skyldigheten som en regel eller en princip. I stället kommer fokus att ligga på vad det finns för stöd för att skadebegränsningsskyldigheten utgör en allmän princip.

Ronald Dworkin har i ett försök att definiera begreppet princip sagt att *”I call a principle a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.”*³³ För att förtydliga detta och skilja principer från regler har Dworkin anfört att skillnaden ligger i en logisk distinktion. Han menar att regler är gällande antingen fullt ut eller inte alls och det uppstår legala

²⁸ HD:s domskäl p. 28.

²⁹ Se HD:s domskäl p. 28; Andersson 1993, s. 479 samt Radetzki 2012, s. 175ff.

³⁰ Andersson 1993, s. 479.

³¹ Radetzki 2012, s. 175ff.

³² Eller gott, beroende på hur man rättsfilosofiskt är lagd.

³³ Dworkin 1967, s. 23.

konsekvenser så fort en regel inte efterlevs. Principer följer inte samma modell. En princip leder inte på samma sätt till omedelbara konsekvenser. Visst handlande i strid med en princip kan till och med vara tillåtet. Som exempel anger Dworkin principen om att ingen ska tjäna på sitt egna brottsliga eller kontraktbrytande agerande. Det finns enligt honom ett flertal fall som strider mot principen men som ändå måste anses tillåtna, till exempel att man byter till ett konkurrerande arbete i strid med en konkurrensklausul. Om det nya arbetet är bättre avlönat kommer person ifråga trots allt att tjäna på ett sådant agerande.³⁴

Enligt Robert Alexy är principer ”*optimization commands*”.³⁵ Principer är normer som kräver att någonting realiseras till den högsta grad som är faktiskt och juridiskt möjligt. Principerna är därför så kallade optimeringskommandon.³⁶ Vidare delar Alexy Dworkins uppfattning om att regler är normer som endast kan vara antingen uppfyllda eller inte. Om en regel är giltig krävs också att man gör exakt vad regeln kräver, inget mer och inget mindre. Reglerna omfattar därför beslut om faktiska och juridiska möjligheter. De är på så sätt så kallade definitiva kommandon. Det betyder att skillnaden mellan regler och principer endast är en skillnad i kvalitet och inte en gradskillnad. Varje norm är därför antingen en regel eller en princip.³⁷

Dworkin skriver att principer kan behandlas och tillämpas på två sätt. Principer kan anses bindande på samma sätt som regler och på så sätt utgöra en del av rätten. Eftersom de är en del av rätten har rättstillämparen en skyldighet, på samma sätt som vad gäller regler, att tillämpa dessa. Principer kan också anses ligga bortom rätten och att det är upp till rättstillämparens diskretion när de dessa bör tillämpas.³⁸

Nils Jareborg delar inte dessa båda rättsfilosofers uppfattning utan anför att principer snarare bör ses som en underklass av regler och inte som något sidoordnat.³⁹ Jareborg menar att en rättsprincip alltid är en rättsregel och en ”böra-regel”. Med detta vill han visa att en rättsprincip är en rättsregel som man i vissa fall kan låta bli att följa utan att man därigenom överträder den.⁴⁰ Jareborg framför också att huruvida en rättsprincip gäller eller inte inom ett rättsområde beror på om principen ger uttryck för viktiga värderingar och uttryck och om den gör rättssystemet mer sammanhängande.⁴¹

2.4 Hur uppkommer en rättsprincip

Om man likt Jareborg är av uppfattningen att principer är regler, påverkas svaret på frågan när en rättsprincip uppstår av ens syn på rätten i stort. Om

³⁴ Dworkin 1967, s. 25.

³⁵ Alexy 2000, s. 295.

³⁶ Alexy 2000, s. 295.

³⁷ Alexy 2000, s. 295.

³⁸ Dworkin 1967, s. 29f.

³⁹ Jareborg 2003, s. 141.

⁴⁰ Jareborg 2003, s. 142.

⁴¹ Jareborg 2003, s. 144.

man har en naturrättslig världsåskådning skapas inte regler. Naturrättare menar att rättsregler alltid finns, och har alltid funnits, närvarande och är endast nedtecknade av oss människor.⁴² Efter att ha utstått en hel del kritik är naturrätten inte längre särskilt aktuell och får anses i viss mån ha ersatts av rättspositivismen. Enligt denna åskådning är det istället vi människor som skapar rätten.⁴³ Jareborg menar att en rättsprincip, liksom andra principer, kan uppfinnas, skapas och upptäckas. En princip kan på så sätt ha uppfunnits i syfte att verka styrande för en samling regler men det kan också vara så att man upptäcker att en samling regler tillsammans ger uttryck för en princip.⁴⁴

Schultz har vidare i förhållande till ett annat avgörande angett att ”*en allmän princip [...] kan härleda sin legitimitet antingen genom att den följer av mer övergripande normer, genom att den följer av lagstiftning eller i vart fall kan tolkas som uttryckt i lagstiftning, eller genom att HD har använt sig av sin makt att lägga ned civilrättsliga normer inom ramen för sin prejudikatsbildande verksamhet.*”⁴⁵

Dworkin synes mena att en rättsprincip kan utgöra en del av gällande rätt genom sitt innehåll och inte på grund av att den tillkommit genom lagstiftning. Om innehållet i principen kan rättfärdiga redan gällande regler utgör detta ett stöd för att principen ingår i gällande rätt.⁴⁶ Ola Svensson har förklarat detta som att principen ”*gäller alltså i kraft av sin förmåga att rättfärdiga reglerna och kan sägas uttrycka den institutionella moralen.*”⁴⁷ I svensk rätt finns inga regler om hur lagar och andra rättskällor ska tolkas.⁴⁸ Svensson har vidare anfört att för de fall där det saknas lagregler på det kontraktsrättsliga området ska domstolarna ”*vidareutveckla rätten genom att tillämpa allmänna kontraktsrättsliga principer. När det i svensk rätt talas om sådana principer avses ofta generella normer härledda ur den befintliga rätten. [...] Att vidareutveckla rätten genom att tillämpa de principer som ligger till grund för den befintliga rätten är ett sätt att förverkliga målet att väsentligt lika fall behandlas på ett likvärdigt sätt och därmed skapa integritet i rättstillämpningen.*”⁴⁹ Att domstolen på detta sätt skapar regler har Svensson benämnt som *typiserad utfyllnad*.⁵⁰ Även om frågan i denna uppsats rör ett utomobligatorisk förhållande finns enligt min mening anledning att med stöd av vad Svensson anfört betrakta hur skadebegränsningsplikten i allmänhet behandlats i svensk rätt.

Frågan om skadebegränsningsplikten har som ovan angetts inte diskuterats särskilt utförligt i den juridiska doktrinen. Förutom de verk som presenterats

⁴² Strauss 1968, s. 80ff.

⁴³ Hart 1958, s. 594f.

⁴⁴ Jareborg 2003, s. 144.

⁴⁵ Schultz JT 2008/09, s. 480.

⁴⁶ Dworkin 2013, s. 66f.

⁴⁷ Svensson Ny Juridik 2016, s. 20.

⁴⁸ Svensson Ny Juridik 2016, s. 47.

⁴⁹ Svensson Ny Juridik 2017, s. 98–99.

⁵⁰ Svensson Ny Juridik 2017, s. 99.

under forskningsläget behandlas skadebegränsningsplikten endast i förbifarten, och då relativt oproblematiskt behandlad som en allmän princip.⁵¹

Det tydligaste exemplet på skadebegränsning inom förmögenhetsrätten finner man i 70 § köplagen. Det är också denna bestämmelse som HD refererar till i NJA 2017 s. 9. Där anges att den skadelidande parten ska vidta skäligen åtgärder för att begränsa sin skada. Försummar han det, får han själv bära en motsvarande del av förlusten. Samma skrivning finner vi också i 42 § konsumentköplagen (1990:932). I 50 a § Konsumenttjänstlagen (SFS 1985:716) finns även i stort sett identiska regler om skadebegränsningsplikten.

Förutom dessa köprättsliga bestämmelser finns stöd för skadebegränsning också i 4 kap. 7 § försäkringsavtalslagen (2005:104), FAL. Där anges att den försäkrade efter förmåga ska vidta åtgärder för att hindra eller minska skadan. Har den försäkrade uppsåtligt åsidosatt dessa skyldigheter, kan ersättningen sättas ned såvitt angår honom. Detsamma gäller om den försäkrade åsidosatt sina skyldigheter med vetskap om att det innebar en betydande risk för att skadan skulle inträffa eller annars agerat grovt vårdslöst. Detta får ses som en variant av skadebegränsningsskyldigheten, nämligen räddningsplikten. Räddningsplikten har vissa säregna drag men anses ge uttryck för en allmän princip inom försäkringsrätten.⁵²

I skadeståndslagen finns som ovan angetts inget uttryckligt stöd för att det skulle förekomma en allmän princip som ålägger den skadelidande att begränsa sin skada. Vissa spår av en skadebegränsningsskyldighet kan man dock anse att det finns i 5 kap. 1 § andra stycket som innehåller en del om den skadelidandes underlåtenhet att begränsa sin inkomstförlust.

Som ovan nämnts har frågan om skadebegränsning varit sparsamt behandlad i HD under lång tid. Den praxis som finns att tillgå består således mestadels av relativt gamla avgöranden. Skadebegränsningsplikten anses ha lanserats på allvar genom NJA 1911 s. 472.⁵³ Fallet gällde en sakskada där den skadelidandes fartyg blivit skadat. Fallet uppvisar vissa likheter med det ovan nämnda NJA 2017 s. 9 i det att fartyget som blivit skadat hade tagits i kvarstad och under tiden i kvarstad förlorat i värde. Det visade sig sedan att den skadevållande inte haft rätt att begära fartyget i kvarstad. HD ansåg att det inte kunde anses styrkt att den skadelidande utan oskäligen uppoffring kunnat vidta de åtgärder som krävts för att begränsa skadorna som uppkommit på fartyget. Justitierådet Sjögren, som stod bakom utgången, utvecklade sin mening närmare och anförde att: *”Om den fordran, till säkerhet för hvilken kvarstad sökta och beviljats, sedermera genom laga kraft ägande dom förklarats aldrig hafva ägt bestånd, är den, som sökt kvarstaden, utan vidare skyldig att ersätta den skada, som genom åtgärden tillskyndats vederparten. Denna skadeståndsskyldighet minskas dock enligt allmänna regler genom vederpartens eget vållande. Om sålunda vederparten underlåtit att, såvidt på*

⁵¹ Jfr Andersson 1993, s. 479 not 131.

⁵² Radetzki 2009, s. 144ff.

⁵³ Kleineman 2017, s. 441.

honom ankommit, vidtagna åtgärder för skadans begränsning, bör nämnda skadeståndsskyldighet i motsvarande grad nedsättas.” Detta uttalande visar stora likheter med det resonemang som HD för i NJA 2017 s. 9. Här kan man vidare ställa sig frågan om Sjögren menat att ge uttryck för en fristående allmän princip om skadebegränsning eller om han genom användandet av begreppet *vållande* åsyftat att ge uttryck för medvållande.

Under första halvan av 1900-talet avgjordes också tre fall där den skadelidande drabbats av en personskada och där skyldigheten att begränsa denna skada berördes. NJA 1909 s. 369 har framhållits som ett av de första rättsfallen i svensk rätt där frågan om en självständig skadebegränsningsplikt aktualiserats.⁵⁴ I fallet hade den skadelidande blivit biten av en hund men underlätit att uppsöka läkarvård. Till följd av detta förvärrades skadan. Majoriteten i HD ansåg att ersättningen skulle begränsas. I NJA 1949 A 136 valde den skadelidande mot läkarens avrådan att avbryta den pågående behandlingen av ett benbrott. Här beaktades ett hypotetiskt händelseförlopp och ersättningen sattes ned motsvarande den skadan som kunnat undvikas genom fortsatt vård. Ytterligare ett fall av hundbett behandlades också under 1900-talets första halva. I NJA 1939 s. 601 utdömdes dock fullt skadestånd. I fallet hade den skadelidande först tre dagar efter hundbrottet uppsökt läkarvård. Radetzki har tolkat dessa avgöranden som ett uttryck för att den skadelidande har en skyldighet att uppsöka och underkasta sig läkarvård under förutsättning att den skadelidande insett eller bort inse att den skulle ha betydelse för skadebegränsningen.⁵⁵

Under 2017 fick frågan om skadebegränsning ett uppsving när HD avgjorde inte mindre än två fall som på något sätt berörde skadebegränsning. Förutom NJA 2017 s. 9 avgjorde HD också NJA 2017 s. 371. Den för uppsatsen relevanta frågan gällde i det sistnämnda fallet om den skadelidandes ersättning skulle jämkas med anledning av att han inte låtit försäkra den skadade egendomen. HD:s dom grundas på bestämmelsen om jämkning till följd av medvållande i 6 kap. 1 § skadeståndslagen. HD fann att någon jämkning inte borde komma ifråga. Denna bedömning är i sig inte särskilt relevant för uppsatsens frågeställningar, men HD uttalar sig också om skillnaden mellan jämkning med anledning av medvållande och skadebegränsningsplikten. Där anger HD att utöver jämkning enligt skadeståndslagens regler så kan en reduktion av ersättningen aktualiseras om den skadelidande inte har fullgjort skyldigheten att begränsa sin skada. Skyldigheten att begränsa sin skada skiljer sig från den begränsning av ansvaret som följer av principen om den skadelidandes medverkan genom att den aktualiseras efter det att skadeförloppet har inletts. Genom detta får anses att HD bekräftat den uppfattning som meddelades i NJA 2017 s. 9.

Hur eller när en rättsprincip uppkommer kan inte exakt bestämmas. Med hänsyn till att HD tillämpar skadebegränsningsplikten som en allmän rättsprincip och att det trots allt finns möjlighet att härleda denna till ett flertal

⁵⁴ Bengtsson 1982, s. 57f.

⁵⁵ Radetzki 2012, s. 180.

källor inom svensk rätt syntes det klart att skadebegränsningsplikten är en allmän rättsprincip.

2.5 Är den utomobligatoriska skadebegränsningsplikten en fristående rättsprincip

Mot bakgrund av det ovan anförda synes det vara klart att det finns en allmän princip med innebörden att den skadelidande måste begränsa sin skada för att inte riskera att gå miste om en del av ersättningen. I ett av de senast presenterade verken som behandlar skadebegränsningsplikten anger också Anders Holm att det kan *”konstateras att det finns skäl att hävda att skadebegränsning utgör en allmän skyldighet i ersättningsrättsliga sammanhang. I den meningen går det att föra fram att det handlar om en s.k. allmän princip.”*⁵⁶ Vi får därför gå vidare till nästa frågeställning, nämligen huruvida denna princip är helt fristående från skadeståndslagens regler om jämkning. Tingsrätten anger i sina domskäl i NJA 2017 s. 9 att en invändning om att motparten bort begränsa sin skada är detsamma som att påstå att motparten varit medvållande.⁵⁷ Tingsrätten menade att man i ett sådant fall måste påvisa ett culpöst agerande hos motparten.

HD:s domskäl i fallet och deras domskäl i NJA 2017 s. 371 visar dock med all önskvärd tydlighet att det är fråga om en fristående princip. De slår också fast att gränsen mellan medvållande och skadebegränsning dras vid skadans uppkomst.⁵⁸ Innan skadan har uppkommit ska den skadelidandes agerande bedömas utifrån reglerna om medvållande i skadeståndslagen. Efter det att skadan uppkommit ska den skadelidandes agerande bedömas utifrån skadebegränsningsplikten.⁵⁹

2.6 Culpaprövningen

Vad gäller skadebegränsningsplikten framgår endast att den skadelidande ska vidta skäligen åtgärder för att begränsa den inträffade skadans omfattning. Vid en första anblick kan man därför få intryck av att det inte krävs någon form av vårdslöshet för att konsekvenser ska uppkomma för den skadelidande. Vad gäller denna bedömning anför HD i NJA 2017 s. 9 att *”vägledning kan sökas i hur en normal skadelidande under motsvarande omständigheter skulle ha handlat om han eller hon visste att ersättning inte skulle erhållas från motparten.”*⁶⁰ Hellner och Radetzki skriver att *”den grundläggande frågan vid culpabedömningen är om den påstått oaktsamme borde ha handlat på*

⁵⁶ Holm 2018, s. 113.

⁵⁷ Se s. 5 i NJA 2017 s. 9.

⁵⁸ Även frågan om när en skada uppkommer hade kunnat utgöra ett eget ämne för ett examensarbete.

⁵⁹ Se p. 13 i HD:s domskäl i NJA 2017 s. 371.

⁶⁰ HD:s domskäl p. 32.

annat sätt.”⁶¹ Det får därför anses finnas ett krav på vårdslöshet också vad gäller skadebegränsningsplikten. För att avgöra om den skadelidande agerat vårdslöst ska man typiskt sett beakta handlandet utifrån en standard.⁶² Då HD anger att vägledning kan sökas i hur en normal skadelidande hade handlat får domstolen anses genomföra en culpaprövning. Att avvika från standarden för hur en normal skadelidande hade handlat hade alltså konstituerat ett culpöst handlande. Till skillnad från den försäkringsrättsliga bedömningen är det dock inte den skadelidandes egen förmåga som ska bedömas, utan en generell förmåga.

2.7 Skälighetsprövningen

I NJA 2017 s. 9 anför HD att skyldigheten att begränsa sin skada inte omfattar annat än att den skadelidande ska vidta skäliga åtgärder för begränsning av skadan.⁶³ Skälighetsprövningen för skadebegränsningsplikten tar därför sikte på de skadebegränsande åtgärderna. Radetzki skriver att den skadelidande är skyldig att göra vad som rimligen kan begäras av denne. Han menar att detta uppenbarligen medför ett krav på att den skadelidande ska vara aktiv för att begränsa sin skada, och att passivitet kan leda till att ersättningen begränsas.⁶⁴ Andersson anför också angående bedömningen att det måste anses finnas utrymme att beakta att den skadelidande försatts i en svår situation.⁶⁵ Vad gäller personskador lyfter Radetzki fram att den personliga integriteten måste uppmärksammas. Det kan därför inte ställas krav på den skadelidande att genomföra alla tänkbara behandlingar. Särskilt vid allvarligare skador ska den skadelidande ges rätt att själv bestämma över sin kropp, så långt det är möjligt.⁶⁶

Den skadelidande får dock inte heller genom aktiva åtgärder förvärra skadan. Kostnader och andra utgifter ersätts endast i den mån de har varit nödvändiga. Vid personskador ersätts därför endast den billigaste vård som kan anses adekvat.⁶⁷ Också vad gäller andra skadetyper medför skadebegränsningsplikten krav på att den skadelidande vidtar åtgärder, men endast nödvändiga åtgärder.⁶⁸

2.8 Sammanfattning

Trots att HD:s uttalanden enligt min mening inte bör tas som absoluta sanningar måste man ändå komma fram till att det finns en allmän princip som behandlar skadebegränsningsplikten och som dessutom är fristående från reglerna om medvällande. Detta inte minst med hänsyn till det stöd som trots

⁶¹ Hellner, Radetzki 2018, s. 124.

⁶² Hellner, Radetzki 2018, s. 124.

⁶³ HD:s domskäl p. 31.

⁶⁴ Radetzki 2012, s. 178.

⁶⁵ Andersson 1993, s. 481f.

⁶⁶ Radetzki 2012, s. 181.

⁶⁷ Radetzki 2012, s. 183.

⁶⁸ Radetzki 2012, s. 185ff.

allt finns i doktrin och övrig lagstiftning. Ett varningens finger måste dock höjas för att dra direkta analogier från regler gällande inomobligatoriska förhållanden till att också omfatta det utomobligatoriska. Det finns även stöd för HD:s tolkning i de äldre rättsfall om skadebegränsning som redogjorts för ovan. Även om HD inte redan då gav uttryck för en allmän rättsprincip finns anledning att tillämpa dessa rättsfall för att visa att det trots allt har funnits visst stöd för en skyldighet att begränsa sin skada över tid.

Det faktum att principen om skadebegränsningsskyldighet inte problematiserats mer i doktrin beror därför kanske helt enkelt på att det inte funnits någon anledning att problematisera denna.

3 Lojalitetsreciprocitet i skadebegränsningen

3.1 Inledning

För att kunna avgöra om lojalitetsreciprocitet bör beaktas inom skadebegränsningen måste motiven bakom skadebegränsningen utredas. Av HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9 framgår att den skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada kan motiveras utifrån de samhällsekonomiska fördelar som följer av att skadan inte onödigtvis förstoras genom passivitet eller aktivitet från den skadelidande. Vidare menar HD att skadebegränsningsskyldigheten bygger på lojalitetshänsyn, med tillägget att detta särskilt gäller i kontraktsförhållanden.⁶⁹ En viktig fråga blir därför hur tungt lojalitetshänsynen väger på det utomobligatoriska området, men också vilken betydelse lojaliteten har jämfört med de samhällsekonomiska aspekterna.

3.2 Samhällsekonomiska faktorer

Risken för att inte få sin skada fullt ersatt måste enligt min mening anses utgöra ett starkt incitament att faktiskt försöka begränsa skadan. Samtidigt är en av de grundläggande förutsättningarna för skadeståndsrätten dess reparativa funktion.⁷⁰ Hellner och Radetzki anför att det ligger nära till hands att utgå ifrån att skadeståndets egentliga funktion är reparation.⁷¹ Att den skadelidande till följd av att denne inte begränsat sin skada då ska riskera att inte få ersättning för hela sin skada med hänvisning till att denne inte begränsat effekterna av den skadeståndsgrundande handlingen får anses aningen motsägelsefullt.

I NJA 2017 s. 9 anger HD att ”Skadebegränsningsskyldigheten bygger i viss utsträckning på det övergripande samhällsintresset att de skadeståndsrättsliga reglerna inte ska främja en misshushållning med ekonomiska resurser. Samhällsekonomiskt är det att föredra att skadan inte onödigtvis blir större genom passivitet eller aktiv handling på den skadelidandes sida.” Att HD anser att skyldigheten att begränsa sin skada motiveras av samhällsekonomiska faktorer beror troligen av allt att döma på tanken att det ger ekonomiska fördelar om båda parter agerar för att begränsa skadan, och särskilt den skadelidande då denne oftast har bättre möjligheter till det.⁷² Skadebegränsningen ska därför helt enkelt verka för att minska slöseriet. Varför det är samhällsekonomiskt att föredra att skadan inte

⁶⁹ Se HD:s domskäl p. 30f.

⁷⁰ Bengtsson 1994, s. 13.

⁷¹ Hellner, Radetzki 2018, s. 37.

⁷² Jfr. Munukka 2007, s. 505 samt Hellner, Radetzki 2018, s. 150.

onödigtvis blir större förklarar inte HD. Någon större utredning avseende motiven bakom skadebegränsningsplikten saknas också.

För att kunna förstå HD:s uttalande får man vidga sitt perspektiv från skadebegränsningen och se till skadeståndsrätten i stort. Området präglas i viss mån av en misstro till rättsekonomin. Jan Hellner har i ett brev till den norske ekonomen Henrik Lando uttryckt sin skepsis mot rättsekonomin betydelse.⁷³ Denna skepsis verkar delas av många rättsvetenskapsmän i Skandinavien.⁷⁴

Vad har då HD för stöd för att det faktiskt är samhällsekonomiskt att föredra att skadan inte blir större? Även om det finns skepsis mot rättsekonomin utgör den ett viktigt verktyg som förklaringsmodell enligt min mening. Ett viktigt argument för utformningen av skadeståndsreglerna är möjligheten att hålla *transaktionskostnaderna* på lägsta möjliga nivå.⁷⁵ Transaktionskostnader är ett uttryck som kommit till inom det som kallas för New Institutional Economics (NIE), vars grundare anses vara Ronald Coase. Coase har beskrivit transaktionskostnader som alla de kostnader som uppkommer vid användandet av prismekanismen, det vill säga marknaden. Han utvecklade senare detta och anförde att *“In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed and so on”*.⁷⁶ Att låga transaktionskostnader är ett mått på ekonomisk effektivitet är också en av grundpelarna i NIE.⁷⁷ En typ av transaktionskostnader anses vara skaderegleringskostnader.⁷⁸

Coase är också mannen bakom Coase-teoremet, vilket anses grundläggande för den rättsekonomiska bedömningen av skadeståndsrätten. En konsekvens av att använda teoremet blir nämligen att transaktionskostnader tillmäts en avgörande betydelse för att bestämma skadeståndsreglernas ekonomiska effektivitet.⁷⁹ Coase hävdade att om transaktionskostnaderna är noll så saknar skadeståndsreglerna inflytande på fördelningen av ekonomiska resurser.⁸⁰ Detta har förklarats med hjälp av följande exempel. Antag att en läkare störs av buller från en maskin i en närliggande byggnad. Kostnaden för att eliminera bullret är lägre än kostnaden för att bygga om läkarens mottagningsrum. Om ägaren till maskinen är skyldig att utge skadestånd till läkaren för att ersätta hans förlust till följd av bullret, lönar det sig för ägaren att söka eliminera bullret från maskinen. Om ägaren inte är skadeståndsskyldig, lönar det sig också för läkaren att ersätta ägaren till maskinen för att eliminera bullret då kostnaden för detta är lägre. I båda fallen

⁷³ Se Lando TfR 1997, s. 919.

⁷⁴ Se Lando TfR 1997, s. 919 fotnot 3 och 5.

⁷⁵ Hellner, Radetzki 2018, s. 53.

⁷⁶ Coase 1960, s. 15.

⁷⁷ Fried m.fl. 2008, s. 7.

⁷⁸ Hellner, Radetzki 2018, s. 53.

⁷⁹ Hellner, Radetzki 2018, s. 52f.

⁸⁰ Coase 1960, s. 8ff.

blir resultatet att bullret från maskinen elimineras. Om det istället varit billigare att bygga om mottagningsrummet, hade resultatet blivit det omvända. I båda fallen blir då resultatet att mottagningsrummet ändras. Slutsatsen är då att vilka än skadeståndsreglerna är, vidtas de åtgärder som är ekonomiskt effektiva.⁸¹ En grundläggande förutsättning för teoremet är dock att transaktionskostnaderna måste vara noll. Då transaktionskostnaderna sällan är noll kommer istället skadeståndsreglerna att ha visst inflytande på fördelningen av ekonomiska resurser. Huruvida dessa regler då är ekonomiskt effektiva avgörs av vilka transaktionskostnader dessa leder till.⁸²

Att regler om skadestånd kan påverka våra val har dock ifrågasatts. Hellner och Radetzki skriver att skadeståndets preventiva, och därigenom styrande, funktion är svår att bevisa. De menar att uttalanden om skadeståndets preventiva funktion stöder sig på obevisade uttalanden. Vad som faktiskt påverkar aktsamheten vet vi enligt dessa herrar inte mycket om. Huruvida skadeståndsbestämmelserna faktiskt påverkar människors agerande anser de därför vara oklart.⁸³

Med stöd i rättsekonomiska teorier om att ansvaret ska läggas på den aktör som till lägst kostnad hade kunnat avvärja skadan, ”the cheapest cost avoider”, finns ändå enligt min mening stöd för att en skadebegränsningsplikt leder till lägre transaktionskostnader.⁸⁴ Jag menar därför att det finns stöd för att en plikt att begränsa sin skada trots allt kan ha positiva ekonomiska verkningar och vara ekonomiskt effektivt. Detta gäller dock endast under förutsättning att den som drabbas av skadan är medveten om sina skyldigheter. Samhällsekonomiskt positiva resultat kan endast uppkomma om den skadelidande faktiskt begränsar skadan.

3.3 Lojalitetshänsyn

I NJA 2017 s. 9 anför HD att skadebegränsningen också i viss mån bygger på lojalitetshänsyn, något som är särskilt tydligt i kontraktsförhållanden. Den *kontraktuella* lojalitetsplikten anses ge uttryck för tanken att avtalsparter i viss mån är skyldiga att beakta motpartens intressen.⁸⁵ Den kontraktuella lojalitetsplikten anses även utgöra en allmän *kontraktsrättslig* princip.⁸⁶ Att lojalitetsplikten är en kontraktsrättslig princip synes det råda konsensus kring. Mer oklart blir det vad gäller frågan om det finns anledning att beakta lojalitetsprincipen också på det utomobligatoriska området. Stefan Lindskog tycks mena att lojalitetsplikten bör ses som en allmän rättsnorm att tillämpa vid utfyllande tolkning och som grund för dispositiva rättsregler.⁸⁷ Juri Munukka håller med men anser för sin del att lojalitetsplikten bör ses som en

⁸¹ Coase 1960, s. 134f.

⁸² Jfr. Hellner, Radetzki 2018, s. 53.

⁸³ Hellner, Radetzki 2018, s. 41ff.

⁸⁴ Jfr. Ullman 2006, s. 30.

⁸⁵ Nicander JT 1996/97, s. 31.

⁸⁶ Jfr. Munukka 2007, s. 12 och 74, Lindskog 2016, s. 68 samt Nicander JT 1996/97, s. 31, 33 och 49.

⁸⁷ Lindskog 2016, s. 68.

allmän rättsprincip.⁸⁸ Hans Nicander är inne på samma spår och menar att lojalitetsplikten utgör en allmän rättsgrundsats.⁸⁹ Nicander menar att vad som innefattas i skyldigheten att iaktta lojalitet måste bedömas från fall till fall. Lojalitetsplikten mynnar därför enligt hans mening ut i att fastställa en handlingsnorm, närmare bestämt att ange vad en part har att göra.⁹⁰ Dessa herrars användning av skilda beteckningar för lojalitetspliktens status skapar onekligen en viss förvirring. Att de menar att lojalitetsplikten har långtgående verkningar också utomobligatorisk synes enligt min mening trots detta vara klart. Mot bakgrund av HD:s motvilja att grunda sina domar på allmänna lojalitetsresonemang har tanken att lojalitetsplikten skulle kunna utgöra en självständig princip också kommit att kritiseras.⁹¹ Jan och Christina Ramberg synes därför mena att det inte går att säga att lojalitetsplikten ska tillämpas på samma sätt både inom- och utomobligatoriskt. De menar därför att lojalitetsplikten inte utgör en allmän rättsprincip utan inskränker den istället till att utgöra en förklaringsgrund och ett stöd för tolkning.⁹² Det får därför alljämt anses oklart huruvida lojalitetsplikten ska tillämpas utomobligatorisk som en allmän rättsprincip. Det finns dock enligt min mening stöd för att *lojalitetshänsyn* trots allt kan aktualiseras även utanför kontraktsförhållanden. Det synes också vara HD:s uppfattning. I NJA 2017 s. 9 anger HD att skadebegränsningsplikten bygger på lojalitetshänsyn. De säger ingenting om lojalitetsplikten. Enligt min mening är också de ovan nämnda rättsvetenskapsmännen i någon mån överens om att lojalitetshänsyn har viss verkan även utomobligatoriskt, även om de inte är överens över om detta sker med stöd av att vara en allmän rättsprincip eller på någon annan grund.

På det inomobligatoriska området anses principen om skadebegränsning vara ett utflöde av lojalitetsplikten.⁹³ Munukka skriver att den inomobligatoriska skadebegränsningsplikten motiveras med lojalitetsplikt.⁹⁴ Munukka anser dock inte att skadebegränsningsplikten utgör en typisk lojalitetsförpliktelse eftersom den även, som ovan framförts, gäller utomobligatoriskt.⁹⁵ Jan Kleineman sammanfattar detta som att ”*Principen om skyldighet att begränsa skadans omfattning gäller således vid såväl kontraktsrättsligt- som utomobligatoriskt skadeståndsansvar men man får på goda grunder anta att regeln kan få olika tillämpning i dessa båda fall. Visserligen bygger ansvaret i båda fallen på en slags lojalitetsplikt, men medan lojalitet på kontraktsrättslig grund är tämligen klarlagt så kan frågan om utomobligatorisk lojalitet förefalla något mer svårfångat[...]*.”⁹⁶ Kleineman skriver också att såväl den inomobligatoriska som den utomobligatoriska lojalitetsplikten har sina begränsningar och skyldigheten att förhålla sig lojal mot en skadevållare kan inte utsträckas för långt.⁹⁷ HD har också i ett fall från

⁸⁸ Munukka 2007, s. 12.

⁸⁹ Nicander JT 1996/97, s. 31.

⁹⁰ Nicander JT 1996/97, s. 32.

⁹¹ Ramberg SvJT 2010, s. 97.

⁹² Ramberg, Ramberg 2016, s. 64.

⁹³ Se bl.a. Nicander JT 1996/97, s. 33 samt Taxell 1972, s. 371f.

⁹⁴ Munukka 2007, s. 168.

⁹⁵ Munukka 2007, s. 356.

⁹⁶ Kleineman 2017, s. 215.

⁹⁷ Kleineman 2017, s. 215.

i år kommenterat skadebegränsningsskyldigheten, NJA 2018 s. 653. Fallet är entreprenadrättsligt och gäller kostnader för avhjälpande av fel. HD anför där att ”Skadebegränsningsskyldigheten är en allmän kontraktsrättslig princip som gäller även för entreprenadavtal. Ytterst grundas skyldigheten på allmänna lojalitetsöverväganden. Trots att det inte anges i ABT och AB gäller därför att beställarens rätt begränsas till kostnader som är resultatet av att beställaren har handlat försvarligt och sålunda skäligen begränsat avhjälpandekostnaderna.” Utöver att fallet ger stöd för att lojalitetshänsynen väger starkt inomobligatoriskt visar det återigen på att HD anser att skadebegränsningsplikten är allmän, även om HD i detta fall begränsar den till en allmän kontraktsrättslig princip. Att HD även i NJA 2017 s. 9 anger att lojalitetshänsynen blir särskilt tydliga i kontraktsförhållanden visar på att en viss skillnad föreligger mellan den inom- och utomobligatoriska skadebegränsningsplikten.

I NJA 2017 s. 9 väger inte HD lojalitetshänsynen mot de rättsekonomiska perspektiv som de också menar ligger till grund för skadebegränsningsplikten. Det är också svårt att veta vilka slutsatser som kan dras genom att konstatera att lojalitetshänsynen i skadebegränsningsplikten inte är lika starka utomobligatoriskt som inomobligatoriskt. Genom HD:s uttalande i NJA 2018 s. 653 finns även starkt stöd för att lojalitetshänsynen anses väga tyngre än de samhällsekonomiska faktorerna, åtminstone inomobligatoriskt. Något som enligt min mening talar för att lojalitetsplikten väger tungt vad gäller den köprättsliga skadebegränsningsplikten, som återfinns i 70 § köplagen, är att den egentligen får anses utgöra en *skadeståndsbegränsning*. Denna distinktion kan anses utgöra ordklyveri men den är betydelsefull på så sätt att en skadebegränsning utgår från själva skadan medan en skadeståndsbegränsning utgår från skadeståndsskyldigheten.⁹⁸ Skadeståndsbegränsningen ålägger den skadelidande att begränsa motpartens skadeståndsansvar. Följande exempel har använts för att visa på skillnaden. En säljare har brutit mot avtalet utan att vara culpös eller på något annat sätt vara ansvarig för indirekt skada. Utifrån de köprättsliga bestämmelserna om skadestånd ersätts då endast direkt skada, under förutsättning att skadan varit inom säljarens kontrollansvar. Köparens syfte med avtalet var att generera en vinst om 100 000 kr. Köparen lider således en indirekt skada på grund av säljarens avtalsbrott. Köparen kan begränsa skadan till 40 000 kr genom övertidsarbete till en kostnad om 60 000 kr, vilket innebär en direkt skada för köparen. Eftersom den ursprungliga skadan endast var indirekt är skadeståndet från början noll. Genom köparens agerande för att minska skadan ökar dock skadeståndet för säljaren. Om 70 § utgör en bestämmelse om skadeståndsbegränsning borde köparen i en sådan situation trots att han begränsat sin skada inte få något skadestånd alls. Den motsatta lösningen hade inneburit att säljarens skadeståndsskyldighet ökat markant.⁹⁹ De samhällsekonomiska vinningarna borde i enlighet med vad som angetts ovan öka om den skadelidande faktiskt begränsar sin skada. Eftersom det rör sig om en skyldighet att minska motpartens skadestånd och inte den faktiska skadan får detta enligt min mening därför anses i stor mån bygga på lojalitet.

⁹⁸ Kihlman, Karnov, 70 § köplagen.

⁹⁹ Kihlman, Karnov, 70 § köplagen.

Frågan är dock om samma teori kan appliceras också på det utomobligatoriska skadeståndet. I NJA 2017 s. 9 skriver HD som ovan nämnts att *skadan* inte onödigtvis ska bli större. Huruvida detta är ett faktiskt ställningstagande från HD eller inte är svårt att sja om. Skadeståndslagen delar inte in skador i direkta och indirekta på det sätt som sker i köplagen. I skadeståndslagen anges också i 5 kap. 7 § att följdskador ersätts. Vidare uttrycker HD i NJA 2017 s. 9 att lojalitetshänsynen inte är lika starka utomobligatoriskt. De argument som går att anföra för att den inomobligatoriska skadebegränsningsplikten är skadeståndsbegränsande gäller därför inte för den utomobligatoriska skyldigheten att begränsa sin skada.

Vad gäller reglerna om jämkning med anledning av medvållande anges i förarbetena till 6 kap. 1 § skadeståndslagen att kommitténs standpunkt är att graden av skuld på ömse sidor ska vara den viktigaste faktorn vid prövningen om och i vilken mån skadeståndet bör jämkas.¹⁰⁰ I den tidigare bestämmelsen avseende jämkning med anledning av medvållande angavs endast att skadeståndet ska jämkas om vållande på den skadelidandes sida har medverkat till skadan. Kommittén ansåg att *”nedsättning på grund av medvållande bör inte kunna gå så långt att den framstår som obillig mot den skadelidande”*.¹⁰¹ Med anledning av detta valde man att införa en skrivelse om att graden av vållande på ömse sidor ska påverka skälighetsbedömningen. Det finns därför enligt min mening utrymme för att hävda att det är lojalitetshänsyn som i största mån styr skälighetsprövningen.

Hur pass tungt lojalitetshänsynen väger vid bedömningen av den utomobligatoriska skadebegränsningsplikten är därför oklart.

3.3.1 Lojalitetsreciprocitet

I NJA 2017 s. 9 anger HD att en viktig utgångspunkt är att skadebegränsningsplikten bör vara densamma oavsett hur den skadevållande parten har agerat. HD anför att *”Det kan alltså typiskt sett inte krävas mindre långtgående åtgärder bara för att den skadeståndsskyldige har agerat med skadeavsikt eller mer långtgående åtgärder till följd av att denne har agerat närmast ursäktligt men ändå skadeståndsgrundande.”*¹⁰² Det finns enligt min mening anledning att kritisera denna åsikt utifrån ett lojalitetsperspektiv.

Munukka ställer sig frågan om ett annars berättigat lojalitetsanspråk kan gå förlorat till följd av ens egna illojala beteende.¹⁰³ Han benämner detta som lojalitetsreciprocitet. Lojalitetsreciprocitet synes vara ett relativt sparsamt behandlat ämne i den svenska doktrinen. Stöd för att ett illojalt beteende kan leda till förlorade rättigheter finns i common law-systemet där man inom equity tillämpar en *”clean hands doctrine”*. Doktrinen utgör ett försvar där svaranden kan hävda att käranden inte har rätt att erhålla ett visst rättsmedel

¹⁰⁰ Prop. 1975:12, s. 63.

¹⁰¹ Prop. 1975:12, s. 63.

¹⁰² Se HD:s domskäl p. 30ff.

¹⁰³ Munukka 2007, s. 480.

eftersom käranden handlat oetiskt eller har handlat i ond tro med avseende på klagomålet - det vill säga med "orena händer".¹⁰⁴ Reciprociteten kan högst förenklat sägas bygga på tanken att endast den som har rent mjöl i påsen bör ha rätt att åtnjuta lojalitet.¹⁰⁵

Något uttalat stöd för att det faktiskt föreligger lojalitetsreciprocitet i svensk rätt går inte att finna. Däremot finns vissa tecken som pekar i den riktningen. I 11 § 3 stycket lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, AVLK, ges uttryck för att en näringsidkare som handlat i strid med god tro får tåla att avtalet tolkas på ett sätt som annars kunnat anses oproportionerligt.¹⁰⁶ Stöd för lojalitetsreciprocitet finns också vad gäller preskription och reklamation. I AD 2005 nr. 27 ansågs en arbetstagare ha rätt att göra anspråk på övertidsersättning trots att anspråken preskriberats. Frågan om övertidsersättning skulle diskuteras på ett möte bara dagarna innan den skulle komma att preskriberas. Detta möte sköts dock upp av arbetsgivaren till efter preskription ägt rum. AD kom enhälligt fram till att arbetstagaren hade haft fog för att uppfatta arbetsgivarens agerande som ett medgivande av förlängning av preskriptionsfristen.

Tore Almén har anfört att en säljare som agerat svikligt inte har rätt till de förmåner som följer av reglerna om reklamationsskyldighet. Dessa, menar han, är endast tillämpliga när säljaren har agerat lojalt.¹⁰⁷ Att så är fallet framgår också av 33 § köplagen där det anges att köparen får åberopa att varan är felaktig, även om han inte reklamerat inom skälig tid, om säljaren har handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. I NJA 1962 s. 359 ansåg HD att en bolagsmans vilja att åberopa en likvidationsgrund inte hade gått förlorad. Först drygt fyra och en halv månad efter att han fick kännedom om likvidationsgrunden hävde han bolagsavtalet. Eftersom motparten agerat lojalitetsstridigt genom att lämna oriktiga uppgifter samt underlåtit att upplysa om vissa viktiga förutsättningar ansåg HD att förutsättningarna för lojal samverkan hade upphört. Bolagsmannens betänketid ansågs därför trots allt som skälig. Munukka har anfört att *"Mot bakgrund av den centrala kontraktsrättsliga lagstiftningen får man anta att numera inte bara svek utan också annat hedersstridigt beteende och grov vårdslöshet har verkningar på reklamationsplikten, och att denna verkan normalt inte bara innebär en lindring av plikten utan ett upphävande av den."*¹⁰⁸

Vidare anser Munukka att lojalitet borde kunna utgöra en bedömningsfaktor också vid en skälighetsbetingad jämkning. Detta menar han rimmar väl med den grundsatsen som finns om avsaknad av rätt till vinning till följd av ett eget illojalt agerande. Om lojalitet på detta sätt kan antas utgöra en bedömningsfaktor för sådana bedömningar saknas skäl för att anta att lojalitet

¹⁰⁴ Se Munukka 2007, s. 480 och Anenson 2018, s. 1 ff.

¹⁰⁵ Munukka 2007, s. 480.

¹⁰⁶ Jfr. Munukka 2007, s. 480.

¹⁰⁷ Almén 1960, s. 362.

¹⁰⁸ Munukka 2007, s. 483.

inte också kan beaktas vid tillämpningen av andra jämningsregler, såsom exempelvis 70 § köplagen.¹⁰⁹

Trots att Munukka menar att det finns stöd för att beakta lojalitetshänsyn vid tillämpningen av 70 § köplagen anför HD som ovan angetts att skadebegränsningsplikten inte ska påverkas av den skadevållandes agerande. Detta uttalande får anses tala för att HD menar att det inte finns utrymme för någon lojalitetsreciprocitet vad gäller skadebegränsningen. De anger dock inget stöd för detta. Naturligt stöd för HD:s uppfattning är förstås att skadebegränsningsplikten oftast aktualiseras vid vårdslösa och uppsåtliga ageranden och att utrymmet för lojalitetsreciprocitet därmed är begränsat.¹¹⁰ Att skadebegränsningsplikten inte endast bygger på lojalitetshänsyn inverkar också på möjligheten till lojalitetsreciprocitet. Detta gäller än mer på det utomobligatoriska området eftersom HD anger att lojalitetshänsynen särskilt ska beaktas på det inomobligatoriska området.

Endast det faktum att andra faktorer än lojalitet utgör grunden för skyldigheten att begränsa en inträffad skada borde enligt min mening inte betyda att lojalitetsreciprocitet inte kan aktualiseras. Vad gäller frågan om lojalitetsreciprocitet ska uteslutas med hänsyn till att utrymmet för en sådan bedömning i ljuset av skadebegränsningsskyldigheten är svaret enligt mig mer komplicerat. Visserligen är det så att utrymmet för att beakta lojalitetshänsyn vid bestämmandet av den skadelidandes skyldigheter är begränsat. Skadebegränsningsplikten får dock som ovan anförts anses utgöra en allmän rättsprincip. Skadebegränsningsplikten ska därför beaktas också i utomobligatoriska förhållanden. Av detta följer att skadebegränsningsplikten har ett mycket brett tillämpningsområde då den aktualiseras så fort en skada uppkommit. På det utomobligatoriska området gör sig samtidigt inte lojalitetshänsynen lika starka. För att kunna besvara frågan om skadebegränsningsplikten kan jämkas måste man enligt min mening först utreda vad som ska beaktas vid bedömningen av vilka åtgärder den skadelidande förväntas vidta och vilka krav som i övrigt ställs på den skadelidande.

I NJA 2017 s. 9 anger HD att den skadelidande ska vidta skäligen åtgärder för att begränsa skadan.¹¹¹ Radetzki har anført att skadebegränsningsplikten ska förstås på så sätt att ”den skadelidande är skyldig att göra vad som rimligen kan begäras...”.¹¹² Om man anser att den skadelidande inte har vidtagit de åtgärder som kan krävas för att begränsa skadan sätts ersättningen ned istället för att jämkas. Detta innebär att ersättningen är tänkt att motsvara hur stor skadan hade varit om den skadelidande vidtagit skadebegränsande åtgärder. Radetzki skriver att skadebegränsningen har till effekt att den skadelidandes rätt till ersättning helt faller bort i den mån skadan kunde ha begränsats.¹¹³ Vid jämkning av skadeståndet med anledning av medvållande enligt 6 kap. 1

¹⁰⁹ Munukka 2007, s. 486.

¹¹⁰ Jfr. 2 kap. 1–2 §§ samt 3 kap. 1 § SkL.

¹¹¹ Jfr. ovan nämnda rättsfallet NJA 1911 s. 472.

¹¹² Radetzki 2012, s. 178.

¹¹³ Radetzki 2012, s. 177.

§ skadeståndslagen bedöms istället den skadelidandes medvållande och skadeståndet kan sedan sättas ned efter vad som är skäligt. Den skälighetsbedömning som görs vid skadebegränsningen tar istället sikte på den skadelidandes egna åtgärder, och inte själva skadeståndsbeloppet. Skadebegränsningsskyldigheten fungerar genom att man får bedöma om den skadelidandes åtgärder har varit skäliga. Radetzki skriver dock att en bedömning av vad för åtgärder som kan anses vara skäliga kan bli komplicerad, eftersom ett hypotetiskt händelseförlopp måste beaktas. Gällande detta anför han att *”Det får då anses ligga nära till hands att låta också skadebegränsningsplikten medföra att skadeståndet begränsas efter en bedömning med omfattande inslag av skälighetsresonemang.”*¹¹⁴

Bengtsson betecknar skadebegränsningsplikten som en reduktionsregel. Ersättningen omfattar inte skador som kunde ha undvikts. Reglerna om jämkning med anledning av medvållande har dock väldigt stora likheter och det har traditionellt också ansetts att skadebegränsning inte existerar som en fristående princip skilt från reglerna om jämkning.¹¹⁵ HD har också själva i ett tidigare rättsfall, NJA 1978 s. 432, *jämkat* ersättningen för en skadelidande till följd av att hon själv inte vidtog alla åtgärder som rimligen kunde krävas för att begränsa verkningarna av sin skada.

Starka röster inom den skadeståndsrättsliga doktrinen har därför antytt att det finns utrymme för en skälighetsbedömning även på skadebegränsningens område. Stöd för detta finns som ovan angetts hos Munukka, som vidare menar att *”det förefaller rimligt att i avtagande grad ställa sig benägen till jämkning om skadevållaren gjort sig skyldig till lojalitetsbrott, illojalitet eller svek.”*¹¹⁶ Även Radetzki synes mena att det finns anledning att i vissa fall beakta skälighetsresonemang vid bedömningen av skadebegränsningen. Vad gäller jämningsbedömningen utifrån reglerna om medvållande finns det enligt Bengtsson anledning att ta större hänsyn än annars till orsakssambandet mellan vållande på ömse sidor och skadan.¹¹⁷ Bengtsson har anført att den skadelidandes handlande får sättas i relation till vållandet på ansvarssidan. Han skriver att *”I vissa fall av allvarlig vårdslöshet, eller kanske rentav uppsåt, hos skadegöraren spelar det i regel ingen roll, om även den skadelidande varit i någon mån oförsiktig eller tanklös.”*¹¹⁸ Gränsen mellan medvållande och skadebegränsning anses som ovan angetts dras vid skadetillfället. Eftersom skadebegränsning kan aktualiseras under en lång tid därefter finns anledning till försiktighet med att ta Bengtssons ord till stöd för en skälighetsbedömning inom skadebegränsningen. För tiden i anslutning till skadetillfället borde, enligt min mening, vad Bengtsson anför också kunna läggas till grund för en skälighetsbedömning också för skadebegränsningen.

En annan invändning som kan tänkas göras mot lojalitetsreciprocitet inom skadebegränsningen är att en sådan bedömning inte har någon praktisk effekt

¹¹⁴ Radetzki 2012, s. 177f.

¹¹⁵ Jfr Bengtsson 1982, s. 180 samt tingsrättens domskäl i NJA 2017 s. 9, s. 5.

¹¹⁶ Munukka 2007, s. 486.

¹¹⁷ Bengtsson 1982, s. 180f.

¹¹⁸ Bengtsson 1982, s. 66.

för den skadelidande när den vidtar de skadebegränsande åtgärderna. Knappast är det troligt att den skadelidande kommer att justera sitt agerande utifrån en egen bedömning av den skadevållandes agerande. Jag menar dock att lojalitetsreciprocitet, vare sig det beaktas av den skadelidande eller inte, ska komma att påverka den skälighetsbedömningen som domstolen gör i efterhand. Ett uppsåtligt eller grovt vårdslöst agerande av den skadevållande ska då innebära att den skadelidande kan ursäktas från att inte fullt ut ha begränsat sin skada. Jag tror också att ytterst få skadelidande kommer våga chansa och medvetet vidta färre åtgärder för att begränsa sin skada med stöd av lojalitetsreciprociteten. De samhällsekonomiska förlusterna menar jag kommer därför inte bli särskilt omfattande.

Det synes enligt min mening finnas utrymme för en allmän skälighetsprövning också vad gäller skadebegränsningen. Inte heller det faktum att utrymmet för att beakta ett illojalt beteende vid skadebegränsningen är begränsat bör därför innebära att lojalitetsreciprocitet är uteslutet. Enligt min mening är det snarare rimligt att en allmän skälighetsprövning genomförs, där den skadevållandes agerande får betydelse för bedömningen.

3.3.2 Prekontraktuell lojalitetsplikt

Den utomobligatoriska skadebegränsningsplikten aktualiserar frågan om lojalitetshänsynens vara eller inte vara utanför avtalsrättens område. Det kan därför finnas anledning att undersöka ett annat institut där lojalitetshänsyn utanför avtal leder till att rättigheter och skyldigheter uppkommer.

På avtalsrättens område talas om förstadium till avtal där det trots att inget avtal föreligger kan uppkomma vissa rättigheter och skyldigheter. Det kan även uppkomma skadeståndsansvar, vilket kallas för *culpa in contrahendo*. Skada som ersätts är ren förmögenhetsskada som uppstått på grund av en parts beteende under avtalsförhandlingarna.¹¹⁹ I NJA 1990 s. 745 anför HD att illojalt beteende kan utgöra en förutsättning för skadeståndsskyldighet mot en före detta förhandlingspart. I fallet anger HD att ”Skadeståndsskyldighet bör sålunda kunna komma ifråga om bolaget i detta hänseende gentemot Bertil L uppträtt på ett sätt som måste bedömas som illojalt, tex genom att underlåta att underrätta honom om förhållanden av betydelse för frågan att få till stånd ett avtal.”

När en skada inträffar, uppstår också någon form av relation eller förhållande mellan den skadevållande och den skadelidande. Från att, eventuellt, varit fullständigt okända för varandra finns nu viss kännedom om sin ”motpart”. Andersson skriver att ”Skadeståndsrätten består ju av ett tvåpartsförhållande där olika intressen möts; skadevållaren ska söka undvika att skada och den skadelidande ska söka undvika att ersättningsförpliktelsen blir större än nödvändigt. Om inte denna skyldighet ålåg den skadelidande skulle det föreligga en risk för missbruk av skadeståndsinstitutet, med påföljande

¹¹⁹ Adlercreutz SvJT 1987, s. 501f.

*osäkerhet för skadevållaren.*¹²⁰ Principen om culpa in contrahendo ger stöd för att vissa kontraktsliknande rättigheter och skyldigheter kan uppkomma trots att inget avtal föreligger. Om en kontraktsliknande situation har uppstått, kan vissa rättsverkningar vara rimliga, dock av mindre långtgående karaktär än om ett avtal funnits på plats.¹²¹ Följden av att en lojalitetsplikt föreligger är att parterna inte längre är oförpliktade utan att det uppkommer en skyldighet att i viss mån ta hänsyn till motpartens intressen.¹²²

Visst stöd för att illojala agerande kan beaktas också utanför kontraktsförhållanden kan därför fås genom institutet culpa in contrahendo.

3.4 Skadebegränsning och lojalitetsreciprocitet vid strikt ansvar

I NJA 2017 s. 9 var den skadevållande strikt ansvarig. Strikt ansvar är relativt sällsynt inom den svenska skadeståndsrätten men förtjänar ändå enligt min mening att belysas i sammanhanget. Ovan har jag angett att en möjlig anledning till att HD inte anser att det finns utrymme för lojalitetsreciprocitet är att den skadevållandes uppsåt eller oaktsamhet redan har beaktats. Denna anledning har ingen bäring vad gäller strikt ansvar. Trots detta får HD:s bedömning i rättsfallet tolkas som att skadebegränsningen vid strikt ansvar inte ska bedömas annorlunda.

Strikt ansvar aktualiseras främst vid farlig verksamhet.¹²³ Grunden för strikt ansvar utgörs enligt Hellner och Radetzki av en blandning av rättspolitiska och rättstekniska skäl. Om det är invecklat och kostnadskrävande att utreda de särskilda omständigheterna är det motiverat att för vissa riskgrupper införa ett strikt ansvar.¹²⁴ Att den skadevållande i otillräcklig grad beaktat den skadelidandes skyddsintresse med vetskap om att den ägnat sig åt någon form av riskfylld verksamhet kan visserligen i sig anses illojalt. Enligt min mening borde den skadevållandes agerande ändå kunna tillmätas betydelse för den skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada vid strikt ansvar. HD har i NJA 2003 s. 384 beaktat vad som kan tolkas som någon form av skadebegränsande aspekter vid avgörandet. Förutsättningarna i fallet var följande. Ett bolag förvärvade en fastighet av ett annat bolag. Ett av villkoren vid köpet var att säljaren fick hyra en del av fastighetens lager för att fortsätta förvara sina kemikalier där. Den resterande delen av lagret användes av köparen för förvaring av diskmaskiner. Mellan parterna uppstod därför ett hyresförhållande. Köparen hävdade i målet att emissioner från säljarens kemikalier hade skadat maskinerna och att hyresgästen skulle vara strikt ansvarig för skadorna enligt 32 kap. MB. Domstolen prövade i mellandom frågan huruvida hyresvärdens maskiner skulle anses vara i den skadebringande verksamhetens omgivning i den mening som avses i 32 kap.

¹²⁰ Andersson 1993, s. 479.

¹²¹ Adlercreutz, Gorton, Lindell-Frantz 2016, s. 151.

¹²² Björkdahl 2007, s. 296.

¹²³ Hellner, Radetzki 2018, s. 168.

¹²⁴ Hellner, Radetzki 2018, s. 167.

1 § MB. Majoriteten i HD anförde att det ”*Bakom verksamheten finns således en avtalsrättslig relation mellan parterna. Som fastighetsägare och hyresvärd har Hyr-Börsen alltså möjlighet att välja om lokalerna skall hyras ut och i så fall i avtal reglera till vem och under vilka villkor det skall ske. Vid sådant förhållande kan en skada på en fastighetsägares och tillika hyresvärds i lokalen förvarade egendom inte anses ha uppkommit i verksamhetens omgivning i den mening som avses i 32 kap. 1 § MB.*” Även om inte HD alls beaktar skadebegränsning eller reglerna om jämkning med anledning av medvållande menar jag att det finns anledning att tolka HD som att skadelidande går miste om ersättning på grund av sitt eget agerande. Att den skadelidande inte utan vidare får ådra sig risker för vilka motparten bär strikt ansvar synes därför klart.

I NJA 2017 s. 9 uppkom inte det strikta ansvaret på grund av att den skadevållande bedrev någon farlig verksamhet. Det strikta ansvaret följde istället av 3 kap. 22 § UB. HD anför att ”*Enligt 3 kap. 22 § UB ska, om en exekutionstitel upphävs, sökt verkställighet omedelbart ställas in. Av tredje stycket framgår att sökanden är skyldig att ersätta den skada som svaranden har lidit genom verkställigheten. Ersättningsskyldigheten enligt bestämmelsen gäller oberoende av vårdslöshet och omfattar all förlust - även ren (allmän) förmögensskada - som har orsakats genom verkställigheten.*”¹²⁵ I kommentaren anges att sökanden ska ersätta uppkommen skada oavsett om vårdslöshet eller försummelse ligger honom till last.¹²⁶ Det hade varit önskvärt om HD lyft frågan om skadebegränsningsskyldigheten ska behandlas annorlunda vid strikt ansvar. Klart är enligt min mening åtminstone att det finns starkare skäl för att beakta lojalitetsreciprocitet i fall där den skadevållande ålagt strikt ansvar.

3.5 Skadebegränsning och lojalitetsreciprocitet inom försäkringsrätten

Det finns ingen lagstadgad lojalitetsplikt i FAL. Ett försäkringsavtal får dock anses utgöra typfallet av de avtalsförhållanden för vilka en lojalitetsplikt gör sig gällande.¹²⁷ Den allmänna uppfattningen inom rättsvetenskapen är också att försäkringsavtalet utgör ett rättsförhållande i vilket parterna är skyldiga att med största noggrannhet iaktta det som god tro och heder kräver.¹²⁸ Det har till och med ansetts att lojalitetshänsynen gör sig ännu starkare på försäkringsrättens område. Med stöd i common law-systemet har det ansetts att parter i ett försäkringsavtal ska visa varandra ”*utmost good faith*”, vilket befästs i en princip om *uberrima fides*.¹²⁹ Utöver att betala premien följer av lojalitetskraven vissa biförpliktelser för den försäkrade som är såväl

¹²⁵ HD:s domskäl p. 13.

¹²⁶ Gregow m.fl., 3 kap. 22 § UB.

¹²⁷ Neuman 2017, s. 44f.

¹²⁸ Hellner 1965, s. 133 och Bengtsson 2015, s. 46.

¹²⁹ Munukka SvJT 2010, s. 590, Hellner 1965, s. 133f. samt Gorton 1999, s. 39.

lagstadgade som villkorsbundna.¹³⁰ En av dessa biförpliktelser är den så kallade räddningsplikten. Som ovan nämnts¹³¹ finns det i 4 kap. 7 § FAL en bestämmelse som påminner starkt om en skadebegränsningsplikt.¹³² Den innebär att den försäkrade åläggs ett visst ansvar att agera när en skada är nära förestående eller har inträffat. Underlåtenhet att agera kan leda till att ersättningen sänks, under förutsättning att underlåtenheten varit uppsåtlig eller grovt vårdslös. Bestämmelsen i 4 kap. 7 § FAL tar sikte på konsumentförsäkring men genom hänvisning i 8 kap. 13 § FAL äger räddningsplikten tillämpning också vid företagsförsäkring.

En betydande skillnad mellan räddningsplikten och skadebegränsningsplikten är att räddningsplikten endast aktualiseras i avtalsförhållanden. Vidare är försäkringsrätten ett så pass särskilt område att det kan vara vanskligt att göra några allmänna tolkningar baserat på dess regler.¹³³

Förutom de rena lojalitetshänsynen synes syftet bakom bestämmelsen vara att de totala kostnaderna för skadorna begränsas genom räddningsåtgärderna. Detta följer av att den försäkrade enligt 6 kap. 5 § FAL har rätt till ersättning för kostnader som denne ådrar sig i samband med räddningsåtgärderna. Bengtsson skriver att motivet till detta är att den försäkrade inte av ekonomiska skäl ska avhållas från att vidta räddningsåtgärder.¹³⁴

För att räddningsplikten ska aktualiseras krävs att några objektiva förutsättningar ska föreligga. Det krävs till att börja med att ett försäkringsfall inträffat eller kan befaras vara omedelbart förestående. Vidare krävs att den försäkrades underlåtenhet att agera varit uppsåtlig eller grovt vårdslös. Den försäkrade ska efter förmåga vidta åtgärder för att minska skadan. I kommentaren anges att det inte kan ställas allt för stränga krav på den som drabbas av en skada eller plötsligt hamnar i en oväntad situation.¹³⁵ Bengtsson har i ett försök att förtydliga denna bedömning anfört att *”Man får alltså vid tillämpning av paragrafen ställa frågan, om den försäkrade uppfattat att en skada inträffat eller varit på väg att inträffa och om han förstått att han kunde begränsa skadorna. I så fall kan man i allmänhet tala om uppsåt. Om han insåg att det förelåg betydande risk för skada eller annars nonchalerade sina skyldigheter på ett sätt som visar att han var likgiltig för dem, har det förekommit en vårdslöshet som kan medföra nedsättning. Har han av rent förbiseende underlåtit en räddningsåtgärd, lär paragrafen inte bli tillämplig, och någon reduktion bör inte heller ske när försummelsen saknat betydelse för skadans omfattning.”*¹³⁶ Vårdslöshet av normalgraden är därför inte tillräcklig för att bestämmelsen ska aktualiseras.¹³⁷ Underlåtenheten att vidta åtgärder måste också leda till att en faktisk skada uppkommer. Om någon

¹³⁰ Munukka SvJT 2010, s. 591.

¹³¹ Se 2.4.

¹³² Jfr Radetzki 2009, s. 144.

¹³³ Jfr. Bengtsson 2015, s. 15ff.

¹³⁴ Bengtsson, Zeteo, 6 kap. 5 § FAL.

¹³⁵ Bengtsson, Zeteo, 4 kap. 7 § FAL.

¹³⁶ Bengtsson, Zeteo, 4 kap. 7 § FAL.

¹³⁷ Prop. 2003/04:150, s. 420.

annan än den försäkrade vidtar åtgärder som gör att den ursprungliga skadan inte förvärras ska någon nedsättning av ersättningen inte göras.¹³⁸

Vid bedömningen av den försäkrades vårdslöshet är det dennes förmåga att handla som ska beaktas, inte någon generell förmåga.¹³⁹ Enligt förarbetena till FAL kan dock trots allt mer väntas av en yrkesman än av en privatperson i fråga om räddningsplikt i en skadesituation. Yrkesmannen anses ha större kunskap och erfarenhet varför han anses ha bättre omdöme att värdera sina handlingar i situationen, vilket får betydelse för vad som anses vara grov vårdslöshet och skäligen nedsättning vid ett försäkringsfall.¹⁴⁰

Till skillnad från vad som ovan angetts angående skadebegränsningen så kan ersättningen vid brott mot räddningsplikten sättas ned efter vad som är skäligt i det enskilda fallet. På försäkringsrättens område är det således fråga om en skönsmässig skälighetsbedömning. Hänsyn tas till vilken betydelse åsidosättandet av förpliktelsen har haft för skadans omfattning och den handlandes uppsåt eller vårdslöshet men även till övriga omständigheter.¹⁴¹ En skälighetsbedömning ska göras också vid uppsåtligt åsidosättande av räddningsplikten. Det är inte heller givet att den försäkrade går miste om ersättning i motsvarande mån till vad hans passivitet har orsakat.¹⁴² Även detta är därför en betydande skillnad från skadebegränsningen där ersättningen som bekant sätts ned i motsvarande mån till vad skadan hade varit om den skadelidande vidtagit åtgärder. Något hypotetiskt händelseförlopp behöver därför inte beaktas inom försäkringsrätten.

3.6 Sammanfattning

Det enda som går att säga med säkerhet om de bakomliggande motiven till att ålägga ett skadelidande rättssubjekt en plikt att begränsa en inträffad skada är att den bygger på samhällsekonomiska faktorer och lojalitetshänsyn, och att lojalitetshänsynen väger tyngre i inomobligatoriska sammanhang än i utomobligatoriska skadesituationer. I vilken mån dessa lojalitetshänsyn sedan beaktas vid bedömningen av den utomobligatoriska skadebegränsningen är oklart. Det faktum att HD så tydligt anger att någon lojalitetsreciprocitet inte kan komma i fråga kan anses tala för att lojaliteten inte tillmäts någon vidare betydelse alls. Samtidigt är en möjlig tolkning att lojaliteten vid uppkomst av skada är av sådan vikt att den inte ska inskränkas av motpartens agerande. Den troligaste tolkningen är, enligt min mening, att de samhällsekonomiska motiv som ligger till grund för den utomobligatoriska skadebegränsningen väger så pass tungt att HD inte menar att det finns utrymme för att beakta den skadevållandes eventuella uppsåt eller oaktsamhet. För min del menar jag att det trots allt borde beaktas. En oaktsam skadevållande får anses mer skyddsvärd än en uppsåtlig sådan. Vidare finns det som såväl Radetzki som Bengtsson och Munukka anför, utrymme för att beakta lojalitetshänsyn vid

¹³⁸ Prop. 2003/04:150, s. 420.

¹³⁹ Bengtsson, Zeteo, 4 kap. 7 § FAL.

¹⁴⁰ Prop. 2003/04:150, s. 467f.

¹⁴¹ Lindell-Frantz 1996, s. 241.

¹⁴² Bengtsson, Zeteo, 4 kap. 7 § FAL.

en skälighetsbedömning. Att även göra en skälighetsbedömning vid bestämmandet av skadebegränsningen hade enligt min mening bättre visat vad som rimligen kan krävas av den skadelidande.

På försäkringsrättens område ska en skälighetsbedömning genomföras för att bestämma i vilken mån ersättningen ska sättas ned. Här ges utrymme för att beakta den försäkrades personliga egenskaper men också omständigheterna i övrigt. Intressant är att det anses finnas utrymme för att ersättning ska utgå även om den försäkrade agerat uppsåtligt, trots att försäkringsrättens område är så starkt präglad av lojalitetshänsyn. Även skillnaderna i culpabedömningen mellan försäkringsrätten och skadeståndsrätten är intressant. Strängare lojalitetshänsyn borde enligt min mening tala för att lägre grad av vårdslöshet krävs för att konsekvenser ska uppstå. Som det ser ut i dagsläget är situationen alltså omvänd. Detta kan eventuellt förklaras till viss mån av att räddningsplikten endast aktualiseras i nära anslutning till skadan medan skadebegränsning kan pågå under en längre tid. Efter viss tid kan det då anses rimligt att ställa högre krav på den skadelidande. På det utomobligatoriska området, där lojalitetshänsyn inte gör sig lika starkt påmind, krävs det varken grov vårdslöshet eller uppsåt.

4 Skadebegränsningens framtid

4.1 Inledning

Att det finns goda skäl som talar för en skadebegränsningsplikt följer, som ovan redogjorts för, av såväl samhällsekonomiska faktorer som av lojalitetshänsyn. När HD genom NJA 2017 s. 9 och NJA 2017 s. 371 nu också bekräftat existensen av och tillika förtydligat tillämpningen av skadebegränsningsplikten kan frågan om hur skadebegränsningen bör behandlas i framtiden framstå som obefogad. Enligt min mening finns det dock anledning att överväga om regleringen av skadebegränsningsskyldigheten inte kan effektivieras.

4.2 Att kodifiera eller inte kodifiera

Jag har ovan nämnt att ett sätt att mäta ekonomisk effektivitet är att beakta transaktionskostnader. I förbifarten nämndes också att detta tillämpas inom vad som kallas NIE.¹⁴³ För att avgöra om det finns några ekonomiska incitament till att kodifiera den allmänna rättsprincipen om skadebegränsning ska jag här utveckla detta något.

NIE är ett ekonomiskt perspektiv. Det är en gren av rättsekonomi, som är inriktad på att använda ekonomisk teori för att analysera den juridiska världen.¹⁴⁴ Enligt David Friedman har rättsekonomi tre olika motiv. Det första är att förutsäga effekten av rättsregler, det andra är att utvärdera om en rättsregel är ekonomiskt effektiv och det sista är att försöka förutspå hur framtida rättsregler kommer att se ut.¹⁴⁵ Genom att överväga hur marknaden skulle reagera på en viss rättsregel är det möjligt att förutspå effekten av denna regel och därmed möjligt att avgöra vilka regler som kommer vara effektiva och hur framtidens rättsregler borde se ut.¹⁴⁶

Vad som skiljer NIE från andra grenar av ekonomiska perspektiv är att man förutsätter att individer inte alltid fattar de mest rationella besluten. Man menar att individer oftast har brist på information och att insamlandet av denna information förorsakar transaktionskostnader. NIE är mer angelägna om människans kognitiva sinne som kommer att forma hur vi ser världen.¹⁴⁷ Tidigare ekonomiska teorier, såsom den neoklassiska ekonomin, antar istället att individer har perfekt information och obegränsad rationalitet vilket gör

¹⁴³ Se 3.2.

¹⁴⁴ Friedman 1987, s. 144 och Rutherford 2001, s. 173.

¹⁴⁵ Friedman 1987, s. 144.

¹⁴⁶ Friedman 1987, s. 144ff.

¹⁴⁷ Ménard, Shirley 2008, s. 1.

transaktioner kostnadslösa.¹⁴⁸ Enligt NIE är det för att minska dessa transaktionskostnader individer skapar institutioner.¹⁴⁹

Det finns ingen bestämd definition av vad som avses med en institution, men de flesta ekonomer följer Douglass Norths uppfattning om att institutionerna är ”*the rules of the game*.”¹⁵⁰ Institutioner kan därför sägas vara skrivna och oskrivna regler och normer. Claude Ménard och Mary M. Shirley har något mer detaljerat delat in institutioner i tre grupper. Institutioner sägs vara "(i) *written rules and agreements that govern contractual relations and corporate governance, (ii) constitutions, laws and rules that govern politics, government, finance, and society more broadly, and (iii) unwritten codes of conduct, norms of behavior, and beliefs*.”¹⁵¹ Institutioner är de regler som styr hur vi interagerar med varandra.¹⁵² De fungerar som riktlinjer för oss och kan betraktas som begränsningar som vi människor ålägger oss själva. Institutionerna hjälper oss att veta hur man ska bete sig gentemot varandra och genomföra vardagliga uppgifter, men de hjälper oss också att fatta mer avancerade beslut om våra ekonomiska transaktioner.

Förespråkare för NIE menar att institutionerna bidrar till att sänka transaktionskostnaderna, eftersom de ger individer information. Institutioner kan också skydda egendomsrättigheter, vilket ger individer incitament att erhålla och förvärva egendom. Detta har en positiv effekt på marknaden och därmed på ekonomin. Institutionerna tillhandahåller verktyg för att upprätthålla och verkställa avtal mellan parter, vilket ökar människors vilja att bedriva verksamhet.¹⁵³

Utifrån detta borde såväl en lagregel om skadebegränsningsskyldighet som den fortsatta tillämpningen av en princip om detta utgöra institutioner enligt NIE.¹⁵⁴ Således borde båda dessa alternativ leda till sänkta transaktionskostnader. Ovan har jag anfört att en skadebegränsningsplikt endast kan vara ekonomiskt effektiv om skadebegränsande åtgärder faktiskt vidtas.¹⁵⁵ För att de skadelidande ska vidta åtgärder för att begränsa sin skada måste de enligt min mening ha kännedom om att de faktiskt har en skyldighet att göra detta. Som regleringen ser ut i dagsläget är det inte helt enkelt ens för jurister att känna till skadebegränsningens existens och innebörd. Om få människor har kännedom om regleringen kommer det troligen leda till att färre skadelidande söker begränsa sin skada. Skadebegränsningen kommer då inte vara ekonomiskt effektiv och blir då svårare att motivera. Att endast låta skadebegränsningen motiveras av lojalitetshänsyn anser inte jag vara tillräckligt. Visserligen går det att hävda att människor i grunden är så pass goda att de självmant vill begränsa skadan alldeles oavsett om de har en

¹⁴⁸ Ménard, Shirley 2008, s. 1.

¹⁴⁹ Ménard, Shirley 2008, s. 1.

¹⁵⁰ North 1990, s. 3.

¹⁵¹ Ménard, Shirley 2008, s. 1.

¹⁵² Hodgson 2006, s. 2.

¹⁵³ North 1990, s. 61ff.

¹⁵⁴ Jag ålägger här ett rättspositivist perspektiv på rätten, det är möjligt att en naturrättare argumenterat annorlunda.

¹⁵⁵ Se 3.2.

skyldighet att göra så eller inte. Alternativt kan också hävdas att människor ogärna ser sin egendom drabbas av skada varför de därför kommer söka begränsa den uppkomna skadan. Detta får anses vara ett ännu starkare skäl vid personskador. Individer som drabbas av personskador måste enligt min mening anses ha starkare incitament än för andra typer av skador att söka begränsa dessa. För de individer som inte kan sorteras in under något av dessa argument blir det istället intressant att undersöka hur man på bästa sätt kan få de att efterleva sin skyldighet. Naturligtvis finns mycket att vinna på att begränsa sin skada eftersom det kan vara osäkert om skadan kommer att vara ersättningsgill. Det kan också vara osäkert huruvida den skadevällande kommer att kunna betala ett eventuellt skadestånd. Skadebegränsningen blir då enbart för egen vinning.

Det räcker dock inte med kännedom om skyldigheten att begränsa en skada. För att den ska kunna utövas måste den skadelidande också veta vilka åtgärder denne förväntas vidta. Fram till förra året hade inget större intresse ägnats åt i vad mån en skadelidande kan anses vara skyldig att begränsa den skada denne drabbats av. Tack vare NJA 2017 s. 9 har HD visserligen förtydligat innebörden av principen något men det är fortfarande långt ifrån klart vilka åtgärder som den skadelidande kan förväntas vidta. Man kan argumentera för att en kodifikation skulle medföra att gällande rätt synliggörs. Eftersom svensk rätt bygger på grundtanken att det som är publicerat i SFS är känt för envar vore det eventuella problemet med att de allmänna rättsprinciperna är okända för icke-jurister, i vart fall i teorin, därmed vara löst. I praktiken kan det dock inte anses vara löst. Rättsekonomiskt är det inte heller särskilt intressant att beakta teoretiska lösningar. Om en kodifikation inte leder till att fler får kännedom om skyldigheten att begränsa sin skada och vad den innebär är det enligt min mening svårt att hävda att en kodifikation skulle leda till några rättsekonomiska vinster.

Ytterligare ett argument för kodifiering är dock att rättsprincipen om skadebegränsningsskyldighet har vuxit fram genom främst praxis men också doktrin. En kodifikation skulle innebära att lagstiftaren istället bestämmer vad som är gällande rätt vilket skulle innebära att principen fick ökad demokratisk legitimitet.

Det finns emellertid också nackdelar med att kodifiera allmänna rättsprinciper. En kodifikation, hur skickligt formulerad den än är, kommer inte vara perfekt. Som ovan nämnts har Jareborg anfört att allmänna rättsprinciper gäller om de ger uttryck för viktiga värderingar och uttryck och om de gör rättssystemet mer sammanhängande.¹⁵⁶ Då en kodifikation enligt min mening får anses, åtminstone i viss mån, mindre flexibel än en rättsprincip riskerar en kodifikation av skadebegränsningsskyldigheten att dess i någon mån utfyllande funktion går förlorad.

¹⁵⁶ Se ovan 2.3.

4.3 Sammanfattning

Sammantaget menar jag att det inte finns något större behov av en kodifiering av skadebegränsningsplikten. På det inomobligatoriska området är dock skadebegränsningen kodifierad i ett flertal lagar. Enligt 70 § köplagen ska den skadelidande parten vidta skäligen åtgärder för att begränsa sin skada. Försummar han det, får han själv bära en motsvarande del av förlusten. I 6 kap. 1 § skadeståndslagen anges vad gäller reglerna om medvållande att skadestånd med anledning av personskada kan jämkas, om den skadelidande själv uppsåtligt eller genom grov vårdslöshet har medverkat till skadan. Skadestånd med anledning av sakskada eller ren förmögenhetsskada kan istället jämkas, om vållande på den skadelidandes sida har medverkat till skadan. Jämkning av skadestånd sker efter vad som är skäligt med hänsyn till graden av vållande på ömse sidor och omständigheterna i övrigt. Vid tillämpningen av 70 § köplagen ska alltså i likhet med skadebegränsningsskyldigheten den skadelidande endast ha rätt till ersättning för den del av förlusten som den skadelidande skulle ha haft även om denne hade vidtagit de skadebegränsande åtgärderna. Munukka har dock som ovan anförts angett att lojalitet borde kunna utgöra en faktor att ta i beaktande vid jämkningen.

Trots att behovet av en kodifikation enligt min mening är begränsat anser jag trots allt att fördelarna av en kodifikation övervinner nackdelarna. Detta främst för att införa mer legitimitet till den utomobligatoriska skadebegränsningen och även förtydliga dess tillämpning och förhållande till reglerna om jämkning med anledning av medvållande. Jag anser att det bör införas en skälighetsbedömning också vad gäller skadebegränsningen och göra det tydligt att vållande på ömse sidor kan påverka bedömningen. Detta kommer att skapa en större symmetri mellan bestämmelserna om medvållande och skadebegränsning. En kodifiering skulle också kunna tydliggöra tillämpningen av reglerna om jämkning med anledning av medvållande i 6 kap. 1 § skadeståndslagen. Det kommer dock att innebära att skillnader uppstår mellan den inomobligatoriska skadebegränsningen i 70 § köplagen. Eftersom reglerna om medvållande i 6 kap. 1 § skadeståndslagen och skadebegränsningen i 70 § köplagen trots allt skiljer sig åt är det enligt min mening svårt att skapa en kodifiering som skapar enhetlighet mellan samtliga dessa. Eftersom reglerna om medvållande innehåller flera av de aspekter som jag vill införa för den utomobligatoriska skadebegränsningen, samtidigt som dessa bestämmelser troligen kommer beaktas tillsammans i större mån anser jag dock detta förslag som den lämpligaste lösningen. För att genomföra detta är mitt förslag att nytt stycke 3 läggs till 6 kap. 1 § skadeståndslagen med följande innehåll.

Skadestånd med anledning av personskada, sakskada eller ren förmögenhetsskada kan jämkas, om den skadelidande efter att skada inträffat underlåter att vidta skäligen åtgärder för att begränsa sin skada.

Det som idag utgör 6 kap. 1 § 3 st. kommer då istället utgöra stycke 4 och dess lydelse istället vara:

Jämkning av skadestånd enligt första, andra eller tredje stycket sker efter vad som är skäligt med hänsyn till graden av vållande på ömse sidor och omständigheterna i övrigt.

Detta kommer tyvärr att leda till att domstolarna tvingas göra en skälighetsbedömning, vilket svårligen kan leda till att skadebegränsningsskyldigheten förtydligas. Att i lagtext lista vilka åtgärder som den skadelidande förväntas vidta och vilka omständigheter som ska beaktas vid bedömningen hade dock enligt min mening gjort bestämmelsen alltför begränsad i sin tillämpning. Vinsterna med en sådan kodifikation kan anses små, men jag anser trots allt att det skulle innebära positiva effekter för skadebegränsningen.

5 Analys

5.1 Inledning

Tack vare NJA 2017 s. 9 och NJA 2017 s. 371 har skadebegränsningsplikten aktualiserats igen. Med hjälp av de allmänt accepterade rättskällorna och genom en tillämpning av rättsdogmatisk metod har jag ovan redogjort för skadebegränsningspliktens tillämpning och innebörd enligt svensk rätt. I anslutning till detta har också frågan om lojalitetsreciprocitet behandlats. I uppsatsens fjärde kapitel har frågan om den utomobligatoriska skadebegränsningsplikten bör kodifieras tagits upp till behandling.

Resultatet av vad som framkommit i de föregående kapitlen diskuteras i detta avsnitt.

5.2 Skadebegränsningsplikten utgör en fristående allmän rättsprincip

I NJA 2017 s. 9 redogör HD utan omsvep att skadebegränsningsplikten utgör en allmän rättsprincip. De anger dock inget stöd för detta uttalande. Ända sedan tidigt 1900-tal har HD i någon mån beaktat den skadelidandes agerande efter skadetidpunkten när de bestämmer ersättningen. Det har dock inte varit tydligt i vilken mån skadebegränsningen bör behandlas som en egen fristående rättsprincip helt skild från reglerna om jämkning med anledning av medvållande. Fram till det att HD i NJA 2017 s. 371 redogjorde för skillnaden mellan medvållande och skyldigheten att begränsa sin skada har ett antal olika teorier lanserats om var gränsen mellan dessa båda institut bör dras. Att det numera är skadetidpunkten som skiljer reglerna åt är en såväl tydlig som logisk lösning. Innan, och fram till, skadetillfället är det naturligt att reglerna om medvållande ska tillämpas. Innan någon skada över huvud taget har uppkommit kan man ju knappast pratat om begränsning av skada, eftersom det då ännu inte finns någon skada att begränsa. Så snart en skada uppkommit är det dock naturligt att tillämpa skadebegränsningsplikten. Innan skadan uppkommer ska den skadelidandes ersättning jämkas mot bakgrund av en skönsmässig skälighetsbedömning. Efter skadan ska den skadelidandes åtgärder för att begränsa skadan istället ha varit skäliga för att ersättningen inte ska sättas ned. Här sker ingen jämkning utan ett hypotetiskt händelseförlopp beaktas där ersättningen till den skadelidande sedan utgår motsvarande hur stor skadan varit om den istället begränsats. Visserligen ska en skälighetsbedömning genomföras också vad gäller skadebegränsningen men eftersom denna bedömning endast tar sikte på de åtgärder som vidtagits, eller borde ha vidtagits, finns det enligt min mening inget utrymme för att beakta graden av vållande hos den skadevållande. En sådan möjlighet får dock anses finnas vid den skälighetsbedömning som ska göras enligt reglerna om medvållande.

Också vid en culpaprövning framstår den skadelidande som mindre skyddad vid tillämpningen av skadebegränsningsplikten, särskilt i förhållande till försäkringsrätten. För att ersättningen ska sättas ned vid åsidosättande av räddningsplikten enligt 4 kap. 7 § FAL krävs att den försäkrade har varit grovt vårdslös eller uppsåtligt underlåtit att begränsa omfattningen av skadan för att ersättningen ska jämkas. Vad gäller skadebegränsningen krävs endast att normalgraden av vårdslöshet uppnås för att rätten till ersättningen ska påverkas, detta eftersom HD menar att man ska jämföra den skadelidandes agerande med hur en normal person skulle ha kunnat förväntas uppträda i en motsvarande situation. Här är det dock viktigt att påpeka att kontraktsrätten i allmänhet och försäkringsrätten i synnerhet är starkt präglade av lojalitetsplikten. Vad gäller försäkringsrätten är den höga culpapröskeln för räddningsplikten också motiverad av att plikten aktualiseras och framför allt gäller i den akuta skadesituationen. Skadebegränsningsplikten uppkommer visserligen också i samband med att skadan uppkommer, men den kan gälla över lång tid. Enligt min mening är det trots detta orimligt att den skadelidandes agerande bedöms efter en så pass mycket strängare standard vid skadebegränsning än vid beaktande av räddningsplikten. Detta särskilt då HD anför att även skadebegränsningsplikten motiveras av lojalitetshänsyn.

Lojalitetsmotiven bakom skadebegränsningen har enligt min mening behandlats alltför sparsamt i svensk doktrin. Det faktum att det över huvud taget kan finnas en lojalitetsaspekt bakom den utomobligatoriska skadebegränsningsplikten kan framstå som omotiverat. Varför ska jag som skadelidande känna någon form av lojalitet mot en för mig okänd skadevållare, och dessutom åläggas vissa förpliktelser gentemot denne. Ett sätt att förstå detta kan vara att betrakta skadesituationen på ett liknande sätt som vid culpa in contrahendo. Trots att något avtal inte föreligger kan vissa rättigheter och skyldigheter trots allt uppkomma.

Trots att skyldigheten att begränsa sin skada inte har behandlats särskilt utförligt i svensk doktrin är det trots allt tydligt att det råder konsensus kring det faktum att skadebegränsningsplikten är en allmän rättsprincip, fristående från reglerna om jämkning med anledning av medvållande, som ska tillämpas efter att skada inträffat.

5.3 Den skadevållandes agerande bör påverka bedömningen

Kontraktsrättsligt finns det en princip om lojalitetsplikt. På det inomobligatoriska området anses skadebegränsningsskyldigheten vara ett utflöde av denna princip. Lojalitetsplikten medför också vissa rättsverkningar både vad gäller för- och efterstadiet till avtal. Huruvida lojalitetsplikten ska anses gälla också utomobligatoriskt är oklart. Lindskog, Munukka och Nicander anser att den är tillämplig också i dessa sammanhang. Ramberg och Ramberg menar istället att lojalitetshänsyn visserligen bör beaktas, men det går inte att säga att det finns en allmän rättsprincip som reglerar

lojalitetsplikten. Att lojalitetshänsyn kan beaktas även utomobligatoriskt synes det dock råda konsensus kring.

Det faktum att HD konstaterat att lojalitetshänsyn motiverar skadebegränsningsplikten också utomobligatoriskt innebär enligt min mening att den skadevållandes agerande bör beaktas vid den skälighetsbedömning som bör införas för skadebegränsningsplikten. Det finns också stöd i svensk rätt för att lojalitetsstridigt agerande medför konsekvenser. En part som agerar illojalt har inte rätt att förvänta sig samma rättigheter som en part som agerar lojalt. Detta visar sig inte minst vad gäller reklamation och preskription. Lojalitetsreciprocitet är också något som bör beaktas vid tillämpning av regler som bygger på lojalitetshänsyn. Jag håller därför inte med HD om att skadebegränsningsskyldigheten typiskt sett ska vara densamma oberoende av skadevållarens inställning och agerande. Eftersom HD inte motiverar sitt uttalande på något sätt är det svårt att uttala sig om vad de menar och vad som ligger till grund för den slutsats som man nått fram till. Jag menar att det finns två rimliga motiveringar. Dels att HD är av uppfattningen att det inte finns utrymme för att beakta den skadevållandes agerande eftersom det redan gjorts då denne konstaterats skadeståndsskyldig. Dels att lojalitetshänsynen som motiverar skadebegränsningsplikten inte väger lika tungt som de samhällsekonomiska faktorer som också ligger till grund för plikten.

Att det finns samhällsekonomiska vinningar med en skadebegränsningsplikt håller jag med om. Jag menar dock inte att dessa vinningar är så pass stora att de bör utesluta lojalitetsreciprocitet. Dessa vinningar består främst av att en skadebegränsningsplikt kommer leda till lägre transaktionskostnader. Med stöd av Coase-teoremet kan man se att regler om skadestånd har en positiv effekt på människors agerande om de leder till lägre transaktionskostnader. Eftersom den skadelidande i de flesta fall har bättre möjligheter än den skadevållande att begränsa skadan till en lägre kostnad är det mer effektivt om den skadelidande agerar. Att dessa ekonomiska vinningar är så pass stora som Coase velat göra gällande har dock ifrågasatts av Hellner och Radetzki som menar att skadeståndsrättens preventiva funktion inte har bevisats.

Det är svårt att veta hur HD väger de olika motiven bakom skadebegränsningsplikten mot varandra. Vad gäller reglerna om medvållande anses lojalitetshänsynen vara starkt styrande för skälighetsbedömningen, där andra omständigheter får beaktas utöver dessa. Detsamma synes vara fallet om man ser till den inomobligatoriska skadebegränsningsplikten i 70 § köplagen. Eftersom bestämmelsen får anses utgöra en skadeståndsbegränsning finns det stöd för att lojalitetshänsynen även här väger tungt. På det inomobligatoriska området gäller dock lojalitetsplikten som en kontraktsrättslig princip, vilken i viss mån skulle kunna påverka denna bedömning. I NJA 2018 s. 653 anförde också HD att skadebegränsningsskyldigheten ytterst grundas på allmänna lojalitetsöverväganden. Att lojalitetshänsyn väger tungt vad gäller den inomobligatoriska skadebegränsningsplikten är därför klart. Sammantaget menar jag att det finns mycket som talar för att lojalitetshänsyn bör ha stor påverkan på den skälighetsbedömning som ska genomföras enligt 6 kap. 1 §

skadeståndslagen, vilket bör väga tungt även vad gäller bedömningen av den utomobligatoriska skadebegränsningsplikten.

Inte heller det faktum att en culpaprövning redan genomförts avseende den skadevällande bör enligt min mening utesluta möjligheten till lojalitetsreciprocitet. Om det är tillräckligt för skadeståndsansvar att den skadevällande agerat culpöst kommer inte ett uppsåtligt agerande på något sätt påverka skadeståndsansvaret. Att en skadelidande trots detta ska uppvisa samma lojalitetshänsyn mot en uppsåtlig skadevällare som en culpös menar jag är oskäligt. Jag menar därför att om en skadevällare agerat uppsåtligt ska detta kunna innebära att den skadelidandes skadebegränsningsskyldighet undanröjs. Genom att agera uppsåtligt har den skadevällande agerat så pass illojalt att denne inte längre kan ha rätt att åtnjuta lojalitetshänsyn. Samtidigt får man inte glömma att skyldigheten att begränsa sin skada också motiveras av samhällsekonomiska aspekter. Eftersom det framstår som om lojalitetshänsynen ska väga tungt, åtminstone inomobligatoriskt, menar jag trots allt att ett uppsåtligt agerande kan utesluta skadebegränsningsskyldigheten. Likt NJA 2017 s. 9 finns också fall där den skadevällande anses skadeståndsskyldig utan att en culpabedömning gjorts. Vid strikt ansvar anser jag därför att det finns ännu starkare skäl för lojalitetsreciprocitet.

En betydande skillnad mellan skadebegränsningsplikten och reglerna om jämkning med anledning av medvällande är att skadebegränsningsplikten kan vara aktuell under en lång tid. Från det att skadan uppkommer till dess att den eliminerats har den skadelidande en skadebegränsande skyldighet. Likheterna mellan tillämpningen av reglerna är därför som starkast vid skadetillfället. Det kan därför vara vanskligt att dra alltför långt gående slutsatser baserat på doktrin rörande reglerna om medvällande. Samtidigt är skadetillfället det enda som skiljer bestämmelserna åt. Skyldigheten att begränsa sin skada har också under lång tid ansetts utgöra en del av bestämmelserna om jämkning med anledning av medvällande. Detta framgår också av underinstanserna bedömning i NJA 2017 s. 9. Det finns därför anledning att trots allt beakta vad som skrivits om reglerna om medvällande.

Jag menar därför att den skadevällandes agerande bör beaktas vid en allmän skälighetsbedömning. Även om inte denna är något som hjälper den skadelidande i skadeögonblicket bör den skadevällandes agerande kunna bedömas för att minska kraven på den skadelidande.

5.4 En kodifierad skälighetsprövning bör införas

Det finns ingen perfekt lagstiftning. Det är inte heller säkert att en kodifiering skulle innebära att fler fick kännedom om skadebegränsningsplikten. Inte heller råder det konsensus om skadebegränsningspliktens preventiva, och även dess samhällsekonomiska funktion. Hellner och Radetzki menar att det inte finns något klart stöd för att de skadeståndsrättsliga reglerna påverkar

människors agerande. Samtidigt är det enligt min mening klart att skadebegränsningsplikten fyller en viktig funktion för att motverka resursslöseri. På grund av detta finns det också anledning att kodifiera plikten. Eftersom det enda som skiljer reglerna om medvållande och skadebegränsning åt är skadetillfället finns enligt mig anledning för dessa att vara utformade på liknande sätt. Jag menar därför att skadebegränsningsskyldigheten bör kodifieras på så sätt att en skälighetsprövning ska genomföras och att vållande på båda sidor kan innebära att ersättningen jämkas. Detta skulle också innebära att skadebegränsningen blev mer lik räddningsplikten. En kodifiering innebär också att lagstiftaren återtar en del av den lagstiftande makten från domstolarna. Om den utomobligatoriska skadebegränsningsplikten helt och hållet ska regleras i doktrin och praxis saknas legitimitet då det uteslutande är domstolarna som bestämmer dess utformning.

En skälighetsbedömning är visserligen ingen perfekt lösning. Det innebär att det även fortsatt kommer finnas ett stort skönsmässigt utrymme för domstolarna att tillämpa skadebegränsningsplikten. Det kommer därför även fortsatt finnas utrymme för osäkerhet för den skadelidande angående vilka faktorer som kommer beaktas. Likt reglerna om medvållande är det dock en omöjlighet att författa en så pass heltäckande kodifikation att domstolarna inte måste få visst utrymme för att beakta andra faktorer.

Att kodifiera skadebegränsningsplikten i skadeståndslagen skulle enligt min mening trots allt göra plikten mer lättillgänglig och därmed underlätta för människor att få reda på vad som gäller.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1972:5 - med förslag till skadeståndslag m.m.

Prop. 1975:12 - med förslag till lag om ändring i skadeståndslagen (1972:207), m.m.

Prop. 2003/04:150 - ny försäkringsavtalslag

Prop. 1979/80:9 - om konsumentförsäkringslag, m. m.

Litteratur

Adlercreutz, Axel, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om 'letters of intent', principöverenskommelser m.m.), Svensk Juristtidning, 1987 (Cit. Adlercreutz SvJT 1987)

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars & Lindell-Frantz, Eva, Avtalsrätt 1, 14:e upplagan 2016, Juristförlaget, Lund, 2016 (Cit. Adlercreutz, Gorton, Lindell-Frantz 2016)

Andersson, Håkan, Skyddsändamål och Adekvans: Om skadeståndsansvarets gränser, Diss. Uppsala Universitet, Uppsala, 1993 (Cit. Andersson 1993)

Alexy, Robert, On the Structure of Legal Principles, Ratio Juris, vol. 13, no. 3, 2000 (Cit. Alexy 2000)

Almén, Tore, Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905, 4., delvis omarb. uppl., Norstedt, Stockholm, 1960 (Cit. Almén 1960)

Anenson, T. Leigh, Announcing the "Clean Hands" Doctrine. U.C. Davis Law Review, 51(5), 2018 (Cit. Anenson 2018)

Bengtsson, Bertil, Försäkringsavtalsrätt, 3., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015 (Bengtsson 2015)

Bengtsson, Bertil, Om jämkning av skadestånd, Norstedt, Stockholm, 1982 (Cit. Bengtsson 1982)

Bengtsson, Bertil, Skadeståndsrätt: några huvudlinjer, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1994 (Cit. Bengtsson 1994)

Bergström, Göran & Boréus, Kristina (red.), Textens mening och makt; metodbok i samhällsvetenskaplig text-och diskursanalys, 3 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2012 (Cit. Bergström, Boréus 2012)

Björkdahl, Erika P., Lojalitet och kontraktliknande förhållanden: en civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter, Iustus, Diss. Uppsala universitet, Uppsala, 2007 (Cit. Björkdahl 2007)

Coase, Ronald, H., The Problem of Social Cost, 1960 (Cit. Coase 1960)

Dahlman, Christian, Glader, Marcus & Reidhav, David, Rättsekonomi: en introduktion, 2. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2005 (Cit. Dahlman, Glader, Reidhav 2005)

Dworkin, Ronald, Taking rights seriously, New edition, London, 2013 (Cit. Dworkin 2013)

Dworkin, Ronald, The model of rules, The University of Chicago Law Review, vol. 35, 1967 (Cit. Dworkin 1967)

Fried, Harold O., Lovell, C. A. Knox, K. and Schmidt, Shelton S., The Measurement of Productive Efficiency and Productivity Change, Oxford University Press, 2008 (Cit. Fried m.fl. 2008)

Friedman, David, Law and economics. In: Palgrave, R.H.I. et al. (eds), The New Palgrave: a dictionary of economics, v. 3, 1987 (Cit. Friedman 1987)

Gorton, Lars, Loyalty in Contractual Relations, i International trade legislation in the Baltic region: a collection of contributions by participants in the seminar on the theme "International trade in the 2000s" in Stockholm, Sweden, on 19-20 april 1999, Ministry for Foreign Affairs, Stockholm, 1999 (Cit. Gorton 1999)

Hart, H.L.A., Positivism and the Separation of Law and Morals. In: Harvard Law Review, 71(4), 1958 (Cit. Hart 1958)

Hellner, Jan, Försäkringsrätt, 2., omarb. uppl., Stockholm, 1965 (Cit. Hellner 1965)

Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, Skadeståndsrätt, Tionde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2018 (Cit. Hellner, Radetzki 2018)

Hodgson, Geoffrey, What Are Institutions? In: Journal of Economic Issues, 40(1), 2006 (Cit. Hodgson 2006)

Holm, Anders, Skadebegränsning och räddningsplikt – särskilt om kraven på ersättningsborgenären i Uppsatser om försäkringsrättsliga regler och principer, Jure, Stockholm, 2018 (Cit. Holm 2018)

Håstad, Torgny, Köprätt: och annan kontraktsrätt, 6., omarb. uppl., Iustus, Uppsala, 2009 (Cit. Håstad 2009)

Håstad, Torgny, Rättsdogmatik in absurdum? NJA 2014 s. 935, I: Svensk Juristtidning, 2017 (Cit. Håstad SvJT 2017)

Jareborg, Nils, Rättsdogmatik som vetenskap, I: Svensk Juristtidning, 2004 (Cit. Jareborg SvJT 2004)

Jareborg, Nils, Vad är en princip? i Fogelklou, Anders och Spaak, Torben (red.), Festskrift till Åke Frändberg, Uppsala, 2003 (Cit. Jareborg 2003)

Kellgren, Jan, Något om normativa resonemang i rättsdogmatisk forskning, I: Svensk Juristtidning, 2002 (Cit. Kellgren SvJT 2002)

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018 (Cit. Kleineman 2018)

Kleineman, Jan, Strikt ansvar vid interimistiska beslut om förbud och frågan om den skadelidandes skyldighet att vidta skadebegränsningsåtgärder – särskilt vid immaterialrättstvister i Chen, Kelly & Schultz, Márten (red.), Stockholm Centre for Commercial Law årsbok. 8, Stockholm Centre for Commercial Law, Stockholm, 2017 (Cit. Kleineman 2017)

Lando, Henrik, Tort law from the perspective of economic theory, I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1997 (Cit. Lando TfR 1997)

Lindell-Frantz, Eva, Nedsättning av försäkringsersättning: en studie avseende konsumentförsäkringslagens 30-32 §§, Diss. Lunds Universitet, 1996 (Cit. Lindell-Frantz 1996)

Ménard, Claude, Shirley, Mary M. (eds), Handbook of New Institutional Economics, 2008 (Cit. Ménard, Shirley 2008)

Munukka, Juri, Försäkringsbolags lojalitetskrav under utmejsling, I: Svensk Juristtidning, 2010 (Cit. Munukka SvJT 2010)

Munukka, Jori, Kontraktuell lojalitetsplikt, Jure, Diss. Stockholms universitet, Stockholm, 2007 (Cit. Munukka 2007)

Neuman, Bruno, Försäkringsbolagets lojalitetsplikt vid skadereglering - Särskilt om individuellt tecknade företagsförsäkringar, Lund, 2017 (Cit. Neumann 2017)

Nicander, Hans, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, I: Juridisk Tidsskrift, Juristförlaget, Stockholm, 1996/97 (Cit. Nicander JT 1996/97)

North, Douglass C., Institutions, Institutional Change and Economic Performance, 1990 (Cit. North 1990)

Olsen, Lena, Rättsvetenskapliga perspektiv, I: Svensk Juristtidning, 2004 (Cit. Olsen SvJT 2004)

Peczenik, Aleksander, Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995 (Cit. Peczenik 1995)

Radetzki, Marcus, Den försäkrades räddningsplikt enligt försäkringsavtalslagen i Bengtsson, Bertil & Sluijs, Jessika van der, (Red.), Uppsatser om försäkringsavtalslagen, Jure, Stockholm, 2009 (Cit. Radetzki 2009)

Radetzki, Marcus, Skadeståndsberäkning vid sakskada, 2., bearb. och utök. uppl., Svenska försäkringsföreningen, Stockholm, 2012 (Cit. Radetzki 2012)

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, 10., omarb. och utök. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016 (Cit. Ramberg, Ramberg 2016)

Ramberg, Christina, Uppsägningstid vid långvariga samarbetsavtal, I: Svensk Juristtidning, 2010 (Cit. Ramberg 2010)

Rodhe, Knut, Beskrivning - prognos - rekommendation. En trosbekännelse, I: Juridisk Tidskrift, Juristförlaget, Stockholm, 1996-97 (Cit. Rodhe JT 1996/97)

Rutherford, Malcolm, Institutional Economics: Then and Now, I: Journal of Economic Perspectives, 15(3), 2001 (Cit. Rutherford 2001)

Schultz, Mårten, Skadestånd contra bonos mores, I: Juridisk Tidskrift, Juristförlaget, Stockholm, Nr. 2 2008/09 (Cit. Schultz JT 2008/09)

Strauss, Leo, On Natural Law, I: International Encyclopaedia of the Social Sciences, v. 11, 1968 (Cit. Strauss 1968)

Svensson, Ola, Den principstyrda rätten 1. En presentation av Ronald Dworkins rättsteori, I: Ny Juridik, Nr. 4 2016 (Cit. Svensson Ny Juridik 2016)

Svensson, Ola, Den principstyrda rätten 2. En presentation av Ronald Dworkins rättsteori, I: Ny Juridik, Nr. 1 2017 (Cit. Svensson Ny Juridik 2017)

Taxell, Lars Erik, Avtal och rättsskydd, Åbo akademi, Åbo, 1972 (Cit. Taxell 1972)

Ullman, Harald, Försäkring och ansvarsfördelning: om förhållandet mellan försäkring och kommersiella leverans- och entreprenadavtal: version II, Iustus, Uppsala, 2006 (Cit. Ullman 2006)

Westberg, Peter, Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål: en funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Bok 4, Juristförlaget, Lund, 2004 (Cit. Westberg 2004)

Elektroniska källor

Bengtsson, Bertil, via Zeteo, Försäkringsavtalslagen (2005:104), kommentaren till 4 kap. 7 §, hämtad 2018-12-13 från https://zeteo-nj-se.ludwig.lub.lu.se/document/forsavtkomm_e13f4911700a37ca85257f45004784fc (Cit. Bengtsson, Zeteo, 4 kap. 7 § FAL)

Bengtsson, Bertil, via Zeteo, Försäkringsavtalslagen (2005:104), kommentaren till 6 kap. 5 §, hämtad 2018-12-13 från https://zeteo.nj.se/document/forsavtkomm_forsavtdel02avd02kap06_s1 (Cit. Bengtsson, Zeteo, 6 kap. 5 § FAL)

Fitger, Peter m.fl., via Zeteo, Rättegångsbalken, kommentaren till 15 kap. 6 §, hämtad 2018-12-13 från https://zeteo-nj-se.ludwig.lub.lu.se/document/rbkomm_rbkavd2_s1_s6_s7?anchor=xrbkmmq1942q740_15_kap_6_px (Cit. Fitger m.fl., Zeteo, 15 kap. 6 § RB)

Gregow, Torkel, m.fl., via Zeteo, Utsökningsbalken, kommentaren till 3 kap. 22 §, hämtad 2018-12-13 från https://zeteo-nj-se.ludwig.lub.lu.se/document/ubkomm_ubkap03_s1?anchor=xubkmmq1981q774_3_kap_22_px (Cit. Gregow m.fl., 3 kap. 22 § UB)

Kihlman, Jon, via Karnov, Köplag (1990:931), kommentaren till 70 §, Lexino 2017-09-26, hämtad 2018-12-13 från <https://pro-karnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se/document/2379612/1> (Cit. Kihlman, Karnov, 70 § köplagen)

Lindskog, Stefan, Lagen om handelsbolag och enkla bolag [Elektronisk resurs] en kommentar, 2., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2016, hämtad 2018-12-13 från https://zeteo-nj-se.ludwig.lub.lu.se/document/hblkomm_2baa0213c6b4f911852581b5003fb2a4 (Cit. Lindskog 2016)

Rättsfallsförteckning

Svensk rättspraxis

Högsta domstolen

NJA 2018 s. 653

NJA 2017 s. 9

NJA 2017 s. 371

NJA 1990 s. 745

NJA 1978 s. 432

NJA 1962 s. 359

Arbetsdomstolen

AD 2005 nr. 27