



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Gustav Fäldt

Hypotetiska händelseförlopp

Om åberopande och bevisning av det som inte har hänt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Peter Westberg

Termin för examen: Period 2 HT2018

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	10
1.5 Forskningsläge	11
1.6 Disposition	11
2 SKADESTÅNDSRÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER	13
2.1 Kort om de allmänna förutsättningarna för skadestånd	13
2.1.1 Skada	13
2.1.2 Handling eller underlåtenhet	13
2.1.3 Uppsåt eller oaktsamhet	14
2.1.4 Orsakssamband	15
2.1.4.1 Nödvändig och tillräcklig betingelse	15
2.1.4.2 Samverkande orsaker	17
2.1.4.3 Alternativa orsaker	18
2.1.5 Sammanfattning	18
2.2 Hypotetiska prov	19
3 CIVILPROCESSRÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER	21
3.1 Rättsfakta, bevisfakta och rättstillämpningsfakta	21
3.2 Dispositionsprincipen och åberopsbörda	22
3.3 Bevisbörda	24
3.4 Beviskrav och bevislättnader	25
3.5 Jura novit curia	27
3.6 Särskilt om bevisprövning av orsakssamband och skada	28

3.6.1	Bevisprövning av orsakssamband	28
3.6.2	Bevisprövning av skada	30
3.7	Hypotetiska händelseförlopp	31
3.7.1	Inledning	31
3.7.2	Processrättslig kategorisering enligt doktrin	31
3.7.3	Bevisbörda och beviskrav i äldre praxis	34
4	PROBLEMATISERING	38
5	PRAXIS FRÅN HD	43
5.1	Inledning	43
5.2	NJA 2011 s. 718 – Laholms Sparbank	43
5.2.1	Bakgrund	43
5.2.2	HD:s bedömning	44
5.2.3	Kommentar	44
5.3	NJA 2013 s. 145 – Landskronabranden	46
5.3.1	Bakgrund	46
5.3.2	HD:s bedömning	46
5.3.3	Kommentar	49
5.4	NJA 2014 s. 272 – BDO	51
5.4.1	Bakgrund	51
5.4.2	HD:s bedömning	52
5.4.3	Kommentar	55
5.5	NJA 2017 s. 9 – Mivital	58
5.5.1	Bakgrund	58
5.5.2	HD:s bedömning	59
5.5.3	Kommentar	62
6	SAMMANFATTNING OCH SLUTSATSER	64
6.1	Processrättslig kategorisering av hypotetiska fakta	64
6.2	Åberopsbörda för hypotetiska fakta	66
6.3	Bevisning och bevislättnader för hypotetiska händelseförlopp	67
6.4	Avslutande kommentar	69
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		70
Offentligt tryck		70
Doktrin		70
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		73

Summary

Disputes generally revolve around what, in reality, has occurred and the parties, therefore, tend to focus on presenting different stories as to how the dispute arose in the first instance. In deciding which series of events should form the basis for the application of the law in question, the court seeks guidance from a plethora of procedural rules. These rules state (i) which party must provide the specific circumstances which the court consequently considers in its judicial capacity (burden of reference) (*sw. åberopsbörda*), (ii) which party bears the onus of providing evidence for a circumstance whose existence is doubtful (burden of evidence) (*sw. bevisbörda*) and (iii) the particular quality that the evidence must possess in order for the circumstance to be considered proved (*sw. beviskrav*).

In some disputes, however, the determination by the court of the mere actuality of occurrence is insufficient. Consideration by the court of *what would have happened* had particular facts been altered can be directly relevant. More precisely; the outcome of the dispute and thus arguments canvassed in the court room can focus on what would have happened if the defendant had not acted in a certain way. Such reasoning is significant, both to decide whether a specific action or omission has caused the alleged damage and to determine the quantum of damage. Furthermore, the decision as to whether a defendant has been negligent can have hypothetical elements.

To analyze whether a specific negligent action has caused damage, the course of factual events is compared to a hypothetical factual matrix in which the negligent action did not occur. Consequently, the alleged conduct is removed from the factual course of events being considered. If it is instead an omission, the factual course of events is compared to a hypothetical course of events in which the negligent omission is replaced by a certain action. Given that the outcome of the comparison is that the damage would not have occurred in the hypothetical course of events, the action or the omission has caused the alleged damage. In a corresponding way, the quantum of damage can be decided as the difference between the factual economic outcome of a certain situation and the economic outcome of the hypothetical course of events.

The parties in a dispute can have various perspectives as to what actually transpired. In the same way, they can have divergent opinions on what would have happened in a hypothetical scenario. To be able to conduct the comparison, the outcome of which decides the questions of causation and quantum, the court must decide what hypothetical facts form the base for such a comparison.

In order to decide this hypothetical chain of events, the court stands before a number of questions. Firstly, to what procedural category of facts do hypothetical facts belong? Secondly, is there a burden of reference for a hypothet-

ical course of events? Thirdly, can a party bear the burden of proof for a hypothetical circumstance, which has not occurred and therefore has not left any traces? How the court handles these questions is fundamental to many disputes.

In NJA 2011 p. 718, NJA 2013 p. 145, NJA 2014 p. 272 and NJA 2017 p. 9, the Supreme Court has handled hypothetical events with respect to the causal connection between actions or omissions and alleged damage and with respect to damage assessment. The precedents provide an ambiguous answer as to the correct categorization of hypothetical facts from a procedural perspective and whether there is a burden of reference connected to hypothetical facts. From an evidential perspective, it seems as though case precedent supports the view that hypothetical events can be subject to burden of proof, but the difficulties to provide evidence on circumstances that have not occurred can motivate evidentiary alleviations of different kinds.

Sammanfattning

Generellt sett gäller tvister vad som har inträffat i verkligheten och parternas faktaberättelser består av faktiska omständigheter. Vilken betydelse som en omständighet får för utgången av en tvist avgörs av vilken processrättslig kategori som omständigheten hänförs till. Vilka omständigheter som parterna måste åberopa för att domstolen ska få beakta dem avgörs av reglerna om åberopsbörda. När parterna är oense om vad som faktiskt har inträffat tar domstolen hjälp av reglerna om bevisbörda och beviskrav för att avgöra vilket fastslaget händelseförlopp som rättstillämpningen ska utgå ifrån.

I en del tvister är det dock inte tillräckligt att domstolen fastställer ett faktiskt händelseförlopp. Det kan nämligen vara direkt avgörande för målets utgång *vad som skulle ha hänt* om verkligheten hade varit beskaffad på ett annorlunda sätt. Mer konkret; det kan i en del tvister vara avgörande för tvistens utgång vad som skulle ha hänt om inte svaranden hade agerat på ett visst sätt. Sådana tankeövningar aktualiseras dels för att avgöra om det finns ett orsakssamband mellan en viss handling eller underlåtenhet och en påstådd skada, dels för att avgöra storleken på en eventuell skada. Även culpabedömningen kan ha hypotetiska inslag.

För att analysera om en viss handling har orsakat en skada jämförs det faktiska händelseförloppet, d.v.s. vad som har inträffat, med ett hypotetiskt händelseförlopp, i vilket handlingen inte hade inträffat. Handlingen tänks alltså bort i det hypotetiska händelseförloppet. Är det i stället fråga om en skadeståndsgrundande underlåtenhet jämförs det faktiska händelseförloppet med ett hypotetiskt händelseförlopp, där en viss handling sätts i stället för underlåtenheten. I det hypotetiska händelseförloppet ersätts alltså underlåtenheten av en hypotetisk handling. Givet att utfallet av tankeexperimentet blir att skadan inte skulle ha uppkommit i det hypotetiska händelseförloppet föreligger det ett orsakssamband mellan det skadeståndsgrundande momentet, i form av en handling eller en underlåtenhet, och den uppstådda skadan. På motsvarande sätt kan storleken på en skada bestämmas som skillnaden mellan det ekonomiska utfallet av det faktiska händelseförloppet och det ekonomiska utfallet så som det skulle ha blivit i det hypotetiska händelseförloppet.

I en tvist där en hypotetisk händelseutveckling är avgörande händer det givetvis att parterna är oense om vad som skulle ha skett i det hypotetiska händelseförloppet. För att kunna genomföra det tankeexperiment vars utfall avgör frågorna om orsakssamband och skadans värdering krävs det emellertid att domstolen avgör vilket hypotetiskt händelseförlopp som ska jämföras med det faktiska händelseförloppet i målet.

När det hypotetiska händelseförloppet ska bestämmas ställs domstolen inför en rad frågor. Till vilken processrättslig faktakategori ska domstolen räkna hypotetiska omständigheter? Är någon av parterna tvungen att ange det hypotetiska händelseförloppet eller kan domstolen bestämma det själv, d.v.s.

finns det en åberopsbörda för hypotetiska händelseförlopp? Och avslutningsvis, kan någon av parterna verkligen bli bevisskyldig för något som inte har inträffat och som därför inte har lämnat några spår efter sig? Hur domstolen väljer att hantera det hypotetiska händelseförloppet blir en avgörande fråga i många skadeståndstvister.

I NJA 2011 s. 718, NJA 2013 s. 145, NJA 2014 s. 272 och NJA 2017 s. 9 har HD behandlat hypotetiska händelseförlopp i samband med orsaksanalysen samt vid skadebestämningen. Prejudikaten ger inga enhetliga svar på hur hypotetiska omständigheter ska kategoriseras ur ett processrättsligt perspektiv och om det finns någon åberopsbörda kopplad till hypotetiska omständigheter. Beträffande bevisning av hypotetiska fakta verkar HD:s praxis ge stöd för att bevisvårigheterna som är förenade med sådana omständigheter tenderar att motivera bevislättnader av olika slag.

Förord

”Sent omsider har vår himmelsblå färg krönts av ärans lager”

- Eric Persson, 1944.

Nu är det slut, till slut. Precis som för Malmö FF tog det sin lilla tid för mig att nå mitt mål. Det är en märklig känsla att sammanfatta dessa år på några få rader, men jag tror att det görs bäst genom att tacka några av de många som gjorde Lundatiden till en så härlig tid i mitt liv. Här kommer därför en kavalkad av varma och innerliga tack när jag nu sätter punkt.

Vad beträffar uppsatsen vill jag först tacka Peter Westberg för att du presenterade ett spännande ämne för mig och vägledde mig under arbetets gång.

Tack Alexander för din uppmärksamma korrekturläsning av uppsatsen och för att du ständigt tar dig tid för att hjälpa mig. Men framför allt, såklart, tack för att du är så bra på att vara en så bra vän. Och förlåt för den permanenta oordningen på Ulrikedal.

Tack Viktor för din vänskap och för alla traditionsenliga luncher på Saltimporten. De har varit en av veckans höjdpunkter, varje vecka.

Tack Petter för alla gemensamma stunder, på Stadion och på andra platser.

Tack till pågarna i GB för alla minnen. Utan er hade den här tiden aldrig blivit ens i närheten av så bra som den blev. Nu fortsätter vi att skapa nya gemensamma minnen, på nya platser.

Tack till repan för att ni tog emot mig med öppna armar inte bara en gång, utan tre gånger. Tack till kollegorna, som blev vänner, för all värme och alla goda skratt på världens bästa jobb. Tack också för allt kaffe och alla Delicatobollar – bensin när energinivån varit låg.

Tack till Tony för att allt alltid är skitbra och för alla morgnar med fotbolls- snack. Lycka till med säsongen i Marieholm. Jag håller på er, så länge ni inte möter Di Blåe.

Tack till mormor, morfar och farmor för att ni alltid är mina största supportrar vad jag än tar mig an. Tack till mamma, pappa och Klara för att ni alltid är och alltid har varit mig närmast på alla sätt.

Och avslutningsvis tack till Otto för att du står vid min sida, både i uppsatstider och alltid annars.

Malmö, den 12 mars 2019.

Gustav

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005:551)
BrB	Brottsbalk (1962:700)
DiskrL	Diskrimineringslag (2008:567)
FB	Föräldrabalk (1949:381)
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
MB	Miljöbalk (1998:808)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SvJT	Svensk Juristtidning
UB	Utsökningsbalk (1981:774)
VML	Varumärkeslag (2010:1877)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Tvister kretsar allt som oftast kring faktiska händelser som har inträffat. När parternas faktaberättelser går isär använder sig domstolen av regler om åberopsbörda, bevisbörda och beviskrav för att kunna avgöra utifrån vilket händelseförlopp som domstolens rättstillämpning ska ske. Åberopsbördans placering avgör vilken av parterna som ska bära risken för att en viss omständighet som är relevant för tvistens utgång inte har åberopats. Osäkerhet om huruvida en viss omständighet har inträffat hanteras med hjälp av regler om bevisbörda och beviskrav. Målet är att domstolen ska få ett tillräckligt klarlagt händelseförlopp att utgå ifrån vid sitt dömande.

I en del tvister räcker det emellertid inte med att domstolen vet vad som faktiskt har inträffat. Det kan nämligen vara avgörande för tvistens utgång vad som *skulle ha hänt* om verkligheten hade varit beskaffad på ett annorlunda sätt; närmare bestämt vad som skulle ha hänt om inte svaranden agerat på ett visst sätt. Situationen aktualiserar olika typer av tankeexperiment där det faktiska händelseförloppet, som motsvarar vad som verkligen har hänt, jämförs med ett hypotetiskt händelseförlopp som är ett resultat av ett tankeexperiment. Denna typ av hypotetiska prov förekommer mest frekvent i skadeståndstvister, dels för att avgöra om det finns ett orsakssamband mellan en viss handling eller underlåtenhet och en påstådd skada, dels för att avgöra storleken på en eventuell skada. Ibland har även culpabedömningen hypotetiska inslag.

Såväl aktiva handlingar som underlåtenhet att utföra en handling kan ge upphov till skadeståndsansvar. För att analysera om en viss handling har orsakat en skada jämförs det faktiska händelseförloppet med ett hypotetiskt händelseförlopp, i vilket handlingen inte hade inträffat. Handlingen tänks alltså bort. Är det i stället fråga om en skadeståndsgrundande underlåtenhet jämförs det faktiska händelseförloppet med ett hypotetiskt händelseförlopp, där en viss handling sätts i stället för underlåtenheten. Underlåtenheten ersätts alltså av en hypotetisk handling. Det föreligger ett orsakssamband mellan det skadeståndsgrundande momentet och den uppstådda skadan, givet att utfallet av tankeexperimentet blir att skadan inte skulle ha uppkommit i det hypotetiska händelseförloppet. Genom samma tankeexperiment kan storleken på en skada beräknas som skillnaden mellan det faktiska ekonomiska utfallet av en viss situation och det ekonomiska utfallet som hade blivit i det hypotetiska händelseförloppet.

På samma sätt som parterna i en tvist ofta är oense om vad som har inträffat på verklighetsplanet är parterna ofta oense om vad som *skulle ha skett* i en hypotetisk händelseutveckling. Parterna kan presentera olika hypoteser om

vad som skulle ha inträffat i ett parallellt universum där den skadeståndsgrundande handlingen tänks bort. De kan också ha olika uppfattningar om vilken handling som i det hypotetiska händelseförloppet ska sättas i stället för den skadeståndsgrundande underlåtenheten. För att kunna genomföra det tankeexperiment vars utfall avgör frågorna om orsakssamband och skadans värdering krävs det att domstolen har ett hypotetiskt händelseförlopp att jämföra med vad som faktiskt anses bevisat i målet. När detta hypotetiska händelseförlopp ska bestämmas försätts domstolen i en prekär situation som ger upphov till en rad frågor. Är någon av parterna tvungna att ange det hypotetiska händelseförloppet eller kan domstolen bestämma det själv? Och kan någon av parterna verkligen bli beviskyldig för något som inte har inträffat och som därför inte har lämnat några spår efter sig? Hur det hypotetiska händelseförloppet hanteras är en avgörande fråga i många skadeståndstvister.

På senare år har HD behandlat hypotetiska händelseförlopp i ett antal komplicerade och svårtolkade rättsfall angående orsakssamband och skadestorlek. I prejudikaten har frågorna om åberopsbörd, bevisbörd och beviskrav för hypotetiska omständigheter angripits på olika sätt. Det är mot denna bakgrund som uppsatsen är skriven.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen syftar till att analysera och kritiskt granska hur HD har valt att hantera frågorna om åberopsbörd, bevisbörd och beviskrav för hypotetiska händelseförlopp i NJA 2011 s. 718 ("Laholms Sparbank"), NJA 2013 s. 145 ("Landskronabranden"), NJA 2014 s. 272 ("BDO") och NJA 2017 s. 9 ("Mivitotal").

För att uppnå syftet ska följande frågeställningar besvaras:

- Hur kategoriserar HD hypotetiska omständigheter ur ett processrättsligt perspektiv i NJA 2011 s. 718, NJA 2013 s. 145, NJA 2014 s. 272 och NJA 2017 s. 9?
- Måste hypotetiska omständigheter åberopas för att bli föremål för domstolens prövning?
- Måste hypotetiska händelseförlopp bevisas för att domstolen ska kunna lägga dessa till grund för domen? Vilka möjligheter till bevislättning avseende hypotetiska händelseförlopp går att utläsa ur de analyserade prejudikaten?

1.3 Avgränsningar

Hypotetiska händelseförlopp kan vara relevanta för domstolens bedömning i såväl tvistemål som i brottmål.¹ Denna uppsats berör dock endast dispositiva skadeståndstvister. Vidare kan hypotetiska tankeexperiment vara relevanta i olika led i skadeståndsprövningen. Förutom som moment i orsaksbedömningen och skadeberäkningen förekommer hypotetiska prov också inom ramen för culpabedömningen. Min uppsats behandlar endast de två förstnämnda. Därmed berörs hypotetiska moment hänförliga till culpabedömningen inte närmare.

Arbetet med uppsatsen har givetvis inneburit att jag snubblat över andra intressanta frågor som i viss mån tangerar det valda ämnet. En sådan fråga, som jag av utrymmesskäl har valt att lämna utanför mitt arbete, handlar om förhållandet mellan domarens processledningsverksamhet och hypotetiska händelseförlopp. Hur ska en domare exempelvis agera om han eller hon upptäcker att parterna baserar sin argumentation på ett händelseförlopp som domaren, av olika anledningar, vet är fullständigt osannolikt? Och vilka instruktioner får eller bör en domare ge till parterna i fråga om vilken bevisning som kan bli relevant angående hur ett hypotetiskt händelseförlopp hade artat sig?² En annan tänkvärd fråga är hur specifik en part behöver vara i sina åberopanden av hypotetiska omständigheter. Dessa omständigheter har ju inte inträffat, utan måste formuleras av parten i fråga. Innebär detta att även mindre specifika åberopanden kan godtas?³

Avslutningsvis kan nämnas att det under arbetets gång tillkommit ett prejudikat som hade varit av relevans för att utreda uppsatsens syfte och frågeställningar. Det handlar om domen B 1540-18 som meddelades av HD den 21 januari 2019. Domen behandlas emellertid inte vidare, mot bakgrund av att den meddelades i ett sent skede av arbetet med uppsatsen.⁴

¹ Beträffande hypotetiska inslag i brottmålsbedömningar, se t.ex. Lambertz 2009, s. 6 f.

² För en diskussion om domarens materiella processledning på ett mer generellt plan, se Westberg 2013, s. 335 ff. samt Westberg 2014.

³ För en diskussion kring allmänt hållna åberopanden av rättsfakta i en annan kontext, se Westberg 2018/19, s. 315 ff.

⁴ I rättsfallet behandlas frågan om hur ersättningen ska beräknas vid ett intrång i upphovsrätten till en film. Kort sammanfattat kom HD fram till att det är möjligt att fingera att ett licensavtal skulle ha kunnat träffas mellan rättighetshavaren och den som ville utnyttja verket. Enligt HD kan detta dock vara förenat med sådana svårigheter att den hypotetiska licensavgiften inte kan läggas till grund för bestämningen av ersättningen. I stället ska domstolen då göra en uppskattning av vilken ersättning som ska utgå, med beaktande av den utredning som parterna har lagt fram för domstolen. Prejudikatet är av relevans för vidare studier av hur HD väljer att kategorisera samt hantera hypotetiska fakta i dispositiva skadeståndstvister.

1.4 Metod och material

Uppsatsen syftar till att reda ut rättsläget beträffande frågorna om återops-börda och bevisning av hypotetiska händelseförlopp i skadeståndstvister. Eftersom varken lag eller förarbeten ger svar på frågeställningarna har studien främst inriktats på praxis och doktrin. Uppsatsens huvudtema utgörs av en kritiskt granskande begrepps- och argumentationsanalys. Utgångspunkt för begrepps- och argumentationsanalysen tas i den syn på det hypotetiska händelseförloppet rättsliga karaktär och betydelse i ett civilprocessrättsligt perspektiv som framgår av doktrin och HD:s praxis. Redogörelserna för skadeståndsrättsliga och processrättsliga utgångspunkter i kapitel 2 och 3 utgör grunden för den analys av praxis som genomförs i kapitel 5. Rättsfallsanalyserna i kapitel 5 syftar till att ge svar på vad som utgör gällande rätt. Uppsatsen kan därför beskrivas som en *de lege lata*-utredning⁵ som genomförts med den rättsdogmatiska metoden som bas.⁶ I och med att uppsatsen behandlar frågor i gränslandet mellan skadeståndsrätt och civilprocessrätt kan den beskrivas som rättsområdesöverskridande.

Utöver att reda ut rättsläget har jag också försökt att kritisera det rättsläge som förefaller vara gällande rätt, genom att påvisa vissa oklarheter och i viss mån bristande stringens i HD:s resonemang. Att påtala inkonsekvens i prejudikat rymms inom den rättsdogmatiska metoden. Det kan sägas vara en viktig del av den *kritiskt inriktade rättsdogmatiken* att inte bara fastställa gällande rätt, utan att också kritisera denna.⁷

Mängden litteratur som har använts i uppsatsen är relativt begränsad. Detta har att göra med att doktrin främst har använts som ett hjälpmedel för att förklara grundläggande delar av skadeståndsrätten och civilprocessrätten. Valet av doktrin har styrts av bärigheten i författarnas argumentation samt deras dignitet.⁸ För den skadeståndsrättsliga grunden hänvisas därför till rättsvetare som exempelvis *Hellner och Radetzki* samt *Schultz*.⁹ Det civilprocessrättsliga kapitlet bygger på böcker och artiklar av exempelvis *Ekelöf, Westberg, Heuman* och *Nordh*.¹⁰ Rättsfallen som behandlas har varit föremål för granskning och debatt i separata artiklar. Dessa artiklar har använts för att öka förståelsen av rättsfallen och fördjupa analysen. Här förtjänar artiklarna av exempelvis *Pauli och Edelstam, Etéus* samt *Hamilton* att omnämnas.¹¹

För att underlätta för läsaren ges löpande exempelsituationer för att förtydliga både de grundläggande civilprocessrättsliga och skadeståndsrättsliga element

⁵ Lehrberg 2018, s. 207.

⁶ Kleineman 2018, s. 21 ff.

⁷ Kleineman 2018, s. 34 ff.

⁸ Lehrberg 2018, s. 209 f.

⁹ Se framför allt Hellner och Radetzki 2018 samt Schultz 2011 och Schultz 2013.

¹⁰ Se framför allt Ekelöf m.fl. 2009, Westberg 2013, Heuman 2005 samt Nordh 2011a och 2019b.

¹¹ Se Pauli och Edelstam 2012a och 2012b, Etéus 2014/15 samt Hamilton 2017.

som presenteras. I samband med att de för uppsatsen centrala rättsfallen behandlas ges löpande kommentarer. Analysen sammanställs sedan i uppsatsens avslutande kapitel.

1.5 Forskningsläge

Vad beträffar forskningsläget ska sägas att frågorna om återopsörda, bevisörda och beviskrav för *faktiska omständigheter* givetvis har behandlats ingående i många av standardverken på civilprocessrättens område.

Bomans ”Om återopande och återopsörda i dispositiva tvistemål” från 1964 är sannolikt den mest heltäckande genomgång som gjorts av återopsördan i svensk rätt. Frågan om återopsörda för hypotetiska omständigheter har Boman dock, såvitt jag vet, inte givit någon större uppmärksamhet.

Vidare framstår Heumans referat och analyser av ett större antal prejudikat om hypotetiska händelseförlopp i ”Bevisörda och beviskrav i tvistemål” som den mest omfattande studie som gjorts av hypotetiska händelseförlopp. Eftersom den är från 2005 berörs inte senare tillkommen praxis, som exempelvis de rättsfall som utgör kärnan i denna uppsats. Dessa rättsfall har dock kommenterats ur olika perspektiv i ett flertal artiklar. Artiklarna berörs i den utsträckning som de är relevanta för uppsatsen.

Beträffande bevisprövning av orsakssamband förtjänar Nordhs artikel ”Om bevisprövning av orsakssamband. En kommentar till Schultz, Kausalitetspraktikan, SvJT 2011 s. 465 ff.” i SvJT att omnämnas. Nordh analyserar emellertid inte hypotetiska händelseförlopp.

Sammanfattningsvis verkar uppsatsens frågeställningar, såvitt jag vet, inte ha varit föremål för någon samlad studie likt denna uppsats.

1.6 Disposition

Uppsatsen är disponerad enligt följande. I avsnitt 2 och 3 redogör jag för grundläggande skadeståndsrättsliga respektive civilprocessrättsliga utgångspunkter. Dessa avsnitt ligger till grund för den problematisering av ämnet som görs i avsnitt 4. Problematiseringen, i form av fiktiva tvister, avser förtydliga frågeställningarna och sätta in dessa i ett sammanhang.

Ambitionen med problematiseringen i avsnitt 4 är att förenkla och förtydliga den komplexa och aningen svår genomträngliga praxisen från HD och därigenom ge läsaren en god grund när denne tar sig an avsnitt 5. I avsnitt 5 behandlas sedermera de för uppsatsen centrala prejudikaten, med återkommande hänvisningar till problematiseringen i avsnitt 4.

Trots att ambitionen varit att förenkla och koncentrera referaten och analyserna av rättsfallen i så stor utsträckning som möjligt är avsnitt 5 omfattande och faktatungt. Jag rekommenderar därför läsaren att ta sig an avsnitt 5 med nyvunnen energi. I det avslutande avsnittet 6 ges mer samlade svar på uppsatsens frågeställningar.

2 Skadeståndsrättsliga utgångspunkter

2.1 Kort om de allmänna förutsättningarna för skadestånd

2.1.1 Skada

En till synes given förutsättning för skadeståndsansvar är att någon annan än skadevållaren har drabbats av en skada som erkänns enligt skadeståndsrätten.¹² I utomobligatoriska förhållanden utgör person- respektive sakskador de typiska och dominerande skadekategorierna. Personskador innebär fysiska och psykiska skador, vilka kan uppkomma på människokroppen. Sakskador innebär fysiska skador på fast egendom och lösa föremål. Som sakskador betraktas också förlust av egendom, både permanent och tillfällig.¹³ Även s.k. rena förmögenhetsskador kan vara ersättningsgilla i utomobligatoriska förhållanden. Det är, enligt 1 kap. 2 § SkL, fråga om ”sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada”. Som exempel kan nämnas t.ex. förluster i form av försämrade rörelseresultat för företag eller ökade utgifter utan motsvarande nytta.¹⁴ Som huvudregel är rena förmögenhetsskador endast ersättningsgilla till följd av brott.¹⁵

2.1.2 Handling eller underlåtenhet

Det skadeståndsgrundande momentet kan bestå av såväl en aktiv handling som en underlåtenhet. Utgångspunkten för skadeståndsskyldighet är att man inte får handla på ett sådant sätt att person- eller sakskada uppstår. Den som utför en handling är skyldig att ta hänsyn till risken för skada. En person som t.ex. kör bil eller spelar golf är alltså skyldig att beakta risken för att skada kan uppstå.¹⁶ Skadeståndsskyldighet till följd av underlåtenhet inträder i utomobligatoriska förhållanden endast i undantagsfall. Det ska dock sägas att

¹² Hellner och Radetzki 2018, s. 103 ff.

¹³ Hellner och Radetzki 2018, s. 100 ff.

¹⁴ Hellner och Radetzki 2018, s. 63.

¹⁵ Se 2 kap. 2 § SkL. Det finns dock ett flertal undantag, där skadeståndsskyldighet för ren förmögenhetsskada inte förutsätter brottslig handling. Normalt sett krävs då uppsåt eller oaktsamhet hos skadevållaren. Se exempelvis skadestånd för varumärkesintrång enligt 8 kap. 4 § VML eller det aktiebolagsrättsliga skadeståndsansvaret enligt 29 kap. 1 och 2 §§ ABL. Enligt 2 kap. 3 § SkL är även kränkning en ersättningsgill skada. Även här är brott som huvudregel en förutsättning.

¹⁶ Hellner och Radetzki 2018, s. 106 f.

undantagen är både betydande och talrika.¹⁷ Generellt sett medför underlåtenhet att handla skadeståndsskyldighet endast om personen i fråga hade en plikt att handla i situationen.¹⁸

Mer konkret kan det röra sig om situationer där underlåtenhet att handla är straffbar. Då gäller den allmänna principen om att brottsliga handlingar medför skadeståndsskyldighet.¹⁹ Plikten att handla kan gå att finna även i andra författningar, utanför straffrättens område. Underlåtenhet att handla på det angivna sättet kan även då leda till skadeståndsansvar.²⁰ Vidare kan avtal medföra ett underlåtenhetsbaserat skadeståndsansvar gentemot medkontra- henten och dennes närstående. Det kan t.ex. handla om en hyresvärd's ansvar gentemot sina hyresgäster.²¹ Även avtal med annan part än den som hotas av skada kan vara förenat med en handlingsplikt. Främst gäller detta när någon tagit på sig en handlingsplikt till skydd för allmänheten. Som exempel kan nämnas att den som åtagit sig vård om barn kan ådra sig en underlåtenhetsba- serad skadeståndsskyldighet gentemot tredje man om barnet vållar skada.²²

Även ett aktivt handlande som skapar en fara kan ge upphov till en plikt att handla. Den som gräver en grop blir därför skyldig att vidta tillräckliga säker- hetsåtgärder, t.ex. att sätta upp ett staket, för att ingen ska skada sig. Under- låtenheten att rätta till situationen riskerar alltså att bli skadeståndsgrundande. Distinktionen mellan underlåtenhet och aktivt handlande är inte alltid kniv- skarp. I många fall kan det aktiva handlandet och underlåtenheten betraktas som en enhet. Underlåtenheten att tända lamporna på cykeln kan beskrivas som den positiva handlingen att cykla med lamporna släckta.²³

2.1.3 Uppsåt eller oaktsamhet

För skadeståndsskyldighet uppställs normalt inget krav på uppsåtligt hand- lande.²⁴ Utgångspunkten är i stället ett krav på oaktsamhet. För att avgöra om någon har handlat oaktsamt ställs frågan om den påstått oaktsamme borde ha handlat på ett annat sätt. Den klassiska uppfattningen är att skadeståndsgrun- dande oaktsamhet innebär en underlåtenhet att iaktta den grad av aktsamhet som kännetecknar en *god familjefader*, en s.k. *bonus pater familias*.²⁵ Den mer moderna uppfattningen är dock att synen utgör en ohållbar förenkling av verkligheten. Därför sker numera endast en begränsad del av oaktsamhetsbe- dömningen genom jämförelser med sedvanan, d.v.s. den aktsamhet som iakt- tas i allmänhet. I stället tas hänsyn först och främst till lag och andra före- skrifter, men även till prejudikat. När dessa källor inte ger domstolen någon

¹⁷ Hellner och Radetzki 2018, s. 107.

¹⁸ Hellner och Radetzki 2018, s. 108.

¹⁹ Se t.ex. 10 kap. 8 § och 13 kap. 10 § BrB.

²⁰ Som exempel kan nämnas 26 § väglagen som behandlar vägskötsel.

²¹ Hellner och Radetzki 2018, s. 109.

²² Hellner och Radetzki 2018, s. 109.

²³ Hellner och Radetzki 2018, s. 109.

²⁴ Hellner och Radetzki 2018, s. 124.

²⁵ Hellner och Radetzki 2018, s. 124 f.

ledning kring hur personen borde ha handlat genomförs en skönsässig bedömning, en s.k. fri culpabedömning.²⁶

2.1.4 Orsakssamband

Betydelsen av det skadeståndsrättsliga kravet på orsakssamband och adekvans²⁷ tillhör skadeståndsrättens mest omdebatterade och komplicerade frågor.²⁸ Grundläggande innebär det att en parts handlande eller underlåtenhet är skadeståndsgrundande endast om handlandet eller underlåtenheten har orsakat den aktuella skadan. Ibland beskrivs orsakssambandet med termen kausalitet.²⁹ Kravet på orsakssamband är generellt för skadeståndsrätten. Utan orsakssamband uppstår ingen ersättningsgill skada; ingen ska behöva ersätta en skada som denne inte har orsakat.³⁰

2.1.4.1 Nödvändig och tillräcklig betingelse

Orsaksanalysen tar ofta avstamp i begreppsparet nödvändig respektive tillräcklig betingelse. Att händelse A är nödvändig för händelse B innebär att händelse B inte skulle ha inträffat utan att händelse A inträffat. Att händelse A är tillräcklig för händelse B kan beskrivas som att händelse A ”enligt naturens och samhällets ordning leder till” händelse B.³¹ Annorlunda uttryckt kan förhållandet beskrivas som att den som företar en händelse vilken är en nödvändig betingelse för en annan händelse utövar negativ kontroll över den senare händelsen genom att vederbörande kan *förhindra den senare händelsen*, genom att inte utföra den förra. Med samma synsätt kan den som företar en händelse som är en tillräcklig betingelse för en annan sägas utöva positiv kontroll över den senare händelsen genom att vederbörande kan *frambringa den senare händelsen*.³²

²⁶ Hellner och Radetzki 2018, s. 125 ff. Det är i sammanhanget nämnvärt att culpabedömningen kan innefatta en typ av hypotetiskt prov, där beteendet hos den påstådda skadevällaren jämförs med en hypotetisk persons beteende, se Schultz 2008.

²⁷ Adekvanskravet behandlas inte närmare i denna uppsats. Sammanfattningsvis kan det beskrivas som ett krav på att ett orsakssamband måste vara av en viss kvalitet för att medföra skadeståndsansvar; allt för avlägsna orsakssamband anses inte motivera skadeståndsskyldighet, se Hellner och Radetzki 2018, s. 190.

²⁸ Avsnittet behandlar enbart de mest grundläggande kausalitetsproblemen. För en heltäckande genomgång av moderna kausalitetsproblem hänvisas till Hellner och Radetzki 2018, avsnitt 12.9. Se också Andersson 2015 och särskilt hans uttömmande läsanvisning i fotnot 3, s. 336. Se även Schultz 2007 för ett heltäckande grepp om kausalitetsproblematiken.

²⁹ Hellner och Radetzki 2018, s. 187.

³⁰ Hellner och Radetzki 2018, s. 187.

³¹ Hellner och Radetzki 2018, s. 188 f.

³² Radetzki 2012, s. 146. Som exempel på en situation där händelse A utgör både en tillräcklig och en nödvändig betingelse för händelse B kan tänkas situationen där en brinnande tändsticka förs till ett stycke papper. Att föra en brinnande tändsticka till ett papper medför vanligen, enligt naturens ordning, att pappret börjar brinna (*tillräcklig betingelse*). Det går också att konstatera att pappret inte skulle ha fattat eld om inte tändstickan hade förts till pappret (*nödvändig betingelse*), se Hellner och Radetzki 2018, s. 188.

Den historiskt sett dominerande synen på orsaksanalysen brukar kallas för betingelseläran. Enligt betingelseläran är kravet på orsakssamband *endast* uppfyllt om den ansvarsgrundande faktorn, i form av handling eller underlåtenhet, var nödvändig för skadans inträffande.³³ Orsaksbedömningen kan då genomföras i form av en jämförelse mellan det faktiska händelseförloppet och vad som skulle ha hänt i ett hypotetiskt händelseförlopp, där den ansvarsgrundande faktorn tänks bort. Skulle den påstådda skadan ha inträffat också i det hypotetiska händelseförloppet föreligger ingen kausalitet – skadan skulle ju ha inträffat ändå och den ansvarsgrundande faktorn är då inte nödvändig för skadan.³⁴

I vissa situationer finns det emellertid flera händelser som i olika utsträckning har orsakat den uppkomna skadan. I och med att det i sådana fall saknas en nödvändig betingelse för skadan går det inte att konstituera ett orsakssamband med hjälp av betingelseläran. Att inget skadestånd skulle kunna utgå endast därför att flera händelser har orsakat skadan är orimligt.³⁵ I dag råder det därför enighet om att den klassiska betingelseläran antingen måste överges helt eller kompletteras med särskilda principer för situationer där skadans inträffande kan förklaras med flera möjliga förklaringar.³⁶

En tänkbar lösning som presenterats i doktrin är att den svenska rättsordningen anammar det empiriska synsätt på orsaksfrågan som diskuterats och fått visst genomslag i amerikansk rätt. Idén kallas för NESS-modellen (Necessary Element of a Sufficient Set). Även den modellen använder begreppen nödvändig och tillräcklig, om än i stället som en analys av öppna frågor av olika karaktär. Bedömaren kan exempelvis fråga sig om X:s handling bidrog till effekten eller om X:s agerande medverkade till skadan.³⁷ Enligt Hellner och Radetzki finns det dock inget stöd för att svenska domstolar skulle ha börjat tillämpa den empiriska orsaksmodellen. Enligt dem finns det därför inget skäl för att sluta använda begreppen ”nödvändig betingelse” respektive ”tillräcklig betingelse” som utgångspunkt vid analysen av kausalitetsfrågor.³⁸ I dag kan huvudregeln avseende kausalitet formuleras som att X utgör orsak till Y, givet att X utgör en tillräcklig *eller* nödvändig betingelse för Y.³⁹ Om det jämförelsen mellan det faktiska och det hypotetiska händelseförloppet ger svaret att den aktuella skadan inte skulle ha uppkommit i det hypotetiska händelseförloppet föreligger alltså orsakssamband.

För skadeståndsskyldighet krävs inte att en viss händelse varit den viktigaste eller starkaste orsaken till den uppkomna skadan. Skadeståndsrätten ställer inget krav på att en händelse ska ha varit huvudorsak till en skada för att det

³³ Schultz 2011, s. 469 f.

³⁴ Schultz 2011, s. 470.

³⁵ Schultz 2011, s. 471 samt Hellner och Radetzki 2018, s. 206.

³⁶ Schultz 2011, s. 471.

³⁷ Schultz 2007, s. 441 f. och s. 510.

³⁸ Hellner och Radetzki 2018, s. 189 f. Hellner och Radetzki poängterar dock att det finns situationer där en orsaksanalys inte gärna kan ske med utgångspunkt i begreppsparet.

³⁹ Radetzki 2012, s. 146 f.

ska föreligga ett orsakssamband.⁴⁰ Det räcker att händelsen varit en nödvändig del i den sammanlagda orsaken.⁴¹ Det är ofta fråga om ett led av händelser, där ett vållande är den utlösande faktorn. Om t.ex. en fastighetsägare underlåter att sanda på gångbanan och en person passerar, halkar och skadar sig, är det underlåtenheten att sanda som är den utlösande faktorn. Underlåtenheten anses då vara en tillräcklig betingelse för skadan, även om personens skor eller hälsotillstånd bidrar till den inträffade skadan. Om verkan på den inträffade skadan endast är helt obetydlig, t.ex. endast varit avgörande för händelsens tidpunkt, är det inte säkert att kausalitet föreligger.⁴²

2.1.4.2 Samverkande orsaker

När det finns flera orsaker som har bidragit till en uppkommen skada brukar man tala om samverkande eller konkurrerande kausalitet.⁴³ Vid komplicerade orsaksbedömningar angående t.ex. vårdslös revision eller whiplash-skador finns det sällan endast en orsak som varit nödvändig för hela eller delar av den inträffade skadan.⁴⁴ När det är fråga om samverkande orsaker brukar fokus riktas mot när den uppkomna skadan är att bedöma som ”färdig”. Orsaken till en ”färdig” skada konkurrerar inte med en orsak till en senare inträffad händelse.⁴⁵

För att exemplifiera kan antas att en person kastar en sten på en fönsterruta och att fönsterrutan krossas. Om en annan person därefter kastar en sten på den krossade rutan föreligger ingen kausalitet mellan den senare personens handling och skadan på fönsterrutan, då det var fråga om en redan ”färdig” skada. Detta är oberoende av att det kanske står klart att även den andra personens kast skulle ha krossat rutan.⁴⁶ Från ”färdiga skador” måste skiljas sådana händelseförlopp där skadan är ”på gång”, men inte hunnit inträda. I det senare fallet utesluts inte skadeståndsskyldighet för ett vållande som inträffar i händelseförloppets slutskede och leder till den definitiva skadan.⁴⁷ I stället för exemplet ovan kan vi anta att den första personens kast leder till sprickbildning och inre spänningar i glasrutan. Om en annan person kastar en sten på den redan skadade rutan, så att den krossas, är alltså kravet på kausalitet att betrakta som uppfyllt.⁴⁸

⁴⁰ Hellner och Radetzki 2018, s. 190.

⁴¹ Hellner och Radetzki 2018, s. 206.

⁴² Hellner och Radetzki 2018, s. 190 och NJA 1983 s. 606.

⁴³ Hellner och Radetzki 2018, s. 206. Jag håller med Schultz om att begreppet *konkurrerande* orsaker riskerar att skapa förvirring, då det antyder att skadeorsakerna, som båda kan ha gett upphov till skadan, på något sätt konkurrerar om kausalitet. Som Schultz noterar är kausalitet ingen tävling. Det kan finnas flera orsaker till en skada. Jag föredrar därför begreppet *samverkande* kausalitet för situationer där det finns flera skadeorsaker. Se Schultz 2011, s. 484.

⁴⁴ Schultz 2011, s. 471.

⁴⁵ Hellner och Radetzki 2018, s. 206.

⁴⁶ Hellner och Radetzki 2018, s. 206 f.

⁴⁷ Hellner och Radetzki 2018, s. 208.

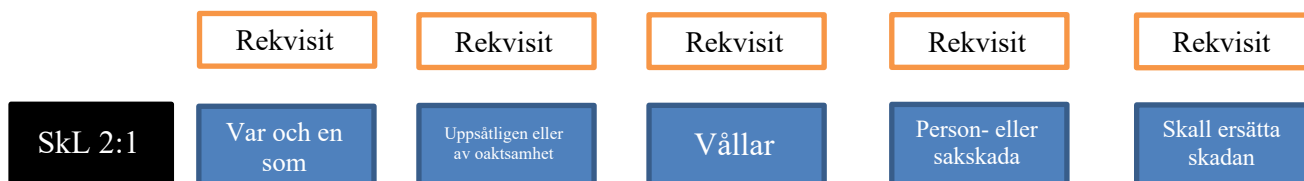
⁴⁸ Se Hellner och Radetzki 2018, s. 206 f. för ett snarlikt exempel.

2.1.4.3 Alternativa orsaker

Inom kausalitetsläran förekommer också begreppet alternativ kausalitet eller alternativ skadeorsak. Här är det fråga om en situation där parterna gör gällande två olika skadeorsaker, vilka var för sig inte kan föreligga samtidigt.⁴⁹ Begreppet kan användas av domstolen för att kategorisera orsaksproblemet, redan i samband med att parterna har presenterat sina grunder. Det kan stå klart för domstolen att parternas respektive orsakssamband inte kan föreligga samtidigt; det är fråga om en ”antingen eller”-situation.⁵⁰ Uttrycket kan även dyka upp något senare i processen, nämligen i samband med att svaranden bestrider det av kändanden påstådda orsakssambandet och i stället hävdar en eller flera andra orsaker. När domstolen närmare granskar orsaksfrågan kan det stå klart att orsakssambanden är oförenliga och inte kan föreligga samtidigt. Även här är det fråga om alternativ kausalitet.⁵¹ Ibland kan parterna ha uppfattat en situation som att det råder alternativ kausalitet och att deras respektive orsaksförklaringar utesluter varandra. Detta kan framgå av deras respektive talan. Vid en närmare granskning kan domstolen upptäcka att det visst är möjligt att båda orsakerna har inverkat i olika utsträckning och på olika sätt på den slutliga skadan. I det sistnämnda fallet är det inte fråga om alternativ kausalitet, utan snarare om s.k. samverkande kausalitet.⁵²

2.1.5 Sammanfattning

Den skadeståndsrättsliga grunden som beskrivits ovan kan illustreras med en modell. Modellen visar rekvisiten i den allmänna skadeståndsregeln i 2 kap. 1 § SkL. Det bör erinras om att det finns ett flertal skadeståndsrättsliga regler som utgör *lex specialis*, t.ex. i ABL, VML och UB. Av pedagogiska skäl, samt eftersom kraven på orsakssamband och skada⁵³ är generella för skadeståndsrätten, kommer jag i fortsättningen att hänvisa till rekvisiten i 2 kap. 1 § SkL för att åskådliggöra i vilken del av skadeståndsanalysen som olika bedömningar görs.



⁴⁹ Hellner och Radetzki 2018, s. 193.

⁵⁰ Schultz 2011, s. 483.

⁵¹ Schultz 2011, s. 483.

⁵² Schultz 2011, s. 483. Schultz kallar den sistnämnda situationen för *falsk* alternativ kausalitet. I de två övriga typfallen anser han att det rör sig om *äkta* alternativ kausalitet.

⁵³ Enligt vissa specialrättsliga skadeståndsregler går det att få ersättning för ren förmögenhetsskada.

2.2 Hypotetiska prov

Hypotetiska händelseförlopp aktualiseras vid orsaksbedömningen, både för aktiva handlingar och vid skadeståndsgrundande underlåtenhet, och vid skadebestämningen.⁵⁴ Dessa bedömningar utgår från tankeexperiment av hypotetisk karaktär.⁵⁵ Ett hypotetiskt prov kan närmare beskrivas som en tankeprocess, genom vilken en identifierad, men inte nödvändigtvis sann⁵⁶, bild av verkligheten, jämförs med en fiktiv bild av verkligheten. Den fiktiva bilden av verkligheten utgörs av en händelseutveckling som inte inträffat, men som kunde ha inträffat; antingen historiskt eller i framtiden.⁵⁷

Det kanske mest klassiska av skadeståndsrättens hypotetiska prov är det som sker inom ramen för orsaksbedömningen. Den typiska formuleringen av orsakskravet innebär att den ansvarsgrundande faktorn var nödvändig för skadans uppkomst. Bedömningen av om detta var fallet görs genom ett hypotetiskt prov i form av en fråga; hade skadan inträffat även i frånvaro av den ansvarsgrundande faktorn?⁵⁸ När det är fråga om en skadevällande handling består det hypotetiska händelseförloppet av den tänkta händelseutvecklingen som den hade blivit i ett parallellt universum där handlingen ”tänks bort”. Att bedöma hur en sådan händelseutveckling skulle ha utvecklats är av naturliga skäl förenat med svårigheter. Det är omöjligt att med säkerhet säga vilka andra händelser som skulle ha kunnat påverka den slutliga effekten. Bestämningen av det hypotetiska händelseförloppet ser något annorlunda ut när det är fråga om en påstått skadegrundande underlåtenhet. Det hypotetiska händelseförloppet kommer då att innehålla någon form av handling, som inte har inträffat i verkligheten. I vissa fall är det tämligen oproblematiskt att avgöra vilken handling som borde ha vidtagits. Det kan exempelvis finnas en tydlig handlingsplikt som endast hade kunnat uppfyllas på ett konkret sätt. I andra fall är det mer komplicerat. Det kan då finnas flera potentiella handlingar som skadevällaren skulle ha kunnat utföra för att förebygga den uppkomna skadan med olika sannolikhet. Parterna och domstolen ställs inför den svåra situationen att välja vilket eller vilka av de olika potentiella hypotetiska händelseförloppen som de ska basera sin talan respektive grunda sin dom på.⁵⁹

Utöver sin betydelse som komponent i orsaksanalysen förekommer hypotetiska prov vid bestämningen och beräkningen av en uppkommen skada. För att bestämma och beräkna en skada görs en jämförelse mellan det faktiska tillstånd som den skadelidande befinner sig i och det hypotetiska tillstånd som den skadelidande skulle ha befunnit sig i, utan det skadeståndsgrundande momentet. En sådan bedömning ska göras baserat på ett hypotetiskt scenario som

⁵⁴ Hypotetiska händelseförlopp aktualiseras alltså både i rekvisitet ”vällar” och i rekvisitet ”person- eller sakskada” enligt modellen i avsnitt 2.1.5 ovan.

⁵⁵ Schultz 2008, s. 53.

⁵⁶ Det är ett nödvändigt ont att den juridiska sanningen inte alltid överensstämmer med vad som verkligen har inträffat.

⁵⁷ Schultz 2008, s. 53.

⁵⁸ Schultz 2008, s. 53 f.

⁵⁹ Hellner och Radetzki 2018, s. 192.

utgår från samma tidpunkt som det faktiskt inträffade scenariot.⁶⁰ När respektive effekt av händelseförloppen har åsatts penningmässiga värden ska de jämföras med varandra. Skadans storlek utgörs av den eventuella skillnaden mellan det ekonomiska utfallet i det faktiska och det hypotetiska händelseförloppet.⁶¹

⁶⁰ Schultz 2008, s. 54.

⁶¹ Radetzki 2012, s. 17 ff. Jämförelsen brukar kallas för differensprincipen. Även den hypotetiska jämförelse som sker inom ramen för orsaksläran är en typ av differensmetod, se Heuman 2005, s. 382.

3 Civilprocessrättsliga utgångspunkter

3.1 Rättsfakta, bevisfakta och rättstillämpningsfakta

I sitt processmaterial⁶² presenterar parterna vad som har inträffat och varför det inträffade ska leda till att de vinner tvisten. Ur ett processuellt perspektiv görs skillnad på olika typer av fakta och parternas berättelser måste därför kategoriseras, så att all fakta kan ges en processuell etikett. Inom vilken kategori en viss omständighet faller är nämligen direkt avgörande för vilken betydelse domstolen ska och får tillmäta omständigheten, på så sätt att de processuella reglerna om åberopsbörda och bevisbörda träffar endast vissa typer av fakta.⁶³ Nedan beskrivs därför distinktionen mellan de vanligaste faktakategorierna översiktligt.

I förarbetena till RB görs en åtskillnad mellan s.k. omedelbart relevanta omständigheter och medelbart relevanta omständigheter.⁶⁴ En omedelbart relevant omständighet betecknas vanligtvis som ett rättsfaktum.⁶⁵ Rättsfakta är omständigheter som har en rättsföljd, t.ex. skadestånd, knuten till sig. Även en omständighet som ensam eller tillsammans med andra omständigheter svarar mot ett rekvisit i en rättsregel utgör ett rättsfaktum.⁶⁶ Genom att existera eller inte existera utlöser eller hindrar en sådan omständighet tillämpningen av en rättsregel eller rättslig princip.⁶⁷ De medelbart relevanta omständigheterna, eller bevisfakta, är som namnet antyder endast indirekt relevanta för en viss rättsföljd; de har endast betydelse som bevis för ett rättsfaktums existens eller icke-existens.⁶⁸

Det är betydelsefullt att skilja på rättsfakta och bevisfakta, eftersom dessa behandlas på olika sätt i tvistemålsprocessen. Distinktionen mellan dem åskådliggörs med ett kort exempel. I en tvist som rör skadestånd för vårdslös revision åberopar käranden som grund att revisorn har underlåtit att granska en stor mängd relevanta dokument som revisorn borde ha granskat. Därigenom

⁶² I ett mål som avgörs efter huvudförhandling ska domstolen enligt 35 kap. 1 § RB grunda sin bevisprövning på allt som förekommit i målet. Detta material brukar benämnas *processmaterialet*.

⁶³ Westberg 2013, s. 328 ff. och s. 376 ff. Innebörden av begreppet åberopsbörda beskrivs närmare i avsnitt 3.2 nedan och begreppet bevisbörda behandlas i avsnitt 3.3 nedan.

⁶⁴ SOU 1938:44 II, s. 213.

⁶⁵ Lindell 2017, s. 119.

⁶⁶ Nordh 2011b, s. 21.

⁶⁷ Nordh 2011a, s. 646. Ett rättsfaktum kan bestå av flera omständigheter som tillsammans, men inte var för sig, kan leda till en viss rättsföljd. Ett exempel på ett sådant *komplex* rättsfaktum är vårdslöshet. Att en bilist färdats i 100 km/h, i dimma och mörker, på en våt väg-bana är flera omständigheter som tillsammans, men sannolikt inte var för sig, kan innebära att rekvisitet vårdslöshet är uppfyllt, se Nordh 1994, s. 82.

⁶⁸ Lindell 2017, s. 119.

menar kändanden att revisorn har brutit mot god revisionsd och därför varit oaktsam. Oaktsamhet är ett rekvisit i den rättsregel som kändanden grundar sin talan på och rekvisitet måste vara uppfyllt för att skadeståndsskyldighet ska inträda. Genom att åberopa omständigheten att revisorn har underlåtit att granska en stor mängd relevanta dokument som denne borde ha granskat försöker kändanden att uppfylla rekvisitet oaktsamhet. Den åberopade omständigheten är, ensam eller i kombination med andra omständigheter, omedelbart relevant för att rekvisitet oaktsamhet ska anses vara uppfyllt. Avsaknaden av oaktsamhet utesluter nämligen skadeståndsskyldighet för revisorn. Att revisorn har underlåtit att granska en stor mängd relevanta dokument som denne borde ha granskat är därför ett rättsfaktum.

Som stöd för att revisorn har underlåtit att granska en stor mängd relevanta dokument presenterar kändanden ytterligare en omständighet i form av en mailkorrespondens. Av mailkorrespondensen framgår det att revisorn endast har granskat en liten del av dokumentationen och missat många relevanta dokument. Att det som står i mailkorrespondensen verkligen stämmer är i sig inte omedelbart relevant för rekvisitet oaktsamhet, men det verkar som bevis för att det aktuella rättsfaktumet ("underlåtit att granska en stor mängd relevanta dokument som denne borde ha granskat") existerar. Innehållet i mailkorrespondensen är därför ett bevisfaktum.

Processmaterialet består av annat än rättsfakta och bevisfakta. Vid sidan av dessa förekommer exempelvis också så kallade rättstillämpningsfakta. Ett rättstillämpningsfaktum är en omständighet som kan vara av relevans när rätten fastställer innehållet i gällande rätt. Som exempel kan nämnas prejudikat eller uttalanden i lagmotiv.⁶⁹ En parts rättsliga argumentation utgörs alltså av rättstillämpningsfakta. I exemplet ovan kan vi anta att svaranden hänvisar till ett prejudikat gällande en snarlik situation, där HD kom fram till att revisorn inte hade varit oaktsam. Prejudikatet utgör ett rättstillämpningsfaktum.

3.2 Dispositionsprincipen och åberopsbörda

Dispositionsprincipen, som stadgas i 17 kap. 3 § RB, ger parterna i ett dispositivt tvistemål stor makt över processens ramar. Av paragrafen följer att en domstol är hindrad att pröva andra rättsföljder än de som en part har yrkat samt att domstolen inte får grunda sin dom på andra rättsfakta än de som parterna åberopar i sina grunder eller invändningar.⁷⁰ I ett dispositivt tvistemål

⁶⁹ Nordh 2019a, s. 15.

⁷⁰ Westberg 2013, s. 146 f. Det bör noteras att begränsningen avseende yrkanden gäller i alla tvistemål. Beträffande åberopande av omständigheter är den gängse uppfattningen att en domstol i indispositiva tvistemål i vissa lägen får och i vissa lägen ska beakta andra omständigheter än de som parterna har åberopat.

får domaren alltså endast grunda sin dom på det beslutsunderlag som har tillhandahållits av parterna i rättegången; domaren är förhindrad att döma över rättsföljder och rättsfaktum som inte framgår av parternas talan.⁷¹

Dispositionsprincipen säkerställer att domaren endast prövar den rättsföljd och de rättsfakta som parterna önskar. Detta innebär dock inte att domstolen har rätt att grunda sin dom på alla rättsfakta som har förekommit i målet. Domstolen får endast beakta de rättsfakta som vardera parten har anfört till stöd för sin talan. Applicerat på en tvistesituation får domstolen alltså inte grunda ett bifall av kändandens talan på ett rättsfaktum som svaranden har åberopat. Med andra ord ansvarar kändanden och svaranden självständigt för att åberopa de rättsfakta som respektive part vill grunda sin talan på. Detta innebär att kändanden i en tvist bör vara säker på att de rättsfakta som denne åberopar motsvarar samtliga rekvisit i den relevanta rättsregeln. Om kändanden missar att åberopa ett rättsfaktum som är relevant för den yrkade rättsföljden, så att samtliga rekvisit i den relevanta rättsregeln inte är uppfyllda, blir följden att kändanden förlorar målet. Det är alltså kändanden som bär risken för att domaren inte får möjlighet att döma över samtliga omständigheter som är relevanta för målets utgång. Denna risk, eller börda, kallas för åberopsbörda.⁷²

Ett kort exempel åskådliggör åberopsbördans innebörd. Anta att ett bolag väcker talan och yrkar på skadestånd för varumärkesintrång enligt 9 kap. 4 § VML. Ett av rekvisiten som måste vara uppfyllda för att skadestånd ska utgå enligt den regeln är att svaranden ska ha agerat vårdslöst. Om kändanden i tvisten missar att åberopa en omständighet (ett rättsfaktum) som motsvarar rekvisitet vårdslöshet, blir resultatet att kändanden går miste om chansen att nå framgång med sin talan. Detta förklaras av åberopsbördan. I exemplet kommer det händelseförlopp som domstolen utgår ifrån i sitt dömande nämligen att sakna omständigheter som kan uppfylla rekvisitet vårdslöshet. Mot bakgrund av att domstolen är förhindrad att döma över andra rättsfakta än de som parterna har åberopat i målet till stöd för sin talan, måste någon förlora målet på grund av det finns en lucka i händelseförloppet såvitt avser rekvisitet vårdslöshet. I exemplet faller åberopsbördan på kändanden som förlorar målet.

Vid en första anblick kan det framstå som att frågor om åberopsbörda är en tämligen oproblematisk fråga. Det är väl alltid så att kändanden bär åberopsbördan för de omständigheter som denne grundar sin talan på och vice versa för svaranden? Detta synsätt är en god utgångspunkt. Kändanden bär i regel åberopsbördan för sina s.k. rättsgrundande omständigheter, medan svaranden bär åberopsbördan för sina s.k. rättsändrande eller rättsupphävande omständigheter.⁷³ Denna princip är dock något förenklad, vilket visas med en fortsättning på exemplet ovan. Anta att kändanden har presenterat rättsfakta som täcker alla rekvisit i 9 kap. 4 § VML och därmed ska vinna bifall med sin talan. Trots detta finns det fortfarande andra omständigheter som skulle kunna

⁷¹ Westberg 2013, s. 156.

⁷² Westberg 2013, s. 328. Endast rättsfakta kan bli föremål för åberopsbörda, se Boman 1964, s. 46.

⁷³ Westberg 2013, s. 328 f.

inverka på kärandens rätt till skadestånd. Det kan t.ex. vara fråga om att skadeståndsanspråket är preskriberat. Behöver käranden åberopa även sådana omständigheter som faller utanför den tillämpliga rättsregeln, men som inte får vara för handen för att käranden verkligen ska ha rätt till skadestånd? Det går ju att hävda att det faktum att skadeståndsfordran inte är preskriberad utgör en rättsgrundande omständighet. Omvänt går det att påstå att den omständigheten utgör en rättsupphävande omständighet, för vilken svaranden alltså skulle ha åberopsbördan.⁷⁴ Oklarheten är uppenbar. För att hantera problematiken har i doktrin utvecklats en hjälpregel med processekonomiska förtecken. Enligt denna ska domstolen placera åberopsbördan på det sätt som gör att mängden onödiga åberopanden minimeras. I det aktuella fallet skulle det anses vara onödigt att låta käranden ha åberopsbördan för de omständigheter som knyter an till avsaknaden av preskription; i de flesta fall kommer ju frågan om preskription att vara otvistig. Genom att svaranden får åberopsbördan för de omständigheter som talar för preskription kommer domstolen endast att behöva hantera preskriptionsfrågan i de fall som den verkligen är tvistig. En part som är osäker på åberopsbördans placering för ett visst rättsfaktum gör ändå bäst i att åberopa omständigheten i fråga. Visar det sig att parten får bära åberopsbördan kommer domstolen att beakta omständigheten, men annars inte.⁷⁵

3.3 Bevisbörda

Domstolens dömande verksamhet måste utgå från ett fastslaget händelseförlopp. Parterna är naturligtvis oftast oense om vilket detta händelseförlopp ska vara och presenterar därför olika versioner som skiljer sig åt i för tvistens utgång centrala delar. Här spelar bevisbördan en central roll. Regler om bevisbörda finns till för att domstolen ska kunna lösa problem relaterade till fakta som är direkt relevanta för utgången av en tvist. Annorlunda uttryckt aktualiseras en regel om bevisbörda endast om det råder osäkerhet kring existensen av ett rättsfaktum.⁷⁶ I fall domstolen är osäker kring om bevisfakta eller rättstillämpningsfakta existerar, ska domstolen använda andra verktyg än regler om bevisbörda.⁷⁷

Bevisbördans funktion visas med hjälp av en vårdslös revisor.⁷⁸ Anta att aktieägaren A yrkar skadestånd från revisorn B enligt 29 kap. 1 och 2 §§ ABL. För att skadestånd ska utgå krävs det att det är den oaktsamma revisionen som orsakat den uppkomna skadan. Orsakssambandet är en förutsättning för skadestånd enligt rättsregeln. I sin grund påstår A att B har gjort grova räknefel och att de siffror som har presenterats i ett prospekt vid en nyemission i det

⁷⁴ Westberg 2013, s. 330.

⁷⁵ Westberg 2013, s. 330 f.

⁷⁶ Westberg 2013, s. 376 f.

⁷⁷ Westberg 2013, s. 377. Osäkerhet kring ett bevisfaktums existens, t.ex. om ett vittne talar sanning, träffas av domstolens bevisvärdering. Osäkerhet kring ett rättstillämpningsfaktum, t.ex. innebörden i en rättsregel, faller inom ramen för *jura novit curia*.

⁷⁸ Exemplet är endast avsett att visa på bevisbördans betydelse och innehåller därför ingen ingående analys av orsakssambandet i den aktuella situationen.

bolag där A är aktieägare därigenom gett en missvisande bild av bolagets finansiella ställning. Med prospektet som grund har A valt att tillskjuta kapital, som sedan förlorats när bolaget gått i konkurs. A hävdar att det är revisorns vårdslöshet som har orsakat A:s skada, eftersom skadan inte hade uppstått om B hade reviderat korrekt.

Anta att parterna i målet är oense om orsakssambandet. B invänder och hävdar att det av A påstådda orsakssambandet inte föreligger. B kan antingen blankt bestrida att den vårdslösa revisionen har orsakat skadan eller hävda att skadan i stället har orsakats av en annan händelse. I och med att orsakssambandet är en förutsättning för skadestånd på den av A anförda grunden, råder det stridighet mellan A och B gällande existensen av ett rättsfaktum. Detta sätter domstolen i en situation där två faktaberättelser står mot varandra. Utan att veta vilken faktaversion att utgå ifrån kan domstolen inte döma. Det krävs följaktligen att någon av parterna blir ansvarig för det otillräckligt utredda faktaläget. I praktiken löser domstolen den uppkomna situationen genom att placera bevisbördan på en av parterna. Den beviskyldige parten blir då tvungen att presentera bevisning av en viss styrka för att övertala domstolen om att den partens faktaversion ska ligga till grund för dömandet. Misslyckas den beviskyldige parten med detta slår domstolen fast att karendens version inte är bevisad. Givet att karenden i exempelsituationen bär bevisbördan för orsakssambandets existens, men inte lyckas uppfylla sin börda, innebär det att den yrkade rättsföljden skadestånd inte döms ut.

Svensk rätt innehåller ingen allmängiltig regel för hur bevisbördan ska placeras i tvistemål.⁷⁹ Vissa civilrättsliga lagar innehåller dock bestämmelser om bevisbördans placering för vissa rekvisit i den specifika situationen. Dessa lagregleringar är alltså inte avsedda att täcka alla tänkbara situationer i vilka det råder osäkerhet kring existensen av rättsfakta. Principer om bevisbördans placering i olika situationer har i stället främst vuxit fram i praxis.⁸⁰

3.4 Beviskrav och bevislättnader

Att en av parterna får bära bevisbördan för ett rättsfaktum säger inget om hur sannolikt det ska vara att omständigheten, som utgör rättsfaktumet, verkligen har inträffat för att domstolen ska kunna grunda sin dom på dess existens. Som svar på detta kopplas det ett visst beviskrav till bevisbördan. Beviskravet är ett krav på att parten som bär bevisbördan måste prestera bevisning som med en viss grad av sannolikhet talar för att omständigheten har eller inte har inträffat.⁸¹ Vilken grad av sannolikhet som krävs varierar.⁸² I tvistemål gäller

⁷⁹ Westberg 2013, s. 373.

⁸⁰ Westberg 2013, s. 373 f. Som exempel kan bevisbördans placering styras av parternas bevisåkringsmöjligheter, handlingsdirigerande motiv eller genom den s.k. överviktsprincipen. För en utförlig genomgång av principer om bevisbörda hänvisas till Heuman 2005, särskilt avsnitt 3–8.

⁸¹ Nordh 2019b, s. 25.

⁸² Nordh 2019b, s. 25.

i regel ett högt sannolikhetskrav med innebörden att parten som bär bevisbördan ska styrka eller visa det omtvistade rättsfaktumet för att anses uppfylla sin bevisbörda.⁸³ Det är dock inte ovanligt att domstolarna av olika anledningar sätter beviskravet till ett lägre sannolikhetskrav. Förutom det för tvistemål gängse och högsta beviskravet styrkt eller visat finns, i stigande ordning baserat på sannolikhetskrav – antagligt (NJA 1992 s. 263), mera antagligt (NJA 1984 s. 501), sannolikt (RH 2003:24), övervägande sannolikt (NJA 2006 s. 53) och klart mera sannolikt (NJA 1992 s. 113).⁸⁴

I vissa situationer kan domaren notera att den bevisskyldige möter stora svårigheter i sin bevisanskaffning. I vissa fall kan det till och med vara så att bevisanskaffningen omöjligen kan genomföras. Sådana bevisvårigheter kan motivera att domstolen tillämpar en bevislättning för den parten som bär bevisbördan, för att placeringen av bevisbördan ska anses vara rimlig och över huvud taget möjlig för parten att uppfylla.⁸⁵

Den bevisskyldige parten kan få tre olika typer av bevislättningar. För det första kan domstolen välja att sänka beviskravet. Ett sänkt beviskrav utgör den vanligaste bevislättningen. I stället för det strängaste beviskravet styrkt eller visat kan domstolen tillämpa ett av de lägre beviskraven som spaltades upp ovan. Storleken på bevislättningen, d.v.s. hur mycket lägre än normalt som beviskravet ska ställas i det aktuella fallet, avgörs sannolikt typiskt sett av hur stora bevisvårigheter som parten står inför. Ju större bevisvårigheterna är, desto lägre blir beviskravet.⁸⁶

För det andra kan domstolen ställa upp en presumtionsregel. En presumtionsregel innebär att domstolen utgår från att verkligheten ser ut på ett visst sätt, givet att en viss omständighet bevisas. Om den bevisskyldige parten lyckas bevisa rättsfaktum X (den *presumerande* omständigheten) presumeras rättsfaktum Y (den *presumerade* omständigheten). På så sätt behövs ingen bevisning för rättsfaktum Y. Parten som påstår att Y inte existerar, d.v.s. det i domstolens ögon mer osannolika förhållandet, får därför bära bevisbördan. En presumtion kan därför ses som ett slags omkastad bevisbörda.⁸⁷ Presumtionsregler går att finna i lagstadgad form⁸⁸, men det är inte ovanligt att domstolarna skapar presumtioner i sitt dömande.⁸⁹

Den tredje typen av bevislättning finns i 35 kap. 5 § RB. Bestämmelsen är inriktad på beräkning av en uppkommen skada och har alltså ett snävare tillämpningsområde än de två övriga, generellt tillämpliga, bevislättningarna. Enligt 35 kap. 5 § RB får domstolen vid bevisvårigheter uppskatta en skada till ett skäligt belopp. Det är omdebatterat hur bestämmelsen närmare ska förstås. Enligt vissa ger den endast uttryck för att domstolen har rätt att nöja sig

⁸³ Westberg 2013, s. 386 f.

⁸⁴ Westberg 2013, s. 387.

⁸⁵ Westberg 2013, s. 388.

⁸⁶ Westberg 2013, s. 388.

⁸⁷ Westberg 2018/19, s. 334.

⁸⁸ Se t.ex. 1 kap. 1 § FB och 6 kap. 3 § DiskrL.

⁸⁹ Westberg 2013, s. 388 f. Se också t.ex. NJA 1991 s. 476 och NJA 1991 s. 625.

med ett lägre beviskrav än styrkt för skadan, men att den skadelidande och beviskyldige fortfarande är skyldig att presentera tillräckligt med bevisning för att det av domstolen valda lägre beviskravet ska anses vara uppfyllt. Enligt Westberg är det snarare fråga om en skälighetsuppskattning uppdelad i två steg. I det första steget ska domstolen tillämpa ett utredningskrav som innebär att den skadelidande ska övertyga domaren om att det i det aktuella fallet inte går att föra full bevisning om skadans värde. Om parten lyckas med detta ska domstolen göra en fri uppskattning av skadans värde och baserat på omständigheterna i målet avgöra vad som utgör ett skäligt skadestånd.⁹⁰ 35 kap. 5 § RB är en praktiskt betydelsefull bestämmelse, inte minst i immaterialrättsliga skadeståndsmål där det typiskt sett är svårt att bevisa konsekvenserna av ett intrång i en immaterialrätt, exempelvis i form av förlust av marknadsandelar eller renommé.⁹¹

3.5 Jura novit curia

En av grundledningarna till att parter väljer att slita en tvist i domstol är att de är oense om vad som har inträffat, samt vad det inträffade ska få för rättslig betydelse. Domarens uppgift är att tillämpa de relevanta rättsreglerna och rättsliga begreppen på det fastslagna händelseförloppet⁹² för att kunna avgöra om den yrkade rättsföljden ska dömas ut. Att klarlägga vad som har hänt är i sig aldrig tillräckligt för att fastslå om ett visst rekvisit i en rättsregel ska anses vara uppfyllt. Det går alltså egentligen inte att uttrycka sig så att en part har bevisbördan för ett rekvisit i en rättsregel. En part kan endast ha bevisbördan för de faktiska omständigheter som korresponderar mot rekvisitet. Prövningen av om det faktiska förhållandet uppfyller rättsregelns juridiska krav är en rättsfråga. Bedömningen av rättsfrågan styr inte parterna över på annat sätt än att de har möjlighet att hänvisa till olika regler och argumentera för sin sak. Till syvende och sist har domstolen dock oavsett parternas uppfattning både en rätt och en skyldighet att tillämpa de rättsregler som domstolen anser är tillämpliga på de bevisade sakförhållandena.⁹³ Påpekas bör emellertid att principen om jura novit curia inte ger domstolen fullständig frihet vid valet av tillämpliga normer. Förenklat uttryckt skiljs här på offentliga och privata

⁹⁰ Westberg 2013, s. 389. Skälighetsuppskattningen är en rättsfråga. Den beviskyldige parten har alltså inte bevisbördan för ”skäligheten”, se Westberg 2018/19, s. 329.

⁹¹ Westberg 2013, s. 389.

⁹² Prövningen av faktiska förhållanden genomförs genom bevisprövningen. Först när domstolen har värderat den framkomna bevisningen vid sin bevisvärdering och jämfört resultatet med det valda beviskravet kan domstolen alltså konstatera huruvida ett visst rättsfaktum ska anses föreligga eller ej. Utifrån detta fastslås händelseförloppet. Det är dock värt att påpeka att RB inte tvingar domstolen att hantera bevisfrågor och rättsfrågor separat, utan dessa får hanteras parallellt.

⁹³ Nordh, Bevisrätt B, s. 29. Principen om jura novit curia är intressant i förhållande till frågor om bevisbörda. Det är domstolen som avgör vilken rättsregel som är tillämplig, vilket i sin tur avgör vilka omständigheter som är att betrakta som rättsfakta respektive bevisfakta. Frågan som uppstår är hur parterna ska kunna veta vilka omständigheter som kan bli föremål för bevisbörda, innan domstolen har klarlagt vilken regel eller vilka regler som är relevanta i målet.

normer. De offentliga normerna utgörs av lagar och författningar. Härtill räknas också principer som har utvecklats genom praxis. Domstolen är fri att tillämpa dessa offentlighetsrättsliga normer utan att parterna har hänvisat till dem. För privata normer är situationen annorlunda. Med privata normer avses exempelvis avtal, handelsbruk, sedvana och branschnormer. Regler av denna karaktär ryms inte inom *jura novit curia*. I stället ses dessa privaträttsliga normer som rättsfakta, vilket medför att domstolen endast får tillämpa dem under förutsättning att den part som bär åberopsbördan har åberopat den relevanta normen som ett rättsfaktum.⁹⁴

3.6 Särskilt om bevisprövning av orsakssamband och skada

3.6.1 Bevisprövning av orsakssamband

I skadeståndstvister leder frågor om orsakssamband ofta till knepiga bevismässiga bedömningar; i en del fall är det svårt att avgöra om det verkligen är den påstådda handlingen eller underlåtenheten som har orsakat den aktuella skadan. För att återknyta till modellen i avsnitt 2.1.5 ovan befinner vi oss alltså i rekvisitet ”vållar”.

De materiella reglernas utformning och parternas positionering i tvisten kan påverka hur bevisfrågan ska lösas.⁹⁵ Som utgångspunkt är det den skadelidande som bär bevisbördan för orsakssambandet.⁹⁶ Gällande beviskravet har det i litteraturen anförts att det normala beviskravet för orsakssambandet bör innebära att den skadelidande ska göra sin förklaring klart mera sannolik än motpartens förklaring.⁹⁷ Det går inte att finna stöd för en sådan bevislättning i lag. Enligt Nordh går det inte heller att finna stöd för en sådan bevislättning i praxis.⁹⁸ Nordh menar att utgångspunkten i stället bör vara att den skadelidande ska styrka orsakssambandet.⁹⁹

I vissa situationer kan det vara förenat med stora svårigheter att bevisa ett orsakssamband och det kan därför bli aktuellt med bevislättnader. För att så ska ske menar Nordh att den skadelidande ska presentera all den utredning som skäligen kan åstadkommas och ange godtagbara skäl för att ytterligare bevisning angående orsakssambandet inte kan läggas fram. Nordh menar vidare att det går att identifiera vissa situationer där det finns särskilda motiv till en bevislättning. Det handlar om situationer som i något typiskt hänseende avviker från normalfallet, exempelvis orsakssamband som är särskilt svåröverskådliga och komplicerade eller situationer där det finns förhållanden som

⁹⁴ Westberg 2013, s. 342 f.

⁹⁵ Nordh 2011a, s. 644.

⁹⁶ Bengtsson och Strömbäck 2018, s. 46.

⁹⁷ Fitger 2018, s. 35:22b.

⁹⁸ Nordh 2011a, s. 649.

⁹⁹ Nordh 2019b, s. 100.

gör bevisanskaffningen särskilt svår.¹⁰⁰ Det måste vara fråga om bevissvårigheter som är generella för situationen och inte beror på förhållanden i det enskilda fallet.¹⁰¹ När en skadelidande fått en bevislättning avseende orsakssambandet har det dock i de allra flesta fall formulerats på så sätt att det ska framstå som klart mera sannolikt att det är den skadelidandes påstådda orsak som har orsakat skadan än någon annan orsak.¹⁰² Vad detta innebär i praktiken är enligt Nordh oklart. Han menar att det förmodligen innebär ett beviskrav som motsvarar sannolikt, d.v.s. lägre än styrkt, men högre än antagligt.¹⁰³

I situationer där det finns flera potentiella skadeorsaker blir den bevisrättsliga problematiken enligt Nordh något annorlunda.¹⁰⁴ I den situationen har HD ansett bevisskyldigheten vara fullgjord om det orsakssamband som den beviskyldige har åberopat, med beaktande av samtliga i målet förekommande omständigheter, var klart mera sannolikt än något av de förhållanden som motparten åberopat.¹⁰⁵ I senare mål har HD lagt till att orsakssambandet också ska framstå som i sig sannolikt, med hänsyn till omständigheterna i målet.¹⁰⁶

Enligt Nordh bör dessa uttalanden förstås utifrån den bevisrättsliga situationen med flera tänkbara skadeorsaker. Att det orsakssamband som den beviskyldige har åberopat ska vara klart mera sannolikt än något av de förhållanden som motparten har åberopat antyder att motparten skulle ha åberopsbördan för sitt påstådda orsakssamband. Detta skulle innebära att domstolen med hänsyn till dispositionsprincipen skulle vara förhindrad att beakta andra orsaker än de som parterna åberopat. I detta sammanhang uppmärksammar Nordh att endast rättsfaktum kan träffas av åberopsbörda, medan bevisfaktum inte behöver åberopas. En invändning från svaranden om att kärandens påstådda orsakssamband inte existerar och att det i stället har gått till på ett annat sätt utgör emellertid endast motbevisning, d.v.s. att ett nytt bevisfaktum, i form av en alternativ skadeorsak, förs in i processen. Det alternativa orsakssambandet är avsett att påverka sannolikheten för att det av käranden påstådda orsakssambandet föreligger. Även andra potentiella orsakssamband än de som parterna har angivit bör betraktas som bevisfaktum. Domstolen är fri, inom ramen för sin bevisprövning, att beakta samtliga potentiella orsakssamband som har framkommit i tvisten vid sin bedömning av hållbarheten i det av käranden påstådda orsakssambandet.¹⁰⁷ Nordh förstår därför HD:s praxis som att det inte räcker med att den skadelidandes förklaring är mer sannolik än motpartens förklaring; orsakssambandet måste också vara sannolikt i ljuset

¹⁰⁰ Nordh 2019b, s. 100 f. Se t.ex. NJA 1991 s. 481 och NJA 1993 s. 764 där HD beskrivit det som ”betydande svårigheter” att prestera full bevisning.

¹⁰¹ Nordh 2019b, s. 101 f. Att det är fråga om bevissvårigheter som är generella för situationen stöds av HD:s uttalanden i t.ex. NJA 1984 s. 501 (I och II) om att det ”ofta är omöjligt att föra full bevisning om...”, i NJA 1991 s. 625 om att det ”i allmänhet inte är möjligt att med bestämdhet fastställa...” och i NJA 2006 s. 721 där det anges att det ”allmänt sett anses föreligga bevissvårigheter...”.

¹⁰² Nordh 2011a, s. 649.

¹⁰³ Nordh 2019b, s. 104.

¹⁰⁴ Nordh 2019b, s. 104 ff.

¹⁰⁵ Se NJA 1977 s. 186.

¹⁰⁶ Se NJA 1981 s. 622 och NJA 1982 s. 421.

¹⁰⁷ Nordh 2019b, s. 105 f. Sådana övriga skadeorsaker kan framkomma genom t.ex. vittnesmål.

av hela processmaterialet, d.v.s. efter att domstolen har beaktat allt material i sin bevisvärdering.¹⁰⁸

Ett annat tänkbart scenario är att det finns flera skadeorsaker som i olika utsträckning har orsakat skadan. Skadeståndets storlek kan då begränsas om det klarläggs att skadan har orsakats av både vad käranden påstår och vad svaranden invänder. En invändning från svaranden med innebörden att inte bara det av käranden påstådda orsakssambandet existerar, utan att skadan även orsakats av en annan omständighet, innebär att svaranden för in ett nytt rättsfaktum, ett motfaktum, i processen. I så fall måste varje kausalförhållande bevisas.¹⁰⁹

3.6.2 Bevisprövning av skada

En förutsättning för skadestånd är att det har uppkommit en skada. För att återknyta till avsnitt 2.1.5 ovan handlar det alltså om rekviritet ”person- eller sakskada”.¹¹⁰ Som utgångspunkt är det den skadelidande som är skyldig att bevisa både omfattningen och värdet av skadan.¹¹¹ I vissa fall medför bedömningen av de ekonomiska verkningarna som en skada haft sådana bevissvårigheter att det blir aktuellt för domstolen att tillämpa bevislätnadsregeln i 35 kap. 5 § RB.¹¹² Enligt bestämmelsen kan domstolen uppskatta en skada till ett skäligt belopp, förutsatt att full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras. För att 35 kap. 5 § RB ska tillämpas krävs det därför att den bevisskyldige parten presenterar den utredning som rimligen kan krävas av honom eller henne.¹¹³ I vissa fall kan det stå klart att ett handlande eller en underlåtenhet har gett upphov till en ekonomisk effekt, men storleken på den slutliga skadan kan vara beroende av en framtida utveckling. I två sådana fall har HD formulerat en bevisregel med betydelsen att om den skadelidande kan visa att det har uppkommit en utgift som inte hade uppkommit utan det ansvarsgrundande momentet, anses skadan svara mot utgiften om inte motparten gör sannolikt att skadan skulle ha blivit mindre. Till följd av utgiften kastas alltså bevisbördan för skadans storlek om genom uppställandet av en presumption.¹¹⁴

¹⁰⁸ Nordh 2019b, s. 105 f.

¹⁰⁹ Nordh 2019b, s. 106. Detta innebär att varje kausalförhållande ska ställas upp som ett eget bevisstema med en egen bevisbörderegeln. Det är tänkbart att beviskravet för de olika kausalsambanden blir olika högt.

¹¹⁰ Det kan också vara fråga om ren förmögenhetsskada, se t.ex. 29 kap. 1 och 2 §§ ABL. Modellen i avsnitt 2.1.5 beskriver av pedagogiska skäl den civilrättsliga regeln i 2 kap. 1 § SkL.

¹¹¹ Nordh 2019b, s. 97.

¹¹² Nordh 2019b, s. 98.

¹¹³ Nordh 2019b, s. 98.

¹¹⁴ Nordh 2019b, s. 98. Se NJA 1991 s. 625 och NJA 1992 s. 58.

3.7 Hypotetiska händelseförlopp

3.7.1 Inledning

Hypotetiska händelseförlopp är relevanta både vid orsaksanalysen och skadebestämningen. Beträffande orsaksanalysen aktualiseras hypotetiska händelseförlopp såväl när det skadeståndsgrundande momentet består av en handling som när det är fråga om en skadeståndsgrundande underlåtenhet. För att återknyta till matrisen i avsnitt 2.1.5 ovan aktualiseras hypotetiska händelseförlopp alltså såväl vid bedömningen av om rekvisitet ”vållar” är uppfyllt, som vid bedömningen av om rekvisitet ”person- eller sakskada” är uppfyllt och hur en eventuell skada i så fall ska bestämmas och beräknas.¹¹⁵

3.7.2 Processrättslig kategorisering enligt doktrin

Den processrättsliga kategoriseringen är avgörande för hur domstolen ska hantera en viss omständighet. Tvivel avseende ett bevisfaktums existens tas för intäkt vid domstolens bevisvärdering. Osäkerhet kring ett rättstillämpningsfaktum har domstolen rätt att avgöra inom ramen för jura novit curia. Reglerna om åberopsbörd och bevisbörd kan endast knytas till rättsfakta. Normalt sett kretsar tvister kring omständigheter som har inträffat i verkligheten. Frågor om orsakssamband och storleken på en skada avgörs dock ofta av hur ett hypotetiskt händelseförlopp ställs upp. Men hur bör dessa icke-inträffade, hypotetiska händelseförlopp bestående av hypotetiska omständigheter klassificeras? En kort genomgång av hur frågan besvaras i doktrin är på sin plats. Den rådande synen i doktrin verkar vara att hypotetiska omständigheter ska ses som rättsfakta.

Enligt Nordh är rättsfakta ”faktiska förhållanden, d.v.s. omständigheter som har inträffat eller kunnat inträffa i verkligheten”.¹¹⁶ Ekelöf, Edelstam och Heuman använder samma definition och hänvisar till Nordhs definition.¹¹⁷ Deras definition tyder på att även hypotetiska omständigheter, som inte har inträffat, men som skulle kunna inträffa, skulle vara att betrakta som rättsfakta.

Heuman konstaterar att ett bevistema rörande ett rättsfaktum ofta kan uttryckas som en ”teoretisk sats”, vilken kännetecknas av att den är antingen sann eller falsk. Det handlar ofta om ett påstående om att en handling eller något annat faktiskt förhållande har inträffat. Detta möjliggör att parterna kan

¹¹⁵ Det bör återigen erinras om att 2 kap. 1 § SkL endast används av pedagogiska skäl. I tre av de fyra för uppsatsen centrala prejudikaten (NJA 2011 s. 718, NJA 2014 s. 272 och NJA 2017 s. 9) rörde det sig inte om person- eller saksador, utan om rena förmögenhetssador.

¹¹⁶ Nordh 2009, s. 14 f.

¹¹⁷ Ekelöf m.fl. 2009, s. 14.

föra bevisning om huruvida påståendet existerar.¹¹⁸ Heuman lyfter dock fram att utgången av en tvist kan vara beroende av hur käranden eller tredje man skulle ha handlat om svaranden inte utfört en ansvarsgrundande handling. Osäkerheten gäller då inte hur en person faktiskt har agerat, utan hur en person skulle ha agerat under andra förutsättningar.¹¹⁹ Heuman beskriver ett påstående om ett visst hypotetiskt handlande som en ”a-teoretisk sats”. Han menar att det inte rör sig om en sats som antingen är sann eller falsk och ”från dessa utgångspunkter kan man tycka att det inte skulle gå att bevisa en hypotetisk handling”.¹²⁰ Heuman lägger dock till att ”det faktiska skeende som föregick den skadegörande handlingen kan innefatta bevisfakta som talar för och emot olika hypotetiska händelseförlopp” samt att även ”efterföljande handlingar och uppkomna faktiska situationer kan utgöra indikationer på hur det faktiska skeendet skulle ha utvecklats sig”.¹²¹ Heuman påpekar betydelsen av hypotetiska händelseförlopp vid tillämpning av differensmetoden. Han konstaterar att det är förknippat med bevisvårigheter att avgöra hur förhållandena skulle ha utvecklats sig om den påstått skadegörande handlingen hypotetiskt tänks bort och poängterar att HD i ett flertal fall har uppställt lägre beviskrav för orsakssamband. Enligt Heuman är det dock oklart om bevisvårigheterna varit en konsekvens av möjligheterna att klarlägga det hypotetiska händelseförloppet eller de faktiska skadeverkningarna.¹²²

Heumans uttalanden bemöts av Lindell. Enligt Lindell är det ett felaktigt påstående att hypotetiska och framtida händelser inte kan vara sanna eller falska. Lindell menar att hypotetiska och framtida händelser visst utgör satsen som kan vara sanna eller falska och att det endast är bevismöjligheterna som skiljer sig åt. Som argument anför Lindell det faktum att Heuman själv ger exempel på ett flertal fall där bevisning förts om hypotetiska händelser och det enligt Heuman gjorts sannolikhetsbedömningar. Lindell avslutar med att konstatera att något som inte kan vara sant eller falskt rimligtvis inte heller kan vara sannolikt.¹²³ Lindblom beskriver prognosbedömningen vid tillåtlighetstalan enligt MB. Han uttalar att det där är de ”framtida, förväntade positiva och negativa effekterna som utgör slutliga bevisman”. Lindblom ansluter sig alltså till gruppen som anser att hypotetiska förhållanden utgör rättsfakta.¹²⁴

Sammanfattningsvis verkar den dominerande synen på hypotetiska omständigheter i doktrin vara att de utgör, eller i alla fall kan utgöra, rättsfakta. Detta medför att det är möjligt att koppla återopsörda och bevisbörda till hypotetiska omständigheter. I sammanhanget bör dock erinras om att det är parterna som råder över tvisten. Beroende på hur parterna positionerar sig i en tvist är det därför inte otänkbart att ett hypotetiskt händelseförlopp också utgör ett bevisfaktum. Det sagda ska förtydligas med ett kort exempel.

¹¹⁸ Heuman 2005, s. 381.

¹¹⁹ Heuman 2005, s. 381.

¹²⁰ Heuman 2005, s. 381 f.

¹²¹ Heuman 2005, s. 382 f.

¹²² Heuman 2005, s. 382.

¹²³ Lindell 2007, s. 362 f.

¹²⁴ Lindblom 2006, s. 252.

Bolag A har förhindrats att sälja en viss produkt till följd av ett interimistiskt beslut, i vilket domstolen säger att produkten innebär ett varumärkesintrång. Det är bolagets konkurrent, bolag B, som har yrkat på det interimistiska förbudet. Bolag A lägger sin planerade lansering av produkten på is. Åren går och när nästa instans upphäver det interimistiska förbudet och uttalar att produkten inte alls utgör varumärkesintrång väljer bolag A att kräva bolag B på skadestånd för utebliven vinst. Bolag A presenterar en skadeståndsberäkning. Skadeståndets storlek består av skillnaden mellan det faktiskt inträffade händelseförloppet och ett hypotetiskt händelseförlopp, d.v.s. försäljningen så som bolag A uppskattar att den hade blivit utan det interimistiska förbudet. Tvistens utgång är beroende av hur det hypotetiska händelseförloppet fastställs. De hypotetiska omständigheterna som grundar det hypotetiska händelseförloppet borde i detta sammanhang förstås som rättsfakta, vars (hypotetiska) existens bolag A kan föra olika former av bevisning om. Eftersom det är bolag A som grundar sin rätt på de hypotetiska omständigheterna borde åberopsbördan för dessa falla på käranden.

Anta nu att svaranden ställer sig frågande till den hypotetiska händelseutveckling som käranden presenterar. Svaranden anser att det är en glädjekalkyl och att käranden missat att ta höjd för en rad omständigheter som hade gjort att kärandens vinst i det hypotetiska händelseförloppet skulle ha blivit avsevärt mycket lägre. Svaranden invänder med ett alternativt hypotetiskt händelseförlopp, d.v.s. vad svaranden tror skulle ha inträffat om inte det interimistiska förbudet hade meddelats. Hur ska en sådan invändning behandlas av domstolen? Innebär invändningen att svaranden har presenterat nya rättsfakta? Enligt mig innebär svarandens invändning inte något annat än att svaranden tillför nya bevisfakta, på samma sätt som gäller för en invändning om ett alternativt orsakssamband.¹²⁵ Svarandens hypotetiska händelseförlopp bör förstås som motbevisning som är avsedd att påverka sannolikheten för att det av käranden påstådda hypotetiska händelseförloppet skulle ha inträffat. På motsvarande sätt bör även andra alternativa hypotetiska händelseförlopp som framkommer i tvisten, t.ex. genom vittnesberättelser, förstås. På så sätt är domstolen fri att, inom ramen för sin bevisprövning, beakta samtliga potentiella hypotetiska händelseförlopp som har framkommit i tvisten vid bedömningen av huruvida det av käranden påstådda hypotetiska händelseförloppet är tillräckligt sannolikt för att ligga till grund för domen.¹²⁶

Konsekvensen för det anförda exemplet blir att endast kärandens påstådda hypotetiska händelseförlopp består av rättsfakta. Svarandens invändning i form av ett annat hypotetiskt händelseförlopp bör ses som ett förnekande av den grund som käranden grundar sin talan på. Att förnekandet är kopplat till ett alternativt hypotetiskt händelseförlopp innebär inte att det är möjligt att ge svaranden bevisbördan för sitt påstådda hypotetiska händelseförlopp. Sammanfattningsvis är det alltså tänkbart att hypotetiska händelseförlopp, som består av hypotetiska omständigheter, förekommer i olika processrättsliga

¹²⁵ Se avsnitt 3.6.1 ovan.

¹²⁶ En annan närliggande fråga är huruvida domaren är fri att beakta sådana hypotetiska händelseförlopp som han eller hon kan tänka sig, t.ex. mot bakgrund av domstolsnotorit. Se Westberg 2018/19, s. 339, fotnot 111.

skepnader beroende på hur parterna väljer att lägga upp sin talan och positionera sig i tvisten.

3.7.3 Bevisbörda och beviskrav i äldre praxis

När hypotetiska omständigheter, som formerar ett hypotetiskt händelseförlopp, förekommer som rättsfakta är det möjligt att knyta regler om bevisbörda och beviskrav till dessa. En av parterna kan följaktligen bli skyldig att leda dessa hypotetiska omständigheter i bevis. HD har i ett antal rättsfall tagit ställning till frågor om bevisbördans placering och beviskravets höjd för sådana hypotetiska omständigheter. Ett urval av rättsfall ska kort återges för att ge läsaren en bild av hur HD tidigare har resonerat. I anslutning till rättsfallen ges en kort kommentar, för vilken Heumans analys fungerar som huvudsaklig källa.¹²⁷

NJA 1991 s. 625 handlade om en fastighetsförsäljning och en *utgift* som hade uppkommit i anslutning till den. Säljaren av fastigheten yrkade på skadestånd från mäklaren, som påstods ha lämnat felaktiga uppgifter gällande säljarens möjligheter till skatteuppskov. Det hypotetiska händelseförloppet blev i målet relevant i två avseenden; dels vid bedömningen av frågan om huruvida skada hade uppkommit, dels för frågan om skadans omfattning. Käranden ålades bevisbördan för att visa att hon inte skulle ha sålt fastigheten vid den tidpunkt då försäljningen ägde rum, förutsatt att hon, i en hypotetisk händelseutveckling, skulle ha fått riktiga uppgifter. Inget i HD:s resonemang tyder på att kärandens beviskrav i detta avseende lindrades med hänsyn till bevissvårigheter. Domstolens resonemang grundades på uppgifter som säljaren och säljarens far hade lämnat. Redan vid försäljningen av sin fastighet hade säljaren nämligen planerat att köpa sin fars fastighet. Vid tidpunkten för skadeståndsmålet ägde käranden fastigheten som tidigare tillhörde hennes far. Efter försäljningen av sin egen fastighet och efter avbetalning av lånen hade käranden 115 000 kr kvar. Av dessa gick 68 000 kr till reavinstbeskattning och 7000 kr till kvarskatteavgift. HD ansåg att den förhållandevis höga skatten, vilken gjorde att säljaren blev begränsad avseende kontantinsatsen, utgjorde styrkta faktiska omständigheter som gav ledning avseende hur säljaren skulle ha agerat i den hypotetiska situationen. Enligt HD skulle säljaren inte ha sålt fastigheten om hon hade fått riktiga upplysningar. Att käranden inte fick någon bevislättning kan enligt Heuman förklaras dels av det faktum att avstående-handlingen (d.v.s. att avstå från att sälja fastigheten) var lättbeskriven och låg nära i tid i förhållande till mäklarens rådgivning, dels av att den hypotetiska handlingen kunde beskrivas med konkreta ostridiga faktiska uppgifter av ekonomisk art. Om bevissvårigheterna hade varit större poängterar Heuman att det hade kunnat bli aktuellt med ett sänkt beviskrav för käranden alternativt en omkastad bevisbörda.¹²⁸

¹²⁷ De utvalda prejudikaten kommer från Heuman 2005, s. 381 ff., där han refererar och analyserar ett antal prejudikat som aktualiserar hypotetiska händelseförlopp.

¹²⁸ Heuman 2005, s. 385.

Även bestämningen av skadans storlek aktualiserade hypotetiska resonemang. HD uttalade att det i allmänhet inte är möjligt att med bestämdhet fastställa hur stor den ekonomiska skadan slutligen blir i situationer som den aktuella. Mot bakgrund av att skadans storlek kunde påverkas av förhållanden som exempelvis framtida fastighetsförsäljningar eller ändringar i skattelagstiftningen ansåg HD att käranden inte kunde anses skyldig att bevisa sådana ovissa i framtiden liggande faktorer, eftersom mäklaransvaret i så fall skulle bli illusoriskt i strid med lagstiftningen. I stället menade HD att utgångspunkten måste vara att den felaktiga rådgivningen faktiskt hade orsakat uppdragsgivaren en viss skada som denne annars inte skulle ha haft. Skadan presumeras därför uppgå till ett belopp som svarade mot skatteutgiften, givet att mäklaren inte lyckades bryta presumptionen och göra sannolikt att skadan skulle ha blivit mindre. Heuman poängterar att bevissvårigheterna såvitt avser skadebestämningen aktualiserade hypotetiska och framtida händelser som kunde ligga långt fram i tiden. För dessa händelser ålades käranden inte bevisbördan. I stället kastades bevisbördan om, motiverat av bevissvårigheterna och strävanden efter att förverkliga syftet med den aktuella skadeståndslagstiftningen. Heuman förklarar detta med att de ovissa framtida förhållandena inte kunde bevisas av konkreta ostridiga uppgifter, vilket var fallet för käranden när hon skulle bevisa att hon inte skulle ha sålt sin fastighet om hon hade fått korrekta upplysningar. Heuman bedömer svarandens möjligheter att bryta presumptionen som små, trots det låga beviskrav som ställdes för detta.¹²⁹

För frågor om *förlorad vinst* lyfter Heuman upp risken för att käranden grundar sin talan på ett hypotetiskt händelseförlopp, i vilket han eller hon överdriver sina möjligheter att göra affärer. I vissa fall har käranden möjlighet att föra bevisning som hänför sig till förhållanden som föregått den skadeståndsgrundande handlingen för att exempelvis leda i bevis att käranden tvingats frånträda avtal eller avstå från att ingå avtal. Sådan bevisning kan i vissa fall verka som underlag för att bedöma den uteblivna vinstens storlek.¹³⁰ I en del fall konstaterar Heuman att det saknas möjligheter för den skadelidande att presentera en utredning om vilka konkreta affärstransaktioner som gått till intet till följd av svarandens ansvarsgrundande handling. I den typen av situationer lyfter Heuman upp två anledningar som motiverar att domstolen bör förhålla sig skeptisk till kärandens påståenden om hur den hypotetiska händelseutvecklingen skulle ha blivit. För det första får käranden stor valfrihet vad gäller att beskriva vad som skulle ha hänt. För det andra kan käranden anpassa sin utformning av det hypotetiska händelseförloppet till saker som hänt efteråt, t.ex. möjligheterna att genomföra affärer med olika utvalda kundgrupper. På motsvarande sätt kan käranden undvika att grunda sin talan på förlustbringande affärer. Sammantaget sitter käranden i viss mån inne med ett facit som kan vara användbart vid presentationen av ett hypotetiskt händelseförlopp som framstår som så sannolikt som möjligt. Heuman anser att den typen av spekulation på svarandens bekostnad kanske bör motverkas med hjälp av reglerna om bevisbörda.¹³¹ Ur svarandens synvinkel finns det därför

¹²⁹ Heuman 2005, s. 385.

¹³⁰ Heuman 2005, s. 386 f.

¹³¹ Heuman 2005, s. 387.

goda skäl att ifrågasätta kärandens påståenden. Svarandens invändningar gällande det hypotetiska händelseförloppets sannolikhet kan tas för intäkt vid domstolens bevisvärdering.¹³² En annan potentiell lösning är att domstolen använder sig av varierande beviskrav och t.ex. skärper beviskravet för det fall att käranden inte kan peka på någon konkret och planerad affär.¹³³

Heuman menar att frågor om utebliven vinst försätter käranden i en svår bevismässig situation. Det kan ofta vara svårare att bevisa en utebliven vinst än en direkt kostnad som erlagts för att minska en skada.¹³⁴ Det kan därför finnas skäl att lindra beviskravet för den part som ställs inför bevissvårigheter.¹³⁵ I NJA 1974 s. 526, som gällde förverkande av handpenning, valde HD att döma ut skadestånd mot bakgrund av en särskild kostnad som föranletts av handpenningavtalet, d.v.s. av att köparen inte fullföljde avtalet. HD ansåg i det fallet att säljaren inte lyckats visa att hon lidit förlust i form av utebliven vinst genom att inte ha kunnat träffa avtal med någon annan. Detta trots att käranden grundade sitt krav på att det funnits flera spekulanter. HD verkar ha ansett att uppgifterna om andra spekulanter var alltför vaga och osäkra för att läggas till grund för skadeståndsskyldighet.¹³⁶ I NJA 1991 s. 217 dömde HD dock ut skadestånd för utebliven vinst. Det fallet handlade om att en bank hade dröjt med att göra en utbetalning från ett bankkonto till ett bolag som var kontoinnehavare. Bolaget hävdade att det därför gått miste om möjligheten att genomföra en vinstgivande vidareförsäljning av en fastighet. HD menade att käranden i det fallet hade lämnat konkreta uppgifter till svaranden om sitt planerade hypotetiska handlande. På så sätt ansågs käranden ha styrkt det hypotetiska handlandet och skadestånd utdömdes.¹³⁷

Heuman menar att beviskravet gällande ett påstående om förlorad vinst bör sänkas för näringsidkare som bedriver en kontinuerlig vinstgivande verksamhet. I ett fall där en kursarrangör krävde ersättning av en konsument för utebliven vinst på grund av ett kursavhopp uttalade HD att det borde räcka att näringsidkaren gör sannolikt att han gått miste om en inkomstkälla genom att inrätta sig efter uppdraget.¹³⁸ Bevissvårigheterna avseende utebliven vinst kan motivera en bevislättning för käranden. Enligt Heuman bör det sannolikt räcka att käranden gör sannolikt att han gått miste om en konkret möjlighet att genomföra en planerad vinstgivande affär. Mot bakgrund av bevisproblemen kan ersättningen ibland behöva bestämmas efter en skälighetsuppskatt-

¹³² Heuman 2005, s. 387.

¹³³ Heuman 2005, s. 387.

¹³⁴ Herre 1996, s. 683.

¹³⁵ Se t.ex. motiven till konsumentköplagen, prop. 1989/90:89, s. 154, där det uttalas att det i princip är säljaren som har bevisbördan för att han haft de förluster som han begär ersättning för. Det tillägs dock att beviskravet får bli beroende av omständigheterna i det enskilda fallet, bl.a. säljarens möjlighet att förebbringa bevisning om ett visst förhållande. Det anses att inte alltför höga krav bör ställas på säljaren i bevishänseende om han gör gällande att han genom en avbeställning inte kunnat utnyttja sina resurser till fullo.

¹³⁶ Heuman 2005, s. 388.

¹³⁷ Heuman 2005, s. 388 f.

¹³⁸ Se NJA 2002 s. 644. Resonemanget om att käranden inte behöver styrka det hypotetiska händelseförloppet när han bedriver en kontinuerlig vinstgivande verksamhet finner stöd också i NJA 2000 s. 325.

ning. Som regel måste käranden dock konkretisera den hypotetiska handlingen som skulle ha gett vinsten; svepande beskrivningar av framtida försäljningsmöjligheter räcker inte, i alla fall inte om käranden är en privatperson som inte brukar bedriva kontinuerlig vinstgivande försäljningsverksamhet. Vad gäller skadeberäkningen kan underlaget ibland vara så osäkert att skadeståndet begränsas till en kostnadsersättning.¹³⁹ Anspråk som avser framtida kostnader får ofta uppskattas eftersom den kommande utvecklingen inte kan bedömas med någon säkerhet.¹⁴⁰ I NJA 1992 s. 642, som gällde framtida kostnader, ansåg HD att stor hänsyn bör tillmätas de faktiska kostnader som den skadelidande haft i förfluten tid.

Sammanfattningsvis är Heuman av uppfattningen att det inte går att lämna generella anvisningar om hur bevisbördan ska placeras och hur beviskravet ska bestämmas beträffande sådana yttre fakta som kan göra ett hypotetiskt handlande sannolikt. Det måste i stället bestämmas från fall till fall.¹⁴¹ När det är fråga om hur käranden skulle ha agerat under förutsättning att den ansvarsgrundande faktorn tänks bort, uppmärksammar Heuman risken för att käranden gör efterhandskonstruktioner med avsikten att påverka domstolens bedömning. Kärandens egna uppgifter om hur denne skulle ha agerat i det hypotetiska händelseförloppet bör därför värderas med stor skepsis. I stället bör sådana yttre bevisfakta som är objektiva till sin natur tillmätas större betydelse.¹⁴²

¹³⁹ Heuman 2005, s. 393.

¹⁴⁰ Se SOU 1995:33, s. 65.

¹⁴¹ Heuman 2005, s. 383.

¹⁴² Heuman 2005, s. 383.

4 Problematisering

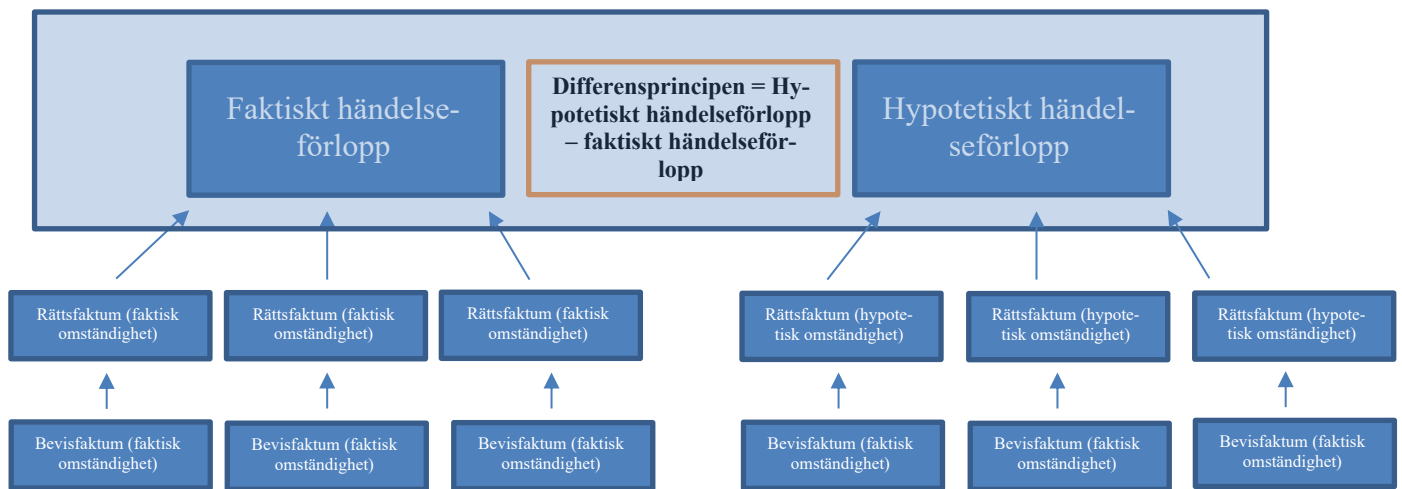
I avsnitt 2 och 3 går jag igenom skadeståndsrättsliga och civilprocessrättsliga grundelement. För den fortsatta framställningen är det relevant att sammanfatta och illustrera vad dessa grundelement i kombination ger för utgångspunkt. Det ska noteras att jag, av pedagogiska skäl, utgår från den generella skadeståndsregeln i 2 kap. 1 § SkL. Det bortses därför från att det i många fall är fråga om att käranden kräver skadestånd med stöd i specialregler i t.ex. ABL eller VML, vilket också är fallet i rättsfallen i avsnitt 5. Det valda upp-lägget motiveras av att frågorna om orsakssamband och skada är generella och gäller för alla typer av skadestånd. Sådär långt kan vi konstatera att utgångspunkten är att käranden, för att nå framgång med en skadeståndstalan, måste åberopa och i vissa fall bevisa de rättsfakta som svarar mot rekvisiten i den för målet relevanta rättsregeln. Så gäller både vad avser orsakssambandet och skadans omfattning. Det sagda kan illustreras med en figur¹⁴³:

	Rekvisit	Rekvisit	Rekvisit	Rekvisit	Rekvisit
SkL 2:1	Var och en som	Uppsåtigen eller av oaktsamhet	Vållar	Person- eller sakskada	Skall ersätta skadan
Kärandens talan	Svaranden, revisor A, (RF)	Vars revision i strid med god revisionssed gav en missvisande ställning av finanserna i bolag B (RF)	Gjorde att jag investerade 100 000 SEK i bolag B (RF)	Som jag sedan förlorade när bolag B gick i konkurs (RF)	A ska förpliktigas att betala 100 000 SEK till mig (Yrkande)
Svarandens talan	Det var inte jag som reviderade (Sakinvändning)	Revisionen var inte felaktig (Sakinvändning)	Skadan hade uppstått även om revisionen varit korrekt (Sakinvändning)	Käranden förlorade inga pengar (Sakinvändning)	Kärandens yrkande ska ogillas (Bestridande)

Konstaterandet av orsakssamband respektive bestämningen av skadans omfattning sker genom en jämförelse mellan det faktiska händelseförloppet, d.v.s. vad som har inträffat, och ett hypotetiskt händelseförlopp (bestående av hypotetiska omständigheter), d.v.s. vad som skulle ha inträffat, om den oaktsamma handlingen ”tänks bort” eller den oaktsamma underlåtenheten ersätts med en specifik handling. Som utgångspunkt ska därför käranden åberopa och, i förekommande fall, bevisa de omständigheter som formerar det faktiska händelseförloppet. Det kan t.ex. göras med hjälp av vittnen som har sett den inträffade händelsen eller kontoutdrag som konstaterar kärandens finansiella

¹⁴³ Jag har inspirerats av figurerna som finns i Heuman och Westberg 1995, s. 47 och s. 49. Rättsfaktum förkortas RF. Det bör för övrigt erinras om att revisors skadeståndsskyldighet egentligen regleras i 29 kap. 1 och 2 §§ ABL, men att figuren över rekvisiten i 2 kap. 1 § SkL används av pedagogiska skäl.

ställning. I och med att det hypotetiska provet går ut på att jämföra det faktiska händelseförloppet med ett hypotetiskt händelseförlopp, som utgör en referenspunkt, krävs det att även ett sådant fastställs. Utgångspunkten, mot bakgrund av att hypotetiska omständigheter verkar utgöra rättsfakta, borde därför vara att käranden har att åberopa och bevisa även dessa hypotetiska omständigheter, vilka är av direkt relevans för tvistens utgång. Figuren nedan avser att åskådliggöra vad käranden står inför för att kunna vinna bifall med sin skadeståndstalan:



Situationen kan problematiseras med tre fiktiva tvister som förtydligar uppsatsens frågeställningar.

Tvist 1 – Skadans storlek¹⁴⁴

A är kapitalförvaltare. Han förvaltar bland annat pengar åt B. Vid ett tillfälle ger A ett råd till B. Rådet innebär att B bör investera i bolag X, ett mediceknikbolag från Lund. Bolag X går snart i konkurs och investeringen som B har gjort går upp i rök. Han stämmer därför A och menar att A varit vårdslös i sin rådgivning. Som bevisning för detta faktiska händelseförlopp presenterar B bland annat mail som antyder att A inte har läst det investeringsmemorandum, vilket han påstod sig ha läst.

B presenterar också ett hypotetiskt händelseförlopp. Detta består av de hypotetiska omständigheter som B menar skulle ha inträffat, för det fall att A hade presenterat konkreta siffror angående bolag X. B menar att han i det hypotetiska händelseförloppet inte skulle ha investerat i bolag X och därför inte skulle ha förlorat några pengar. Domaren får målet på sitt bord. Av bevisningen i målet har det framkommit att B är en person som gillar att ta olika risker, både i form av återkommande resor fyllda av offpistskidåkning och genom riskabla investeringar i obskyra startupbolag. Domaren är därför tämligen säker på att B, även om A hade presenterat korrekta siffror, skulle ha

¹⁴⁴ Inspiration till tvist 1 har hämtats från NJA 2011 s. 718 ("Laholms Sparbank") och utgör en förenkling av den verkliga tvistesituationen.

valt att investera i bolag X. Domaren tror kanske att investeringen i det hypotetiska händelseförloppet skulle ha blivit hälften så stor och förlusten också hälften så stor. Domaren väljer därför att döma ut ett skadestånd som är hälften så stort som det B har yrkat på. Domen grundas på ett hypotetiskt händelseförlopp som domaren själv har kommit på och som varken kändanden eller svaranden har åberopat.¹⁴⁵

Får domaren lov att göra på det här viset och grunda sin dom på ett annat hypotetiskt händelseförlopp än det som kändanden har åberopat till stöd för sin talan? Förutsatt att de hypotetiska omständigheter som utgör det hypotetiska händelseförloppet kategoriseras som rättsfakta blir svaret nej. Då är domaren bunden av vilka rättsfakta som parterna har åberopat till stöd för sin respektive talan. Domen får inte grundas på andra rättsfakta. Detta följer av dispositionsprincipen i 17 kap. 3 § RB som stadgar att domaren inte får döma över andra rättsfakta än de som parterna i målet har åberopat till stöd för sin talan.

Är det möjligt att tänka sig ett annat exempel, med en annan kategorisering av det hypotetiska händelseförloppet, som ger domaren frihet att bestämma det hypotetiska händelseförloppet som han eller hon tycker är rimligast? Ett tänkbart scenario åskådliggörs i tvist 2.

Tvist 2 – Orsakssamband vid skadeståndsgrundande underlåtenhet¹⁴⁶

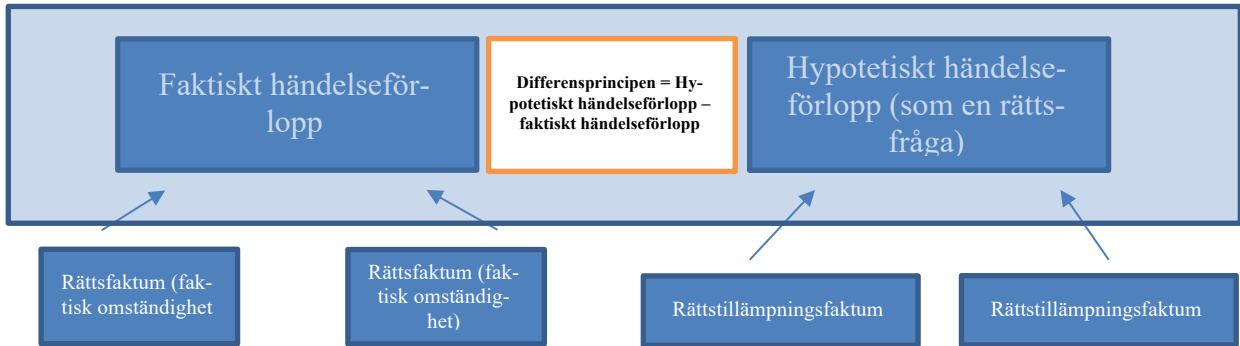
A är en lat och snål fastighetsägare. Vintern har kommit till Skåne och en trottoar som tillhör A:s fastighet är glashal. A underlåter att sanda trottoaren. Detta leder till att B under en morgonpromenad halkar och skadar sig. B begär ersättning av A för sin skada. Hon menar att det var oaktsamt av A att inte salta. Hon är inte så van vid tvister och gör inte gällande något hypotetiskt händelseförlopp, d.v.s. vad som skulle hänt om A hade saltat. Domstolen får målet på sitt bord. När det under överläggningen blir dags att hantera frågan om orsakssamband invänder tingsnotarien att B minsann inte har hävdats något hypotetiskt händelseförlopp. Tingsnotarien säger att detta gör att domstolen inte kan bifalla hennes talan, för att det saknas rättsfakta som konstituerar det hypotetiska händelseförloppet. Den rutinerade domaren funderar en lång stund. Domaren skiner plötsligt upp och säger därefter att domstolen på egen hand visst får lov att ställa upp det hypotetiska händelseförloppet. Det rymms nämligen inom ramen för principen om *jura novit curia*. Det finns en norm som säger att A ska salta. Om A hade saltat, skulle trottoaren inte ha varit hal och då hade B inte fallit. Domstolen grundar sin dom på ett hypotetiskt händelseförlopp som inte har åberopats, utan som domstolen ställer upp själv baserat på en fri bedömning av vad som skulle ha inträffat.

Är det tänkbart att se det hypotetiska händelseförloppet som en rättsfråga som rymms inom ramen för principen om *jura novit curia*? I så fall skulle parternas enda möjlighet att påverka det hypotetiska händelseförloppets utformning

¹⁴⁵ Exemplet avser inte sådana eventuella svårigheter rörande bevisningen av skadan som skulle kunna aktualisera en tillämpning av 35 kap. 5 § RB. I exemplet bortses också från eventuell jämkning av skadeståndet.

¹⁴⁶ Inspiration till exemplet har hämtats från Hellner och Radetzki 2018, s. 190.

vara genom rättslig argumentation. Föreslagna hypotetiska händelseförlopp skulle domaren endast beakta som rättstillämpningsfakta, vilka han eller hon inte är styrd av. Ett sådant synsätt skulle innebära att figuren ovan behöver modifieras:



Jura novit curia träffar emellertid endast de offentligrättsliga normerna. Skulle domstolen se bestämningen av det hypotetiska händelseförloppet som en rättsfråga som ryms inom ramen för jura novit curia krävs därför att den norm som används för att bestämma det hypotetiska händelseförloppet är en offentligrättslig norm. Om domstolen vill använda sig av en privaträttslig norm, t.ex. branschpraxis som pekar på att ett visst hypotetiskt händelseförlopp så gott som alltid skulle ha inträffat givet att det skadeståndsrättsliga momentet tänks bort, förutsätter detta att normen har åberopats som ett rättsfaktum av den part som har åberopsbördan.

Avslutningsvis är det tänkbart att olika hypotetiska händelseförlopp medför olika stora svårigheter avseende bevisning. Detta berördes i avsnitt 3.7.3 ovan. Vissa hypotetiska händelseförlopp framstår som i det närmaste omöjliga att bevisa och kändanden kan då räkna med bevislättnader. I vissa fall är situationen i det närmaste den omvända. Kändanden kan ha varit med om situationer som liknar den hypotetiska händelseutvecklingen tidigare och därmed sitta med ett facit beträffande vad som faktiskt hände förra gången. Även annars kan det finnas förhållandevis goda möjligheter för kändanden att föra bevisning som ger domstolen en ganska god möjlighet att uppskatta vad det hypotetiska händelseförloppet skulle ha inneburit. Detta ger upphov till frågan om hur sådana möjligheter bör styra domstolens syn på frågan om bevisbörda och beviskrav för det hypotetiska händelseförloppet. Det sagda exemplifieras genom tvist 3.

Tvist 3 – Bevislättnad för skadans storlek¹⁴⁷

Bolag A planerar att gå in på den svenska marknaden för vattenskotrar. Bolaget har tidigare gått in på den grekiska och den spanska marknaden, med

¹⁴⁷ Inspiration till den fiktiva tvisten har hämtats från NJA 2017 s. 9 ("Mivital").

viss framgång. I samband med att A ska sjösätta sin produkt i Sverige meddelas ett interimistiskt förbud mot att A använder sitt varumärke i Sverige. Bolag B har med framgång hävdats att A använder ett varumärke som är allt för likt det varumärke som B använder. A genomför därför inte sin planerade lansering i Sverige. Det interimistiska förbudet upphävs emellertid några år senare. Enligt överinstansen var det inte alls fråga om något immaterialrättsintrång. A väljer att gå till domstol och yrka på ersättning av B för utebliven vinst. A menar att, om inte B hade fått igenom det interimistiska förbudet, hade A tjänat 10 000 000 kr på den svenska marknaden under de år som förbudet gällde. Som stöd för detta presenterar A en kalkyl som gjorts inför lanseringen i Sverige. Den är relativt noggrann och ger vägledning angående hur A:s vinstutveckling skulle ha kunnat se ut. A argumenterar också för att det är fråga om en hypotetisk händelseutveckling och att domstolen därför ska sänka beviskravet eller använda någon annan form av bevislättning. A menar att det är orimligt att kräva bevisning om något som inte har inträffat.

Domstolen får målet på sitt bord. Den ansvariga domaren är medveten om att det är svårt att veta hur ett hypotetiskt scenario, i vilket det interimistiska förbudet inte meddelades, skulle ha sett ut. Hon överväger därför att ge A vissa bevislättningar avseende de rättsfakta som A har grundat sitt hypotetiska händelseförlopp på. Samtidigt är domaren medveten om att A utarbetat noggranna kalkyler för både den grekiska och den spanska marknaden, vilka båda liknar den svenska i mångt och mycket. Hon undrar varför A inte valde att presentera dessa kalkyler, samt viss annan bevisning som definitivt skulle ha varit möjlig att frambringa, för att ge domstolen ett bättre underlag att bedöma frågan om vad som skulle ha hänt utan det interimistiska beslutet. Ska domaren hantera frågorna om bevisbörda och beviskrav med hänsyn till att det faktiskt har funnits möjligheter att föra viss bevisning även avseende de hypotetiska omständigheternas existens? Annorlunda uttryckt – spelar det faktum att det finns möjlighet att föra bevisning om hur det hypotetiska scenariot skulle ha utvecklats sig någon roll för domstolens överväganden avseende bevislättningen för det hypotetiska händelseförloppet?

Baserat på genomgången av praxis i avsnitt 3.7.2 ovan verkar det onekligen som att svårigheten att leda i bevis vad som skulle ha hänt i en hypotetisk händelseutveckling kan motivera bevislättningar. I vissa fall verkar domstolen dock ha resonerat i termer av att det faktiskt funnits möjligheter att föra bevisning om en hypotetisk händelseutveckling på ett sådant sätt att det inte har ansetts vara nödvändigt att ge käranden bevislättningar.

Problematikeringen av hypotetiska händelseförlopp som gjorts med hjälp av figurerna och tvisterna ovan är avsedd att fungera som hjälp både för den analys av HD:s praxis som följer i avsnitt 5 nedan och för avsnitt 6, där uppsatsens slutsatser sammanfattas.

5 Praxis från HD

5.1 Inledning

Hypotetiska händelseförlopp är relevanta både för orsaksanalysen (såväl avseende skadeståndsgrundande handlingar som underlåtenhet) och för skadebestämningen. I avsnitt 5 behandlas fyra nyare prejudikat¹⁴⁸, där betydelsen av de hypotetiska händelseförloppen kan sammanfattas enligt följande:

- Laholms Sparbank – det hypotetiska händelseförloppet var relevant för skadebestämningen.
- Landskronabranden – det hypotetiska händelseförloppet var relevant för orsakssambandet.
- BDO – det hypotetiska händelseförloppet var relevant för orsakssambandet samt för skadebestämningen.
- Mivitotal – det hypotetiska händelseförloppet var relevant för skadebestämningen.

I avsnitt 5 kommer varje rättsfall att behandlas och kommenteras separat. I avsnitt 6 sammanfattas därefter vilka svar som rättsfallen ger på uppsatsens frågeställningar.

5.2 NJA 2011 s. 718 – Laholms Sparbank

5.2.1 Bakgrund

I juli 2005 väckte L.P. talan mot Laholms Sparbank och Swedbank AB. L.P. gjorde gällande att bankerna varit försumliga i sin rådgivning avseende vissa utförda termins- och optionsaffärer samt vissa icke utförda aktieaffärer i Ericsson och ABB under hösten 2004 och därför skulle ersätta L.P. för skada respektive utebliven vinst om totalt drygt tre miljoner kr.¹⁴⁹ L.P. ändrade därefter sin talan och yrkade i stället drygt fyra miljoner kr. Som grund för det senare yrkandet angav L.P. att Laholms Sparbank i oktober 2002 avrått L.P. från att göra en långsiktig investering i ABB, WM-Data, Skandia, Boss Media och Ericsson och att bankerna är ersättningsskyldiga för mellanskillnaden mellan det (hypotetiska) resultat som en sådan investering skulle ha givit och det faktiska utfallet av Laholms Sparbanks förvaltning. Det nya yrkandet omfattade inte de uteblivna aktieaffärerna under hösten 2004.¹⁵⁰ Huvudfrågan i NJA 2011 s. 718 var om det rörde sig om en otillåten taleändring enligt 13

¹⁴⁸ För att göra framställningen så lättillgänglig och kärnfull som möjligt bortses i det fortsatta från underrätternas bedömningar i respektive fall.

¹⁴⁹ HD:s domskäl i NJA 2011 s. 718, punkt 2.

¹⁵⁰ HD:s domskäl i NJA 2011 s. 718, punkterna 4 och 5.

kap. 3 § RB. Såväl tingsrätten som hovrätten kom fram till att det rörde sig om en otillåten taleändring.¹⁵¹

5.2.2 HD:s bedömning

Frågan om taleändringen blev föremål för prövning i HD. HD inledde med att ställa frågan om det över huvud taget var fråga om en taleändring. Enligt 13 kap. 3 § första stycket RB får en väckt talan inte ändras. Enligt 13 kap. 3 § tredje stycket RB innebär det dock inte någon taleändring att käranden åberopar ny omständighet till stöd för sin talan utan att saken ändras. HD gick därför vidare till att diskutera huruvida saken hade ändrats i det aktuella fallet. HD uttalade därom att det ”förhöjda yrkandet baseras på en skadeståndsberäkning där det verkliga händelseförloppet är oförändrat men det hypotetiska händelseförloppet ändrats till att avse de affärer som L.P. ursprungligen önskade få utförda men som till följd av bankens rådgivning inte utfördes”. HD konstaterade att det var fråga om samma uppdragsförhållande, som hade inbegripit såväl rådgivning som placeringar, och att det rörde sig om förvaltning av samma kapital. HD menade att förvaltningen oförändrat hade påståtts vara oaktsam i olika hänseenden och därmed skadeståndsgrundande.¹⁵² Mot bakgrund av detta kom HD fram till slutsatsen att grunden inte hade ändrats och att vad L.P. åberopade till stöd för sin skadeståndsberäkning inte utgjorde någon taleändring. Yrkandet tilläts därför.¹⁵³

5.2.3 Kommentar

Trots att Laholms Sparbank främst behandlade betydelsen av en taleändring och hur 13 kap. 3 § RB ska förstås, ger HD:s slutsats upphov till frågor avseende den processrättsliga kategoriseringen av hypotetiska omständigheter. Denna fråga var en del av den ordväxling i SvJT, mellan å ena sidan Stefan Lindskog och å andra sidan Mikael Pauli och Henrik Edelstam, som följde rättsfallet. I sin inledande artikel kritiserar Pauli och Edelstam HD för att ha kommit fram till att L.P. genom att förändra det hypotetiska händelseförloppet som skadeberäkningen grundades på, inte förändrade grunden för sin talan.¹⁵⁴ Pauli och Edelstam menar att HD borde ha kommit till slutsatsen att det inte var fråga om samma grund, till följd av att L.P. vid sin utvidgning av talan åberopade vissa nya omständigheter.¹⁵⁵ I sin replik hävdar Lindskog att ett hypotetiskt händelseförlopp är något tänkt, som inte kan bevisas. Han fortsätter med att konstatera att vad som kan bevisas är omständigheter som kan tala för eller mot en slutsats rörande vad som skulle ha hänt, om inte om hade

¹⁵¹ Tingsrättens och hovrättens dom i NJA 2011 s. 718.

¹⁵² HD:s domskäl i NJA 2011 s. 718, punkt 9.

¹⁵³ HD:s domskäl i NJA 2011 s. 718, punkterna 10–14.

¹⁵⁴ Pauli och Edelstam 2012a, s. 483 f.

¹⁵⁵ Pauli och Edelstam 2012a, s. 483. Pauli och Edelstam menar alltså att det förändrade hypotetiska händelseförloppet, vilket inbegrep nya omständigheter som inte hade inträffat, utgjorde en ändring av grunden.

varit. Lindskog anför att domstolen efter bevisbedömningen avseende de omständigheter som parterna har åberopat till stöd för respektive emot det påstådda hypotetiska händelseförloppet, ska slå fast det hypotetiska händelseförloppet genom ”en rättslig värdering av bedömningsresultatet”. Enligt Lindskog innebär ett ändrat hypotetiskt händelseförlopp att grunden förblir oförändrad.¹⁵⁶ I sin duplik kontrar Pauli och Edelstam mot Lindskogs synsätt. Pauli och Edelstam menar att hypotetiska förhållanden, både framtida och dåtida, visst kan göras till föremål för bevisning, likt alla rättsfakta. De menar att vad Lindskog kallar för ”en rättslig värdering av bedömningsresultatet” inte är något annat än just sedvanlig bevisvärdering och hänvisar vidare till flera författare som också är av uppfattningen att hypotetiska händelseförlopp är rättsfakta som kan göras till föremål för bevisning.¹⁵⁷ Avslutningsvis framhåller Pauli och Edelstam att det i målet förvisso var oklart huruvida ändringen av talan enbart bestod av en förändring avseende det hypotetiska händelseförloppet, men ifrågasätter ändå varför HD inte var tillräckligt tydlig med att framhålla ställningstagandet som domen innebär; nämligen att nya hypotetiska omständigheter inte ska betraktas som nya rättsfakta.¹⁵⁸

Ett rättsfaktum är en omständighet som har en rättsföljd anknuten till sig. An-norlunda uttryckt utgör en omständighet ett rättsfaktum när utgången i ett mål är direkt avhängigt existensen eller icke-existensen av omständigheten i fråga. I NJA 2011 s. 718 ändrar käranden sin talan genom att ändra det hypotetiska händelseförloppet, på vilken kärandens skadeståndsberäkning vilar. Skadeståndsberäkningen sker genom en jämförelse mellan det faktiska, inträffade, händelseförloppet och det hypotetiska, icke-inträffade, händelseförloppet. Beroende av hur käranden väljer att formulera sitt hypotetiska händelseförlopp ändras alltså det potentiella skadeståndets storlek. Genom att hänvisa till omständigheter som inte har inträffat, men vars inträffande skulle ha lett till ett större skadestånd, tillför käranden omständigheter, vilka är direkt relevanta för den yrkade rättsföljden. Det är enligt mig anmärkningsvärt att HD genom sin slutsats i NJA 2011 s. 718 verkar vara av åsikten att en hypotetisk omständighet inte bör ses som ett rättsfaktum. En sådan klassificering går emot den uppfattning som framstår som rådande i doktrin och ställningstaganden som HD senare har gjort i andra prejudikat. Givet att HD i målet inte verkar ha betraktat de hypotetiska omständigheterna som rättsfakta är det rimligt att fråga sig till vilken faktakategori dessa i stället ska hänföras. Skulle de hypotetiska omständigheterna i målet anses utgöra bevisfaktum uppstår frågan om vilket rättsfaktum eller vilka rättsfakta som dessa bevisfakta i så fall avser att bevisa. Enligt min mening är det svårt att tänka sig en situation där en hypotetisk, icke-inträffad omständighet, talar för att ett rättsfaktum existerar.

Det är i och för sig tänkbart att ett hypotetiskt händelseförlopp utgör ett bevisfaktum. Enligt mig borde det vara förbehållet en situation där det hypotetiska händelseförloppet förs in i tvisten genom ett förnekande av ett annat

¹⁵⁶ Lindskog 2012, s. 587. Det går att ifrågasätta lämpligheten i att Lindskog, som själv var med och dömde i NJA 2011 s. 718, också kommenterar rättsfallet.

¹⁵⁷ Pauli och Edelstam 2012b, s. 761. Se också avsnitt 3.7 ovan.

¹⁵⁸ Pauli och Edelstam 2012b, s. 762.

hypotetiskt händelseförlopp. Det av kändanden anförda hypotetiska händelseförloppet bör då ses som ett rättsfaktum, medan det hypotetiska händelseförloppet som förs in i processen som en invändning mot existensen av kändandens händelseförlopp utgör motbevisning.¹⁵⁹ I NJA 2011 s. 718 var det kändanden som anförde det hypotetiska händelseförloppet som grund för sitt yrkade skadestånd. I den situationen ser jag inget alternativ till att kategorisera de hypotetiska omständigheterna som rättsfakta. Oavsett vilket borde HD ha varit tydligare gällande sin syn på kategoriseringen av det hypotetiska händelseförloppet; särskilt som deras syn i fallet tycks gå emot den generella uppfattningen i doktrin. Det framstår som att HD i sitt resonemang kring hur 13 kap. 3 § RB ska förstås förbisett att den processrättsliga kategoriseringen av omständigheter är relevant inte bara för inträffade omständigheter, utan även för hypotetiska sådana.

5.3 NJA 2013 s. 145 – Landskronabranden

5.3.1 Bakgrund

Landskronabranden rörde en 13-årig flicka, M., med mycket trassliga hemförhållanden. M. var omhändertagen för vård med stöd av LVU. M. placerades tillfälligt hos sin mamma, men var fortfarande omhändertagen enligt LVU. Under tiden hos sin mamma anlade M. en omfattande brand i en fastighet som inhyste en butikskedja. Fastighetsbolagets och butikskedjans försäkringsbolag förde talan mot Landskrona kommun och begärde skadestånd med hänvisning till att kommunen inte vidtagit nödvändiga åtgärder med avseende på flickans vård och tillsyn och därigenom orsakat den uppkomna skadan.¹⁶⁰

5.3.2 HD:s bedömning

HD gick på samma linje som de båda underrätterna och dömde ut skadestånd till försäkringsbolagen. HD tog sig dock an orsaksanalysen på ett sätt som skiljde sig från underrätterna i den bemärkelsen att HD formulerade den skadeståndsgrundande faktorn i termer av underlåtenhet, i stället för som en handling. Inledningsvis konstaterade HD nämligen att beslutet att placera M. hos sin mamma i sig inte medförde skadeståndsansvar för kommunen.¹⁶¹ I stället ansåg HD att det för att kommunen skulle bli skadeståndsskyldig krävdes att socialnämnden hade agerat oaktsamt genom att åsidosätta en norm, som ålade nämnden att i tredje mans intresse vidta åtgärder i syfte att förhindra skador. För att kommunen skulle vara skadeståndsskyldig krävdes en-

¹⁵⁹ Jämför resonemang om alternativa skadeorsaker i avsnitt 3.6.1 ovan.

¹⁶⁰ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkterna 7 och 8.

¹⁶¹ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkterna 18–20. Jämför med tingsrättens och hovrättens dom i NJA 2013 s. 145, där det skadeståndsgrundande momentet formulerades som en aktiv handling.

ligt HD att det som socialnämnden borde ha gjort, för att inte åsidosätta normen, skulle ha motverkat faran för branden på ett sådant sätt att orsakssambandet var uppfyllt.¹⁶² Det ankom enligt HD på den skadelidande parten att åberopa vad kommunen borde ha gjort.¹⁶³ För skadeståndsskyldighet krävdes kausalitet mellan underlåtenheten att handla och den uppkomna skadan. HD uppmärksammade att detta medförde bedömningssvårigheter, på så sätt att det hypotetiska händelseförloppet (inbegripet vad som borde ha gjorts) inte, som vid ett aktivt handlande, var lätt att identifiera. Det hypotetiska händelseförloppet utgjordes i stället av alla de handlingar som skulle ha hindrat, eller som i alla fall på ett för ansvarsfrihet tillräckligt sätt skulle ha motverkat, farans förverkligande.¹⁶⁴ Mot denna bakgrund krävdes det enligt HD att den skadelidande angav ett aktivt handlande som kommunen borde ha utfört. Frånvaron av ett sådant påstående skulle därmed föranleda att målet avgjordes till kärandens nackdel med motiveringen att denna inte hade fullgjort sin åberopsbörda. Genom att ange att ett visst handlande var påbjudet i den aktuella situationen skulle det faktiska händelseförloppet innefatta följden av en underlåtenhet att handla just så. Det faktum att det var fråga om en underlåtenhetssituation, vilket medförde att kausalitetsförhållandet blev spegelvänt jämfört med situationen med ett faktiskt handlande, innebar att det skulle ske en jämförelse mellan en tänkt handling och dess möjliga, men inte inträffade, skadeförhindrande effekt. Enligt HD motiverade detta vissa bevislättnader för den skadelidande.¹⁶⁵

HD menade att bevislättningen kunde åstadkommas genom att det i regel bör finnas en plikt att vidta en möjlig åtgärd redan om den anses vara påtagligt faremotverkande. Enligt HD borde den handlingspliktige dock undgå ansvar om den kan visa att åtgärden inte hade hjälpt. För att uppfylla sin bevisbörda avseende orsakssambandet var försäkringsbolagen alltså tvungna att visa vad som var ett möjligt och lämpligt farereducerande handlande. De behövde inte visa att handlandet skulle ha förhindrat skadan. HD poängterade att frågorna om oaktsamhet och kausalitet överlappar i fråga om underlåtenhetsansvar, då det faktum att ett handlande är möjligt och lämpligt, ofta innebär att det är oaktsamt att inte handla så. HD konstaterade att bedömningen därför fick normativa drag.¹⁶⁶ Storleken på kärandens bevislättning avseende vad som var ett möjligt och lämpligt farereducerande handlande, samt hur stor den farereducerande effekten skulle vara för att en plikt att utföra handlingen skulle föreligga, berodde enligt HD främst på skyddssyftet med den åsidosatta normen, den handlingspliktiges närhet eller anknytning till faran och faresituationen som sådan. Enligt HD kunde även andra förhållanden inverka på bevisskyldigheten, i vissa fall rent av så att bevisbördan behövde kastas om.¹⁶⁷

¹⁶² HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkterna 37 och 38.

¹⁶³ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkt 40.

¹⁶⁴ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkt 39.

¹⁶⁵ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkterna 40 och 41.

¹⁶⁶ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkt 42.

¹⁶⁷ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkt 44.

I det aktuella fallet menade HD att omständigheterna motiverade högt ställda krav på skademotverkande åtgärder från socialnämndens håll.¹⁶⁸ Frågan blev följaktligen om försäkringsbolagen hade lyckats ange en sådan åtgärd, i beaktande av den bevislättning som de åtnjöt i den aktuella situationen. Försäkringsbolagen hade i målet angivit två alternativa åtgärder; dels att socialnämnden borde ha sett till att M. övervakats dygnet runt, dels att socialnämnden borde ha sett till att det skapades en fast struktur och stabilitet för M. Hur åtgärderna i praktiken skulle ha genomförts var oklart.¹⁶⁹ HD bedömde försäkringsbolagens utredning som bristfällig på ett flertal sätt och därför kunde det inte avgöras om det funnits något utrymme för socialnämnden att besluta om en möjlig och lämplig uppsiktsordning som på ett påtagligt sätt skulle ha motverkat den föreliggande faran. Det rådde därför en betydande osäkerhet i fråga om möjligheterna att utföra en adekvat faretotverkande uppsikt över M. De skadelidande hade alltså inte lyckats uppfylla sin bevisbörda gällande vilka åtgärder som kommunen borde ha vidtagit.¹⁷⁰

I det aktuella fallet hade kommunen inte gjort någon dokumenterad utvärdering av vad som hade kunnat göras och borde ha gjorts för att minska faran för de uppkomna skadorna. Enligt HD väckte detta frågan om vilka konsekvenser en otillräcklig utvärdering från kommunens sida kunde ha för frågan om bevisbördans fördelning.¹⁷¹ HD uttalade att en utgångspunkt i fråga om att bedöma huruvida ett beslut, som har kommit att medföra skada, var oaktamt, var att bedömningen måste göras på grundval av förhållandena i beslutssituationen. Enligt HD var en sådan bedömning svår att göra, bl.a. då den medförde en risk till beaktande av senare inträffade förhållanden och efterhandskonstruktioner. Mot bakgrund av detta konstaterade HD att fokus bör riktas på hur beslutet kom till, snarare än beslutets innehåll; om ett beslut fattats efter en för beslutssituationen god metodologisk ordning borde dess innehåll i regel anses godtagbart.¹⁷² Vad som utgör god metodologisk ordning berodde enligt HD på beslutssituationen. Aspekter som vem som fattade beslutet, vad beslutet angick och hur snabbt det behövde fattas var relevanta. HD betonade också betydelsen av att utvärderingen av situationen borde vara skriftlig, t.ex. för att det skulle tvinga fram grundligare överväganden och möjliggöra efterkontroll.¹⁷³

Det faktum att beslutsfattandet inte hade gått till på rätt sätt motiverade enligt HD en presumtion för att ett beslut som hade tillkommit i god ordning också skulle ha lett till ett pliktenligt handlande i form av ett beslut om och ett genomförande av en tillräckligt faretotverkande handling. Så länge presumtionen inte motbevisades, d.v.s. att kommunen visade att det inte fanns någon möjlig och lämplig faretotverkande handling, blev följden av det bristfälliga beslutsfattandet att det ansågs ha varit möjligt att besluta om och genomföra en sådan handling. Mot denna bakgrund fick kommunen, med frångående av

¹⁶⁸ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkterna 46 och 47.

¹⁶⁹ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkterna 48–50.

¹⁷⁰ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkterna 48–51.

¹⁷¹ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkterna 52–54.

¹⁷² HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkt 56.

¹⁷³ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkt 57.

normala beviskrav, lida den bevismässiga nackdelen av att inte ha gjort någon dokumenterad utvärdering av vad som kunde och borde ha gjorts.¹⁷⁴ HD menade att kommunen borde ha gjort en skriftlig utvärdering av M:s situation, både avseende hennes behov, farorna som var knutna till henne och hur farorna hade kunnat motverkas. En sådan utvärdering motiverades av lag¹⁷⁵, av den överhängande faran för skadegörelse och av det svåra övervägande som kommunen stod inför. HD menade att tid för sådan utvärdering hade funnits.¹⁷⁶ HD konstaterade att presumptionen inte hade motbevisats av utredningen i övrigt och att kommunen därför fick lida den bevismässiga nackdelen i målet.¹⁷⁷ HD uttalade att en annan ordning skulle ha inneburit att kommunen fick en fördel av att socialnämnden inte hade utfört en dokumenterad utvärdering av faresituationen.¹⁷⁸ Kravet på orsakssamband ansågs därför avslutningsvis vara uppfyllt.¹⁷⁹

5.3.3 Kommentar

HD:s bedömning av orsaksfrågan i Landskronabranden väckte intresse och domen har kommenterats i doktrin. Schultz menar att HD utvecklade en särskild ansvarsmodell för underlåtenhetsansvaret, genom vilken kärandens bevisbörda blir helt annorlunda jämfört med fall där det skadeståndsgrundande momentet består av en handling. När fråga är om en skadeståndsgrundande handling gäller som utgångspunkt det normala beviskravet ”styrkt” för att bevisa ett orsakssamband. I vissa fall, där orsakssambanden är svårutredda, kan käranden åtnjuta en bevislättning. På motsvarande sätt kan käranden i vissa fall få hjälp av 35 kap. 5 § RB i fråga om att bevisa skadans omfattning. Tidigare har detta ansetts gälla även för underlåtenhetssituationer. I Landskronabranden uttalade HD att den skadelidande, när fråga är om underlåtenhetsfall, ska visa endast vad som var ett möjligt och lämpligt farereducerande handlande. Enligt Schultz klumpar HD därigenom ihop oaktsamhets- och kausalitetsbedömningarna till en sammanhållen normativ prövning. Konsekvensen av detta är enligt Schultz att kausalitet i faktisk mening inte längre behöver bevisas i underlåtenhetsfall. Detta ger käranden ett betydligt enklare utgångsläge ur bevissynpunkt jämfört med de krav som traditionellt antagits gälla. I Schultz mening kan detta ge incitament åt skadelidande att försöka formulera sin talan i termer av underlåtenhet för att åtnjuta den fördelaktiga bevislättningen.¹⁸⁰

Enligt Hellner och Radetzki är HD:s resonemang avseende orsaksfrågan kontroversiella. De ansluter sig till Schultz tolkning att domen till synes innebär

¹⁷⁴ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkt 58.

¹⁷⁵ Se 11 kap. 5 och 8 §§ socialtjänstlagen (2001:453).

¹⁷⁶ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkt 59.

¹⁷⁷ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkt 60.

¹⁷⁸ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkt 61.

¹⁷⁹ HD:s domskäl i NJA 2013 s. 145, punkt 62.

¹⁸⁰ Schultz 2013, s. 1028 ff.

att kausalitet i traditionell mening inte behöver bevisas när den åberopade orsaken utgörs av en underlåtenhet att handla.¹⁸¹ Mot bakgrund av att HD:s uttalanden var mycket allmänt hållna är deras uppfattning att tillämpningsområdet inte på något tydligt sätt begränsas. De menar dock att HD:s resonemang tar sikte på sådana underlåtenhetssituationer där plikten att handla är oprecis i den bemärkelsen att det finns mer än ett sätt på vilket plikten hade kunnat fullgöras. Annorlunda uttryckt handlar det, vilket HD också uttalade i domen, om situationer där det hypotetiska händelseförloppet inte är lätt att identifiera, utan i stället består av alla de handlingar som skulle ha hindrat, eller i tillräcklig utsträckning motverkat, den uppkomna skadan. HD:s resonemang bör därför enligt Hellner och Radetzki inte äga tillämpning på situationer där det är enkelt att identifiera den hypotetiska handling som skadevållaren borde ha utfört. I situationer av det sistnämnda slaget ska därför gängse beviskrav tillämpas avseende orsakssambandet.¹⁸²

Även Heuman har diskuterat NJA 2013 s. 145. Angående att HD uttalade att kausalitetsbedömningen får normativa drag ställer sig Heuman frågan ”hur olika normativa argument ska spela en roll före eller efter det domstolen gjort en sannolikhetsbedömning av den framlagda bevisningen och då en domstol ska avgöra om det lågt uppställda beviskravet är uppfyllt”. Heuman får intrycket att ett normativt argument i kombination med utredningens bevisvärde sammantaget kan leda till att beviskravet är uppfyllt. Han ställer sig frågan hur en normativt grundad uppfattning om att svaranden bort handla på ett visst sätt kan utgöra ett skäl för att det är sannolikt att det föreligger ett orsakssamband mellan underlåtenheten och skadan. Heuman menar att HD:s uttalande innebär ett brott mot grundläggande bevisrättslig systematik och att sammanblandningen av bevisfrågor och normativa resonemang är svårförståelig. På det hela taget ifrågasätter han därför om det går att ge domen eftersträvad prejudikatverkan.¹⁸³

HD:s orsaksanalys i Landskronabranden är värd ytterligare några kommentarer. I målet ser HD nämligen annorlunda på det hypotetiska händelseförloppet jämfört med i Laholms Sparbank. I Landskronabranden är HD tydlig med att det är käranden som måste ange möjliga och lämpliga farereducerande handlingar som kommunen borde ha utfört. På så sätt knyter HD en åberopsbörda till dessa hypotetiska omständigheter. Eftersom åberopsbörda endast gäller för rättsfakta är det svårt att tolka HD:s resonemang på annat vis än att de hypotetiska omständigheter (i form av hypotetiska handlingar) som försäkringsbolagen grundade sin talan på ska betraktas som rättsfakta. Av HD:s resonemang följer i så fall också att domstolen, i enlighet med dispositionsprincipen, är bunden av de hypotetiska handlingar som käranden föreslår. För det fall att domstolen anser att en annan handling, som käranden inte har åberopat, skulle ha varit mer sannolik, får domstolen alltså inte grunda sin dom på denna.

¹⁸¹ Hellner och Radetzki 2018, s. 193.

¹⁸² Hellner och Radetzki 2018, s. 193.

¹⁸³ Heuman 2014, s. 381 ff.

För att förtydliga kan återknytas till problematiseringen i avsnitt 4 ovan. Applicerat på tvist 1 skulle HD:s ställningstagande i Landskronabranden innebära att domstolen är bunden av parternas åberopanden. Domstolen skulle inte få lov att döma över andra (hypotetiska) rättsfakta än de som parterna har åberopat. Omsatt på tvist 2 skulle det innebära att det är käranden som är ansvarig för att åberopa de hypotetiska omständigheterna som konstituerar det hypotetiska händelseförloppet. Domstolen skulle inte vara fri att ställa upp det hypotetiska händelseförloppet på egen hand.

I Landskronabranden ansåg HD, förutom bevislättningen, att det var motiverat att kasta om bevisbördan. Ett beslut i god metodologisk ordning ansågs presumera att det hypotetiska händelseförloppet hade inneburit ett beslut om och verkställighet av ett tillräckligt farereducerande handlande. Innebörden i beslutet spelade enligt HD en underordnad roll. Om den skadelidande i en sådan situation skulle försöka motbevisa presumptionen går det att ställa sig frågan om vad som egentligen ska motbevisas? Bör den skadelidande i en sådan situation rikta in sig på att försöka bevisa att svaranden inte alls fattat beslutet i erforderlig ordning eller snarare på att ange vad som borde ha varit innehållet i beslutet?

5.4 NJA 2014 s. 272 – BDO

5.4.1 Bakgrund

BDO-fallet handlade om revisors skadeståndsskyldighet enligt 29 kap. 1 och 2 §§ ABL mot annan än bolaget på grund av brister i revisionen av en årsredovisning. Bakgrunden till fallet var sådan att det noterade bolaget Daydream Software AB ("Daydream") enligt ett pressmeddelande daterat 28 mars 2006 erbjöd sig att köpa samtliga aktier i det onoterade bolaget 24hPoker.¹⁸⁴ Affären skulle genomföras som en apportemission på så sätt att aktierna i 24hPoker överläts till aktieägarna i 24hPoker, i utbyte mot betalning i form av nyemitterade Daydream-aktier. Samma dag som pressmeddelandet kom ut upprättades ett samgåendeavtal mellan bl.a. Daydream, 24hPoker och nio personer vilka antingen själva eller genom kapitalförsäkringar förfogade över totalt drygt 40 procent av aktierna i 24hPoker.¹⁸⁵ Den 3 maj 2006 offentliggjordes ett prospekt beträffande erbjudandet och den 31 maj 2006 fullföljdes förvärvet, vilket innebar att Daydream förvärvade 24hPoker. Efter transaktionen ägde de tidigare ägarna av 24hPoker cirka 90 procent av aktierna i Daydream.¹⁸⁶ Före detta, redan i maj 2005, hade BDO och B.O. utsetts till revisorer i Daydream. B.O. reviderade Daydreams årsredovisning för räkenskapsåret 2005, samt delar av det prospekt som låg till grund för uppköpserbjudandet

¹⁸⁴ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 2.

¹⁸⁵ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 3.

¹⁸⁶ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkterna 2–4 och tingsrättens dom i NJA 2014 s. 272.

till aktieägarna i 24hPoker. I början av mars 2006 lämnade B.O. en revisionsberättelse respektive ett granskningsutlåtande utan anmärkningar.¹⁸⁷

En tid efter samgåendet märkte Daydreams nya styrelse att bolagets prognos avseende omsättning och resultat för koncernens ursprungliga verksamhet inte skulle hålla. Till följd av detta fattades beslut om att avveckla verksamheten. Under hösten 2006 konstaterades det att redovisningen hade varit behäftad med brister.¹⁸⁸ H.J., en av parterna till samgåendeavtalet, hade en kapitalförsäkring hos Ancoria Insurance Public Ltd ("Ancoria") och efter förvärvet hade H.J. 30 394 000 Daydream-aktier på sitt konto.¹⁸⁹ Efter att samgåendeplanerna offentliggjordes sjönk aktiekursen för Daydream och kursrasen fortsatte efter uppköpet. Under perioden juli till september 2006 samt juli till augusti 2008 sålde H.J. sina Daydream-aktier till ett genomsnittligt pris av 0,66 kr per aktie, vilket resulterade i en sammanlagd försäljningsskilling om drygt 20 miljoner kr.¹⁹⁰

Antilu, ett bolag som ägdes av H.J., övertog H.J:s och Ancorias potentiella skadeståndsfordran och väckte talan mot revisionsbolaget BDO och revisorn B.O.¹⁹¹ Antilu gjorde gällande att B.O. av oaktsamhet hade brutit mot god revisionssed vid den granskning som låg till grund för revisionsberättelsen avseende årsredovisningen för 2005 och revisionsutlåtandet över prospektet den 2 maj 2006. Enligt Antilu ledde den oaktsamma revisionen till en förmögenhetsskada med avseende på den finansiella tillgång som före bytet till Daydream-aktier utgjordes av aktierna i 24hPoker. Antilu yrkade att BDO och B.O. var solidariskt ansvariga att ersätta den uppkomna skadan.¹⁹² Såväl tingsrätten som hovrätten kom till slutsatsen att revisorn var skadeståndsskyldig.¹⁹³

5.4.2 HD:s bedömning

Till skillnad från underrätterna kom HD i sin bedömning främst att fokusera på kausalitetsfrågan.¹⁹⁴ Huvudfrågan blev om den oaktsamma revisionen hade orsakat den uppkomna skadan. HD konstaterade att kausalitet endast kunde föreligga om en riktig revision skulle ha lett till ett annat och förmånligare ekonomiskt utfall. Den aktuella årsredovisningen var felaktig i två avseenden; dels rörande värderingen av en goodwillpost, dels rörande storleken

¹⁸⁷ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 8.

¹⁸⁸ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 6.

¹⁸⁹ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 5.

¹⁹⁰ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 7.

¹⁹¹ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 9.

¹⁹² Tingsrättens dom i NJA 2014 s. 272.

¹⁹³ Tingsrättens och hovrättens dom i NJA 2014 s. 272.

¹⁹⁴ I det följande bortses från HD:s resonemang kring "befogad tillit" (HD:s domskäl, punkterna 19–34). Kravet på "befogad tillit" behandlar frågan om huruvida det varit rimligt att fästa tillit till en viss sorts information vid en viss sorts transaktion. Kravet liknar därför ett adekvanskrav. Se Etéus 2014/15, s. 783 f. samt s. 786 ff. Enligt Rönnheden 2014/15, s. 146 ff. är kravet på "befogad tillit" snarare att hänföra till avgränsningen av den ersättningsberättigade kretsen.

av en potentiell återbetalningsskyldighet.¹⁹⁵ Kausalitetsbedömningen utgick från den hypotetiska frågan om vad som skulle ha hänt om årsredovisningen hade varit korrekt i de avseenden som den varit felaktig.¹⁹⁶ Enligt HD var den skadelidande i princip bevisskyldig för både skadan och kausaliteten. I och med att det rörde sig om ett skadeståndsanspråk mot en revisor på grund av oaktsam revision konstaterade HD att prövningen av orsakssambandet mellan oaktsamheten och skadan med nödvändighet blev hypotetisk. Det var inte fråga om att bedöma huruvida ett visst handlande hade haft en viss effekt, utan i stället vad som skulle ha hänt om något som inte hade gjorts skulle ha gjorts (d.v.s. att årsredovisningen skulle ha granskats i enlighet med god revisionssed). HD såg därför likheter mellan prövningen och den prövning som normalt görs när någon har underlåtit att göra något som han eller hon hade en plikt att göra.¹⁹⁷ Enligt HD ledde detta till bedömningssvårigheter, dels på grund av att det inte är ens teoretiskt möjligt att bevisa hur en person skulle ha handlat under andra förutsättningar, dels på grund av att det kan finnas flera tänkbara händelseförlopp som skulle ha kunnat bli resultatet av ett riktigt agerande av skadevällaren.¹⁹⁸

I anslutning härtill hänvisade HD till Landskronabranden och uttalade följande:¹⁹⁹

”I rättsfallet ”Landskronabranden” NJA 2013 s. 145 uppkom frågan om bevislättnad för den skadelidande rörande skyldigheten att visa underlåtenhet från den handlingspliktige att vidta farereducerande handlingar i en konkret och överhängande faresituation. HD uttalade att frågan huruvida bevislättnad skulle medges – i det fallet beträffande möjliga farereducerande åtgärder – främst berodde på skyddssyftet med den åsidosatta normen, den handlingspliktiges närhet eller anknytning till faran och faresituationen som sådan. Domstolen framhöll också att den hypotetiska frågan om vad som skulle ha hänt vid ett aktivt handlande delvis var av normativ karaktär.”

Efter hänvisningen konstaterade HD dock att den aktuella situationen var annorlunda och uttalade:²⁰⁰

”När det som här gäller en kausalitetsprövning med anledning av en oaktsam revision är situationen annorlunda. Det handlar inte om vilka åtgärder som hade varit möjliga för att hindra en oriktig årsredovisning. Det rör sig om en annan och rent hypotetisk fråga, nämligen vad som skulle ha hänt om revisionen hade utförts i enlighet med god revisionsmed (eller mer precist i detta fall; hur utvecklingen skulle ha blivit om årsredovisningen hade varit riktig i de hänseenden som revisionen har varit oaktsam). Vad som hypotetiskt antas får betydelse i flera hänseenden. Såväl prövningen av om oaktsamheten på

¹⁹⁵ HD:s domskäl, punkt 40.

¹⁹⁶ HD:s domskäl, punkterna 35–39. Att jämföra med det hypotetiska händelseförlopp där årsredovisningen varit oförändrat felaktig, men där revisorn hade anmärkt mot bristerna.

¹⁹⁷ HD:s domskäl, punkt 41.

¹⁹⁸ HD:s domskäl, punkt 42.

¹⁹⁹ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 43.

²⁰⁰ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 44.

ett relevant sätt har inverkat på beslutet, som prövningen av om beslutet har föranlett en skada och hur denna i så fall ska bestämmas vilar således på hypoteser om händelseförloppet, och prövningarna kopplar på det sättet i varandra.”

Enligt HD gjorde det förhållandet att det rörde sig om hypotetiska antaganden att det var ”befogat att fästa mindre vikt vid vad den skadelidande påstår om vad som skulle ha skett om det oaktsamma handlandet inte hade varit för handen”. Den hypotetiska prövningen skulle i stället vara objektiverad och oberoende av den skadelidandes individuella förhållanden, förutsatt att dessa individuella förhållanden inte hade varit synbara för skadegöraren.²⁰¹ HD ansåg att det förelåg ett samband mellan den vårdslösa revisionen och investeringsbeslutet förutsatt att det skulle ”ha varit motiverat att allvarligt överväga ett annat handlande” om informationen i årsredovisningen hade varit korrekt. Det skulle röra sig om en ”typiskt sett beslutsrelevant informationsbrist”.²⁰² Bedömningen av sambandet mellan den vårdslösa revisionen och investeringsbeslutet sade emellertid inget om vilket fortsatt händelseförlopp som skulle antas, förutsatt att ingen oaktsamhet hade förekommit. Det var nödvändigt att fastställa ett sådant händelseförlopp för att kunna bestämma och beräkna skadan. Här uttalade HD att domstolen ”bör ta fasta på vad som typiskt sett skulle ha varit en närliggande och rimlig händelseutveckling”.²⁰³

Angående vad som ”typiskt sett skulle ha varit en närliggande och rimlig händelseutveckling” menade HD att det i vissa fall är givet att alternativet till den genomförda affären är ingen affär alls. I så fall ska ett sådant scenario läggas till grund för skadeberäkningen. I andra fall menade HD dock att det inte kan uteslutas att den hypotetiska händelseutvecklingen skulle ha varit likadan som den faktiska och att det i så fall i princip inte föreligger någon ersättningsgill skada. Om det finns flera händelseförlopp som framstår som närliggande och rimliga ska den mest sannolika utvecklingen väljas. Vilket händelseförlopp som framstår som mest sannolikt kan påverkas av det faktiska skeendet som föregick händelseförloppet samt efterföljande händelser.²⁰⁴

När HD gick vidare till bedömningen i det specifika fallet inledde domstolen med att ställa frågan om huruvida en korrekt årsredovisning hade gjort att det varit motiverat för H.J. att allvarligt överväga ett annat handlande än att acceptera samgåendeavtalet och dess villkor. Först därefter var det relevant att fråga vad som kunde antas om det fortsatta händelseförloppet.²⁰⁵ Bedömningen skulle ske objektivt, men med utgångspunkt i transaktionens syfte och omständigheterna kring denna.²⁰⁶ Sammanfattningsvis kom HD fram till att utredningen²⁰⁷ talade för att intresset för transaktionen hade motiverats av Daydreams börsplats. Verksamheten i Daydream saknade i stort betydelse för

²⁰¹ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 45.

²⁰² HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 46.

²⁰³ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 47.

²⁰⁴ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 48.

²⁰⁵ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 49.

²⁰⁶ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 50.

²⁰⁷ HD verkar ha fäst stor vikt vid ett förhör med P.H., dåvarande VD för 24hPoker och den störste ägaren i bolaget.

investeringsbeslutet. Syftet med samgåendeavtalet konstaterades därför ha varit att børsintroducera 24hPoker.²⁰⁸

HD gick avslutningsvis vidare till att bedöma om en korrekt revision, mot bakgrund av transaktionens syfte, skulle ha gjort det motiverat för H.J. att allvarligt överväga att avstå från samgåendeavtalet. Beträffande den tveksamma värderingen av goodwillposten konstaterade HD att årsredovisningen, oavsett vilket innehåll som den i detta hänseende skulle ha haft vid en aktsam revision, inte skulle ha motiverat ett allvarligt övervägande att avstå från samgåendet.²⁰⁹ Avseende den möjliga återbetalningsskyldigheten, på maximalt 1,2 miljoner, men sannolikt cirka 900 000 kr, kom HD fram till att detsamma gällde. En korrekt redovisad återbetalningsskyldighet hade inte gjort det motiverat att ifrågasätta transaktionen som var i storleksordningen 1,9 miljarder kr.²¹⁰ HD:s slutsats blev därför att det inte fanns något orsakssamband mellan den oaktsamma revisionen och investeringsbeslutet. Därför fanns det inte skäl att ålägga BDO och B.O. skadeståndsansvar på grund av H.J:s tillit till årsredovisningen.²¹¹

5.4.3 Kommentar

Efter HD:s avgörande i Landskronabranden, samt hovrättsdomen i det s.k. Prosolviamålet²¹², förutspåddes BDO-målet få stor betydelse för kausalitetsbedömningen i utomobligatoriska skadeståndsmål.²¹³ Genom sin dom i BDO-fallet ställde HD nämligen upp en ny bedömningsmall för kausalitetsbedömningen i utomobligatoriska skadeståndsmål. Skadestånd förutsatte dels ett samband mellan den oaktsamma revisionen och investeringsbeslutet, dels ett samband mellan den oaktsamma revisionen och den uppkomna skadan. Den skadelidande var bevisskyldig för både kausaliteten och skadan. Beträffande orsakssambandet mellan den vårdslösa revisionen och investeringsbeslutet uttalade HD att kausalitet föreligger om det ”hade varit motiverat att allvarligt överväga ett annat handlande” om beslutet hade fattats utifrån en korrekt årsredovisning.

Enligt Etéus innebär domen att HD förändrade både vad som ska bevisas och beviskravet för detta. I stället för att bevisa att den felaktiga informationen faktiskt orsakade investeringen, ska den skadelidande bevisa att informationen typiskt sett är sådan att korrekt information hade kunnat motiverat att investeringen inte skulle ha företagits. Denna hypotetiska prövning ska göras objektivt och oberoende av den skadelidandes individuella förhållanden, mot

²⁰⁸ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 56.

²⁰⁹ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 57.

²¹⁰ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 59.

²¹¹ HD:s domskäl i NJA 2014 s. 272, punkt 60.

²¹² Hovrätten för västra Sverige dom 15 augusti 2013 i mål nr T 4207-10. Målet gällde, i likhet med BDO-målet, skadeståndsansvar för revisor. För rättsfallskommentar, se t.ex. Svernlöv 2013/14.

²¹³ Schultz 2013.

bakgrund av de bedömningssvårigheter som följer med ett hypotetiskt händelseförlopp. Det var därför befogat att fästa mindre vikt vid den skadelidandes påståenden om vad som skulle ha skett. Avseende beviskravet menar Etéus att den skadelidande inte behöver bevisa att en korrekt årsredovisning skulle ha medfört att investeringen inte hade företagits, utan det räcker med att bevisa att ett annat handlande än att investera hade allvarligt övervägts. HD ger på detta sätt orsaksanalysen värderande inslag, eftersom den ska ske objektivt och oberoende av den skadelidandes individuella förhållanden.²¹⁴

Det faktum att skadelidandes egna uppgifter av vad som skulle ha hänt i det hypotetiska händelseförloppet tillmättes mindre vikt, verkar ha spelat stor roll för målets utgång. Mot bakgrund främst av ett vittnesmål konstaterade HD att syftet med transaktionen var att börsnotera 24hPoker. Det var sannolikt så att dessa uppgifter tillmättes betydelse som bevisfaktum, vilket gjorde att käranden inte lyckades bevisa att korrekt information hade gjort det motiverat att allvarligt överväga ett annat handlande än samgåendet. HD:s resonemang i termer av att käranden inte behöver visa att alternativet till en investering hade varit ingen investering alls, om årsredovisningen hade varit korrekt, kan uppfattas som en bevislättnad. För att kausalitet ska föreligga ställer HD alltså inte krav på att käranden ska bevisa att det hypotetiska händelseförloppet hade inneburit att transaktionen inte hade genomförts. Även i ett hypotetiskt händelseförlopp som skulle ha inneburit att transaktionen hade genomförts kan käranden alltså vara berättigad till skadestånd. Det är värt att notera att HD i detta avseende verkar kategorisera de omständigheter som utgör det av käranden påstådda hypotetiska händelseförloppet (d.v.s. att investeringen inte hade företagits) som rättsfakta, mot bakgrund av att HD knyter en bevisbörd till dessa omständigheter. Genom vittnesuppgifter i målet framkom uppgifter som antagligen var av betydelse för HD:s bevisvärdering, på så sätt att HD konstaterade att kärandens påstående om rättsfakta inte var utrett och därför inte kunde ligga till grund för tillämpningen av den i målet relevanta rättsregeln.²¹⁵

Utöver att den oriktiga revisionen är kausal i förhållande till beslutet att investera aktier, krävs att revisionen har orsakat den uppkomna skadan. Det krävs därför, för att kunna bestämma och beräkna en eventuell skada, att det bestäms ett fortsatt hypotetiskt händelseförlopp för det fall att revisionen hade varit aktsam. I det aktuella fallet behövdes det dock inte göras, eftersom det saknades orsakssamband mellan den oaktsamma revisionen och beslutet att investera. Vid bestämningen av detta fortsatta händelseförlopp bör domstolen ta fasta på vad som typiskt sett skulle ha varit en närliggande och rimlig händelseutveckling. Om flera händelseförlopp är tänkbara, ska den mest sannolika händelseutvecklingen väljas. Detta väcker osökt frågan om HD fritt kan välja ett vilka hypotetiska omständigheter som domen ska grundas på eller

²¹⁴ Etéus 2014/15, s. 784 f.

²¹⁵ En annan tänkbar förklaring är att HD gjorde en normativ analys av den för målet relevanta rättsregeln och kom fram till att den inte gick att tillämpa på den aktuella transaktionen, mot bakgrund av att transaktionens syfte inte var att genomföra en investering, utan att börsintroducera 24hPoker.

om dispositionsprincipens ramar gäller. Frågan är intressant i förhållande till Landskronabranden, där HD tydligt uttalade att det var kändan som var tvungen att åberopa de hypotetiska handlingar som skulle utgöra det hypotetiska händelseförloppet. Dispositionsprincipen gäller som bekant för rättsfakta. För att HD fritt ska kunna välja vilket fortsatt hypotetiskt händelseförlopp som skadan ska beräknas utifrån krävs att det hypotetiska händelseförloppet utgör något annat än rättsfakta och att domstolen inte är bunden av parternas förslag på hypotetiska händelseförlopp i detta hänseende.

Det är tänkbart att ett hypotetiskt händelseförlopp förekommer i en tvist som ett bevisfaktum, genom t.ex. ett vittnesmål. Ett bevisfaktum får inte läggas till grund för bestämningen av skadan. Ett sådant hypotetiskt händelseförlopp borde därför enbart kunna inverka positivt eller negativt på sannolikheten för att det av kändan påstådda hypotetiska händelseförloppet skulle ha inträffat, givet att dessa hypotetiska omständigheter ses som rättsfakta.

HD kan dock ha avsett att öppna för en annan kategorisering av det fortsatta händelseförloppet som skulle ha inträffat för det fall att revisionen hade varit aktsam. HD uttalade nämligen att domstolen vid bedömningen av det fortsatta hypotetiska händelseförloppet ”bör ta fasta på vad som typiskt sett skulle ha varit en närliggande och rimlig händelseutveckling”. Detta skulle kunna uppfattas som att HD vill göra bestämningen av denna del av det hypotetiska händelseförloppet till en rättsfråga, d.v.s. att det hypotetiska händelseförloppets innebörd får bestämmas inom ramen för jura novit curia. Om det är på det sättet som HD:s resonemang bör förstås innebär det att parternas föreslagna händelseförlopp endast får betydelse som rättstillämpningsfakta i form av instruktioner till domstolen hur normen som avgör det hypotetiska händelseförloppet bör förstås. Skulle HD avse en sådan kategorisering väcker den frågor. Inte alla normer ryms nämligen inom ramen för jura novit curia. I vissa fall krävs, för att domstolen ska få tillämpa en norm, att normen har åberopats som ett rättsfaktum. Det gäller för privata normer, såsom handelsbruk, branschnormer och sedvana. Offentliga normer och domstolens fria culpa-bedömning är exempel på normer som ryms inom jura novit curia. Skulle domstolen uppfatta sig som fri att bestämma det hypotetiska händelseförloppet enligt en norm går det att fråga sig dels vilken norm detta i BDO-fallet skulle vara, dels om denna norm, förutsatt att det var fråga om en privaträttslig norm, verkligen hade åberopats i målet.

Här är det relevant att återknyta till tvist 2 i avsnitt 4 ovan. Omsatt på den situationen är det tänkbart att HD:s resonemang i BDO öppnar för att ge domstolen mandat att bestämma det hypotetiska händelseförloppet som en rättsfråga, baserat på en norm. Det skulle i så fall innebära att parternas föreslagna hypotetiska händelseförlopp, i form av hypotetiska omständigheter, endast får betydelse som rättstillämpningsfakta.

Det är vidare inte helt klart vad det innebär att den mest sannolika händelseutvecklingen ska väljas, om flera händelseförlopp är tänkbara. Formuleringen för närmast tankarna till att även ett händelseförlopp som är högst osannolikt,

men ändå mer sannolikt än övriga händelseförlopp, kan ligga till grund för skadebestämningen.

Genom sin dom i BDO-fallet avgränsar HD tydligt tillämpningsområdet för de principer som lanserades angående underlåtenhetsansvar i Landskronabranden. Efter BDO-fallet blir käranden åter bevisskyldig för kausalitet och en underlåtenhet att revidera aktsamt leder inte per automatik till att kausalitet anses föreligga. Bevislättningen som presenterades i Landskronabranden bör alltså inte vara tillämplig på revisionsrättens område.²¹⁶

Avseende frågan om återopsörda står BDO i kontrast i förhållande till Landskronabranden. Det går att finna stöd i BDO för att HD har separerat det hypotetiska händelseförloppet i två delar, där den första delen avser frågan om huruvida investeringen skulle ha skett givet att revisionen hade varit korrekt och den andra delen avser vilken fortsatt händelseutveckling som hade kunnat antas givet att revisionen hade varit korrekt. Hypotetiska omständigheter hänförliga till den första delen verkar HD kategorisera som rättsfakta som käranden är skyldig att återropa och bevisa. Vad avser de hypotetiska omständigheter som är hänförliga till den andra delen framstår situationen som något oklar. HD:s resonemang är öppet för tolkning och det går att finna stöd för att det fortsatta hypotetiska händelseförloppet skulle kunna bestämmas av domstolen som en rättsfråga inom ramen för *jura novit curia*. Det är också tänkbart att HD syftat till att bestämningen av det fortsatta händelseförloppet skulle kunna ske mot bakgrund av en privaträttslig norm som i så fall måste återopas som ett rättsfaktum av den part som bär återopsördan. Det är sammantaget svårt att vara säker på vilken betydelse som HD:s resonemang i BDO-fallet får för kategoriseringen av hypotetiska fakta.

5.5 NJA 2017 s. 9 – Mivitotal

5.5.1 Bakgrund

I NJA 2017 s. 9 tvistade företagen Hela Pharma och Cederroth rörande ett kosttillskott. Hela Pharma var före 2006 ensam leverantör av kosttillskottet i flytande form på den svenska marknaden. Det aktuella tillskottet såldes under varumärket Mivitotal. I början av 2006 lanserade konkurrenten Cederroth ett tillskott som kallades Multi total eller Multitotal (i det följande Multi total, som var det varumärke som registrerades). Mot bakgrund av förväxlingsrisken som fanns mellan Multi total och Mivitotal, förbjöd tingsrätten, på talan av Hela Pharma, den 1 mars 2006 genom ett interimistiskt beslut Cederroth att använda varumärket Multi total. Till följd av detta drog Cederroth tillbaka Multi total från marknaden. Det interimistiska beslutet stod sig i nästan fyra år, innan Svea hovrätt slog fast att det inte var fråga om varumärkesintrång

²¹⁶ Svernlöv 2014.

och upphävde förbudet. Efter att förbudet upphävts krävde Cederroth skadestånd från Hela Pharma för förlorad vinst till följd av det interimistiska förbudet.²¹⁷

Cederroth yrkade skadestånd om sammanlagt 29 954 964 kr. 2 175 612 kr var att hänföra till ersättning för lanserings-, utvecklings- och införsäljningskostnader, kostnader för återtagande av varan, kostnader för destruktion och värdet av det lager som destruerades. Återstoden, 27 779 352 kr, avsåg skadestånd för utebliven vinst i form av planerad, men inte genomförd, försäljning.²¹⁸ Såväl tingsrätten som hovrätten kom fram till att Cederroth hade rätt till skadestånd om 20 000 000 kr.²¹⁹

5.5.2 HD:s bedömning

Den centrala frågan för HD var hur ett skadestånd för utebliven vinst ska beräknas när det har meddelats ett interimistiskt förbud enligt VML och förbudet senare har upphävts med hänvisning till att inget intrång hade skett.²²⁰ HD bröt ner huvudfrågan i ett antal delfrågor. De av HD:s delfrågor som är relevanta för denna uppsats var (1) vilka principer som ska tillämpas vid bestämning av skadans storlek och (2) när och hur 35 kap. 5 § RB eller grunderna för den paragrafen kan tillämpas vid bestämning av skadeståndets storlek.²²¹

HD konstaterade att utgångspunkten när ett skadestånd ska bestämmas är att den skadelidande ska tillerkännas ersättning för all skada som har orsakats av den skadeståndsskyldige parten. För att beräkna skadan menade HD att det ofta finns skäl att utgå ifrån differensprincipen, d.v.s. en jämförelse mellan ett verkligt händelseförlopp (vad som rent faktiskt inträffat efter den skadegörande händelsen) och ett hypotetiskt händelseförlopp (vad som sannolikt skulle ha inträffat om den skadegörande händelsen inte hade inträffat).²²² Bevisskyldigheten för såväl skada som kausalitet hamnade på den skadelidande och beviskravet kunde enligt HD variera från styrkt eller visat till sannolikt eller antagligt.²²³ HD uppmärksammade att prövningen av vilken skada som hade uppkommit i det aktuella fallet blev hypotetisk och att frågan var vad som skulle ha hänt om förbudet inte hade meddelats. Detta medförde bedömningssvårigheter, då det inte ens är teoretiskt möjligt att bevisa hur en komplex utveckling skulle ha varit under andra omständigheter. Det är endast möjligt att bevisa omständigheter som kan ligga till grund för antaganden om den hypotetiska händelseutvecklingen.²²⁴ Mot bakgrund av detta konstaterade HD att det t.ex. inte är möjligt att fastställa hur försäljningen av en vara skulle ha utvecklats om det inte hade meddelats ett interimistiskt förbud att använda

²¹⁷ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkterna 1–8. Det rättsliga stödet för talan går att finna i 3 kap. 22 § tredje stycket UB.

²¹⁸ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkterna 62 och 63.

²¹⁹ Tingsrättens och hovrättens dom i NJA 2017 s. 9.

²²⁰ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 9.

²²¹ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 10.

²²² HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 48.

²²³ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 49.

²²⁴ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 50.

ett visst varumärke. HD frågade sig därefter under vilka förutsättningar som domstolen ändå kunde bestämma den ersättning som skulle utgå som ersättning för utebliven vinst.²²⁵

Här pekade HD på att det ibland kan finnas skäl att lindra det beviskrav som gäller när den skadelidande ställs inför bevissvårigheter med hänsyn till den uteblivna vinstens storlek. I andra fall kunde det enligt HD finnas skäl att tillämpa 35 kap. 5 § första meningen RB, enligt vilken rätten, om det är fråga om en inträffad skada och full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras, får uppskatta skadan till ett skäligt belopp. HD tydliggjorde att bestämmelsen inte är avsedd att innebära att den som yrkar skadestånd befrias från att presentera den utredning som skäligen kan åstadkommas. Det är alltså inte fråga om en ersättningsregel som innebär att domstolen kan uppskatta skadan till ett skäligt belopp om utredningen om den lidna skadan är bristfällig. Regeln ska förstås som en bevislätnadsregel som är tillämplig om full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras.²²⁶ Skyldigheten att bevisa de omständigheter som är avgörande för att domstolen ska kunna göra en skälighetsbedömning faller typiskt sett på den skadelidande parten. Själva skäligheten är dock en fråga för domstolen i form av en rättslig bedömning. Därför menade HD att en bevislätnad avseende skadans storlek endast bör kunna motiveras av svårigheter för den skadelidande att presentera full bevisning som är generella för bevissituationen. Endast om det också för en skadelidande i en motsvarande situation skulle ha varit svårt att prestera full bevisning om skadans storlek blir det aktuellt med en bevislätnad.²²⁷

HD lyfte också upp att det uppstår särskilda problem när en bestämning av skadans storlek är beroende av antaganden i flera hänseenden och avser en komplex framtida utveckling. Avseende utebliven vinst gav HD en rad exempel på vilka utredningar som kan krävas; utredning om det pris den skadelidande skulle ha kunnat sälja varan för, hur detta pris skulle ha utvecklats över tid, vilka inköpskostnader som den skadelidande hade, hur dessa skulle ha utvecklats över tid, vilka volymer som skulle ha kunnat säljas under olika perioder och vilka kostnader som inbesparades genom att den skadelidande inte sålde varan under den relevanta perioden. I sammanhanget uttalade HD att bevisläget kan vara sådant att bristerna i den samlade utredningen inte medger en direkt tillämpning av 35 kap. 5 § första meningen RB, då bevisning hade kunnat föras i vissa avseenden men inte i andra.²²⁸

HD konstaterade att de enskilda momenten i skadeberäkningen bör analyseras separat och att 35 kap. 5 § första meningen RB bör tillämpas för de moment där det framgår att det har funnits svårigheter att föra full bevisning. Det är alltså tänkbart att domstolen tillämpar 35 kap. 5 § RB på vissa (hypotetiska) rättsfakta, men inte på andra. När det handlar om vinstbortfall grundat på flera år radade HD upp ett flertal faktorer av särskild betydelse. Dels handlar det

²²⁵ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 51.

²²⁶ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkterna 52–53.

²²⁷ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 54.

²²⁸ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 55.

om huruvida den skadelidande kunde ha vidtagit någon skadebegränsande åtgärd, dels under vilken tidsperiod som det kan antas att den skadelidande parten skulle ha gått miste om utebliven vinst. En annan faktor som HD fäste betydelse vid var det försäljningspris som den skadelidande hade kunnat få ut på marknaden och den därtill kopplade inköpskostnaden och fraktkostnaden till köparna. Med hjälp av dessa faktorer är det möjligt att bestämma den bruttomarginal som skulle ha kunnat erhållas för varan. Även bruttomarginalutvecklingen över tid är relevant, d.v.s. hur försäljningspris, inköpspris och fraktkostnad skulle ha utvecklats under perioden. Även antaganden eller utredning om försäljningsvolymen och försäljningsutvecklingen bör vägas in i bedömningen.²²⁹

Cederroths yrkande gällande ersättning för utebliven vinst baserades i sin helhet på en prognos för försäljning av Multi total under perioden 2006–2010. Kalkylen hade genomförts av Cederroth.²³⁰ HD uttalade att det, som Hela Pharma invände, fanns ett antal exempel på bevis som Cederroth utan större olägenheter skulle ha kunnat presentera för att bringa ytterligare klarhet i bedömningen av realismen i sin prognos. Som exempel nämndes revisorsintyg avseende den faktiska försäljningen från återförsäljare till slutkonsument under lanseringsperioden. Även en självständig och oberoende expertutredning om en tänkbar försäljningsutveckling baserad på ett redovisat faktaunderlag nämndes som ett exempel.²³¹ HD påpekade också att Cederroth hade kunnat åberopa bevisning i form av exempelvis förhör med de personer som gjorde lanseringsplanen för att skapa en bättre förståelse för de siffror som lagts fram.²³²

Mot bakgrund av bristerna i Cederroths utredning konstaterade HD att försäljningen för år 2006 inte kunde bestämmas, utan fick uppskattas. HD uppskattade försäljningen till en något lägre volym än vad Cederroth hade uppskattat; 30 000 flaskor inom hälsofackhandeln och 50 000 i dagligvaruhandeln (att jämföra med Cederroths prognos som var 55 000 respektive 60 000 flaskor för de båda segmenten).²³³ Beträffande vilken försäljningsutveckling som därefter skulle läggas till grund för bedömningen kom HD fram till att 35 kap. 5 § första meningen RB var tillämplig. För att återknyta till figuren i avsnitt 2.1.5 ovan är det endast möjligt att tillämpa bevislättningen i 35 kap. 5 § RB på skadans storlek. För orsakssambandet är det möjligt att använda de två övriga bevislättningarna, d.v.s. att sänka beviskravet eller att ställa upp en presumtion.

Särskilt betydelsefulla parametrar för bedömningen var enligt HD uppgifterna i lanseringsplanen, vad som hade kommit fram om Mivitotals försäljningsutveckling och Cederroths svårigheter att föra full bevisning om utvecklingen.

²²⁹ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkterna 56–58.

²³⁰ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 64. Kalkylen i sin helhet finns i HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 65.

²³¹ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 74.

²³² HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 85.

²³³ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 88.

Dessa svårigheter hade bland annat att göra med Hela Pharmas processföring²³⁴. HD utgick därför från att Cederroth skulle ha uppnått antagen försäljningstillväxt inom hälsofackhandeln och dagligvaruhandeln.²³⁵

Avseende apoteksmarknaden ansåg HD att Cederroth inte hade presenterat tillräckligt med bevisning för hur de avsåg att komma in på marknaden. Inte heller hade tillräckligt med bevisning förts om vilket underlag som låg till grund för Cederroths försäljningsantaganden. Mot bakgrund härav ansåg HD att det inte fanns skäl att tillämpa 35 kap. 5 § första meningen RB och Cederroth fick därför ingen ersättning för utebliven vinst på apoteksmarknaden.²³⁶ Som slutsats presenterade HD en skadeståndsberäkning som innebar att Cederroths slutgiltiga skadestånd fastställdes till 2 miljoner kr.²³⁷

5.5.3 Kommentar

Det går att göra några anmärkningar med anledning av Mivitotal-målet. För det första är det tydligt i målet att såväl återopsördan som bevisördan för de hypotetiska omständigheter som utgör den hypotetiska händelseutvecklingen faller på Cederroth, d.v.s. kändan. Cederroth måste ange vad som skulle ha hänt i det hypotetiska händelseförloppet samt leda detta i bevis efter bästa förmåga. HD ser det hypotetiska händelseförloppet som bestående av hypotetiska omständigheter, vilka utgör rättsfakta. För varje (hypotetisk) omständighet som Cederroth återopar avseende skadans storlek är det möjligt att tillämpa 35 kap. 5 § RB. 35 kap. 5 § RB kan tillämpas på vissa rättsfakta, samtidigt som bevislättningen inte tillämpas på andra. Avseende bevislättningen hade det varit önskvärt med en klar motivering till varför HD valde att tillämpa 35 kap. 5 § första meningen RB i stället för att tillämpa ett sänkt beviskrav. Domstolen uttalade uttryckligen att båda alternativen var möjliga, men valde att tillämpa 35 kap. 5 § första meningen utan vidare motivering. I sammanhanget kan noteras att frågan om skadans storlek skiljer sig åt från orsaksanalysen i ett betydelsefullt avseende. Skadebestämningen kan nämligen enligt 35 kap. 5 § RB bli föremål för en skälighetsuppskattning, förutsatt att den bevisskyldige parten har fört så mycket bevisning som kan krävas. Orsaksanalysen däremot är att betrakta som en dikotomi, d.v.s. antingen föreligger det ett orsakssamband eller inte. Ett orsakssamband kan inte skälighetsuppskattas.

För det andra är det intressant, med hänsyn till tidigare praxis, att domstolen ställer förhållandevis höga krav på Cederroths bevisning. I NJA 1991 s. 625 ansåg HD exempelvis att kändan inte kunde bli ansvarig för att bevisa sin skada, eftersom skadebestämningen aktualiserade hypotetiska och framtida händelser som låg långt fram i tiden. I NJA 2017 s. 9 ställs i stället till synes,

²³⁴ Hela Pharma vägrade att lämna ut sina försäljningssiffror till Cederroth. Se HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 92.

²³⁵ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 94.

²³⁶ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 99.

²³⁷ HD:s domskäl i NJA 2017 s. 9, punkt 100.

baserat på skillnaden mellan det yrkade beloppet och det utdömda skadeståndet, relativt höga krav på käranden vad avser att presentera bevisning angående det hypotetiska händelseförloppet. Skillnaden mellan fallen är sannolikt att det i NJA 1991 s. 625 över huvud taget inte var möjligt att föra bevisning om utvecklingen i ett hypotetiskt händelseförlopp. Det hypotetiska händelseförloppet var där beroende av t.ex. ändringar i skattelagstiftning, vilket gjorde det i stort sett omöjligt att föra bevisning om den hypotetiska händelseutvecklingen. Den slutliga skadan skulle därför kunna bestämmas först vid ett senare tillfälle. Detta gjorde att HD var tvungen att utgå ifrån utgiften som käranden haft och valde att lösa situationen genom att ställa upp en presumtion. För Cederroth fanns det dock möjlighet att föra bevisning som hade gjort det enklare att bestämma det hypotetiska händelseförloppet, vilket uppmärksammades både av motparten och av HD.

Det är alltså sannolikt så att HD i NJA 2017 s. 9 valde att låta bevislättnadens storlek styras av möjligheterna för Cederroth att frambringa bevisning som hade kunnat ge ledning gällande hur det hypotetiska händelseförloppet skulle ha utvecklats sig.²³⁸ Detta talar för att hypotetiska omständigheter inte alltid medför bevislättnader. Avseende apoteksmarknaden ansågs Cederroths bevisning inte ens vara tillräcklig för en tillämpning av 35 kap. 5 § RB. Även om hypotetiska händelseförlopp vid skadeberäkningen medför bevissvårigheter krävs det alltså att den beviskyldige parten presenterar så mycket bevisning som möjligt för att kunna åtnjuta bevislättningen som 35 kap. 5 § RB innebär.

Här kan återknytas till tvist 3 i avsnitt 4 ovan. Domstolen kan notera att den beviskyldige parten har enklare att föra bevisning om vissa hypotetiska omständigheter som åberopats som grund för skadans storlek. För andra hypotetiska omständigheter kan möjligheterna att föra bevisning vara avsevärt mycket sämre eller till och med obefintliga. Konsekvensen av detta kan bli att domstolen väljer att tillämpa 35 kap. 5 § RB för vissa delar av skadan (vissa hypotetiska rättsfakta), medan parten blir fortsatt skyldig att föra full bevisning om andra delar av skadan (andra hypotetiska rättsfakta). Att en omständighet är hypotetisk verkar följaktligen inte per automatik ge den beviskyldige parten rätt att åtnjuta en bevislättning.

I sammanhanget kan också göras en anmärkning om processtaktik. Det hade varit intressant att se hur domstolen skulle ha tacklat en situation där käranden valt att yrka på ett visst belopp, men samtidigt uttryckligen säga att det beloppet inte utgjorde hela den uppkomna skadan. Hade den typen av processtaktik kunnat få HD att se annorlunda på skadeberäkningen?²³⁹

²³⁸ Det kan noteras att både Hela Pharma (svaranden) och HD gjorde bedömningar av vilken bevisning som hade kunnat förebringas, se Westberg 2018/19, s. 331, fotnot 76. Invändningar från svaranden gällande kärandens möjligheter att föra bevisning kan alltså bli relevanta för frågan om huruvida bevislättningen i 35 kap. 5 § RB ska tillämpas.

²³⁹ Se Hamilton 2017, s. 482 f.

6 Sammanfattning och slutsatser

6.1 Processrättslig kategorisering av hypotetiska fakta

HD:s praxis ger ett spretigt intryck såvitt avser den processrättsliga kategoriseringen av hypotetiska händelseförlopp. I Laholms Sparbank medförde de hypotetiska omständigheter som käranden tillförde sin talan inte att grunden ansågs förändrad. Slutsatsen som kan dras är att HD inte såg dessa hypotetiska omständigheter som rättsfakta. I det specifika fallet var det svårt att se att dessa omständigheter, även om de var hypotetiska, skulle ha utgjort någon annan typ av fakta än rättsfakta.

Under andra förutsättningar är det dock tänkbart att hypotetiska omständigheter utgör annat än rättsfakta. Som exempel kan nämnas situationen där svarenden hävdar att kärandens hypotetiska händelseförlopp inte stämmer och i stället presenterar ett i dennes mening mer sannolikt hypotetiskt händelseförlopp, bestående av hypotetiska omständigheter, som alternativ.

Som del i en sådan invändning bör de hypotetiska omständigheterna uppfattas som bevisfakta, till vilka det inte är knutet någon åberopsbörd eller bevisbörd. Ett sådant händelseförlopp bör då endast inverka på domstolens bedömning av hur sannolikt det är att de av käranden påstådda hypotetiska omständigheterna (rättsfakta) skulle ha inträffat. Även hypotetiska händelseförlopp som kommer in i processen genom vittnesmål eller sakkunnigbevisning bör i motsvarande situation ses som bevisfakta, vilka domaren tar för intäkt vid sin värdering av hur sannolikt det är att det av käranden påstådda hypotetiska händelseförloppet skulle ha inträffat. Det faktum att en sådan invändning består av hypotetiska omständigheter bör alltså inte göra kategoriseringen annorlunda än när invändningen består av inträffade, faktiska omständigheter.

I Landskronabranden var HD desto tydligare med kategoriseringen av den hypotetiska handlingen som kommunen borde ha utfört. Käranden var ansvarig för att ange vilken handling som kommunen skulle ha utfört; käranden fick bära åberopsbördan för dessa hypotetiska handlingar. I Landskronabranden blev HD följaktligen låst till att pröva endast de hypotetiska händelseförlopp som skulle ha blivit en följd av de hypotetiska handlingar som käranden angav. Eftersom föremålet för åberopsbördan endast kan vara ett rättsfaktum verkar det som att HD i Landskronabranden kategoriserade de hypotetiska handlingarna som rättsfakta. Det är svårt att i detta avseende förstå förhållandet mellan HD:s resonemang i Landskronabranden och Laholms Sparbank.

BDO-målet ger möjligen en aningen ambivalent syn på den processrättsliga kategoriseringen av hypotetiska fakta. Det finns stöd för att HD i målet delade upp det hypotetiska händelseförloppet i två delar; en del som gällde huruvida investeringen hade företagits givet att revisionen varit korrekt och en del som gällde den fortsatta (hypotetiska) händelseutvecklingen för det fall att revisionen hade varit korrekt.

För frågan om huruvida investeringen skulle ha företagits givet att revisionen hade varit korrekt verkar HD kategorisera de hypotetiska omständigheterna som rättsfakta som käranden är skyldig att åberopa och bevisa. Beträffande sådana hypotetiska omständigheter som är hänförliga till den andra delen av den hypotetiska händelseutvecklingen, d.v.s. vad som skulle ha inträffat i den fortsatta händelseutvecklingen, slirar HD en aning på den processrättsliga kategoriseringen. Domstolens resonemang öppnar för tolkning och uttalandet om att domstolen vid bestämningen av det hypotetiska händelseförloppet ”bör ta fasta på vad som typiskt sett skulle ha varit en närliggande och rimlig händelseutveckling” antyder att domstolen kategoriserar bestämningen av denna händelseutveckling som en rättsfråga. Det går att fråga sig om HD genom detta uttalande velat styra den processrättsliga kategoriseringen av hypotetiska omständigheter i en riktning som gör att domstolen fritt får lov att välja det hypotetiska händelseförlopp som i domstolens mening är typiskt sett närliggande och rimligt. Förutsatt att domstolen uppfattar bestämningen av det fortsatta hypotetiska händelseförloppet som en rättsfråga, vilken ryms inom ramen för *jura novit curia*, skulle domstolen fritt kunna botanisera bland tänkbara hypotetiska händelseförlopp, oavsett om parterna fört in dessa i processen eller inte. En sådan kategorisering skulle innebära att domstolen inte får låta bevisbördan avgöra osäkerhet om hur det fortsatta hypotetiska händelseförloppet skulle ha blivit; ingen av parterna skulle i så fall kunna bli beviskyldig för denna hypotetiska händelseutveckling. Skulle bestämningen av det hypotetiska händelseförloppet utgöra en rättsfråga innebär det att parternas föreslagna händelseförlopp endast bör tillmätas betydelse som rättstillämpningsfaktum, genom vilka parterna argumenterar för hur HD:s rättsliga bestämning av det hypotetiska händelseförloppet ska gå till.

Om HD:s resonemang ska uppfattas som att bestämningen av det fortsatta hypotetiska händelseförloppet utgör en rättsfråga uppstår det frågor. Inte alla typer av normer ryms nämligen inom ramen för *jura novit curia*. I vissa fall krävs det att parterna (eller rättare sagt den part som bär åberopsbördan) åberopar en norm som ett rättsfaktum, för att domstolen ska få ta hänsyn till den. Detta gäller för privata normer. Offentliga normer och domstolens fria culpa-bedömning är däremot exempel på normer som domstolen får tillämpa fritt, utan åberopande av parterna. Det skulle följaktligen bli skillnad på situationen där domstolen väljer att bestämma det hypotetiska händelseförloppet enligt vad som brukar ske enligt branschens standarder och situationen där domstolen tar hjälp av en författning. HD lämnar tyvärr inga vidare ledtrådar kring sin kategorisering av det hypotetiska händelseförloppet. I detta avseende var det olyckligt att BDO-tvisten inte krävde att HD gick vidare till att bestämma det fortsatta hypotetiska händelseförlopp på vilket en eventuell skadebestämning skulle ha vilat.

I det avslutande Mivitotal-målet, NJA 2017 s. 9, är det käranden som är ansvarig för att åberopa och leda det hypotetiska händelseförloppet i bevis. HD kategoriserar alltså dessa hypotetiska omständigheter, vilka utgör den hypotetiska händelseutvecklingen, som rättsfakta.

Sammantaget ger HD:s praxis inget entydigt svar på hur hypotetiska omständigheter bör förstås och klassificeras i den processrättsliga systematiken. HD lämnar en öppning för att bestämningen av det hypotetiska händelseförloppet kan uppfattas som en rättsfråga. Det hade varit önskvärt om HD tog ett klart grepp om frågan och förklarade hur resonemangen som förts i Laholms Sparbank, Landskronabranden, BDO och Mivitotal förhåller sig till varandra avseende kategoriseringen av hypotetiska omständigheter. Detta är nödvändigt för att parter i skadeståndstvister som aktualiserar hypotetiska händelseförlopp ska kunna lägga upp sin talan och argumentation på bästa möjliga sätt.

6.2 Åberopsbördan för hypotetiska fakta

En part kan endast ha åberopsbördan för ett rättsfaktum. Den processrättsliga kategoriseringen av ett hypotetiskt händelseförlopp blir därför avgörande för om det går att knyta en åberopsbördan till de hypotetiska omständigheter som utgör det hypotetiska händelseförloppet. I Laholms Sparbank blir följderna av HD:s resonemang att det inte skulle vara någon åberopsbördan knuten till de hypotetiska omständigheterna som formerar ett hypotetiskt händelseförlopp. I Landskronabranden är HD däremot av den bestämda uppfattningen att det faller på käranden att ange vilka hypotetiska handlingar som skulle ha utgjort det hypotetiska händelseförloppet. BDO-målet öppnar upp för ett annat synsätt. Om det är så att HD i BDO menar att ett hypotetiskt händelseförlopp kan bestämmas enligt en norm, inom ramen för *jura novit curia*, får det konsekvenser för åberopsbördan. En part är nämligen endast skyldig att åberopa normer av privat karaktär, såsom t.ex. branschnormer, handelsbruk och sedvana, som rättsfakta. Normer av offentlig karaktär, i form av lagar, författningar och rättsprinciper, har domstolen kompetens att tillämpa utan åberopande enligt principen om *jura novit curia*.

Om domstolen ser bestämningen av det hypotetiska händelseförloppet som en rättsfråga är det alltså avgörande för frågan om åberopsbördan, vilken typ av norm som HD använder för att bestämma det hypotetiska händelseförloppet. Givet att bestämningen sker baserat på en lag eller genom domstolens fria culpabedömning får så ske utan att parterna har åberopat dessa normer. Skulle domstolen emellertid bestämma det hypotetiska händelseförloppet i enlighet med vad som brukar vara fallet enligt branschnormer, handelsbruk eller sedvana, krävs att den privaträttsliga normen i fråga har åberopats som ett rättsfaktum. Annars får domstolen enligt dispositionsprincipen inte beakta den privata normen i sitt dömmande.

Sammanfattningsvis är det svårt att dra några entydiga slutsatser angående HD:s syn på om en part måste åberopa hypotetiska omständigheter för att

dessa ska bli föremål för domstolens prövning. HD:s synsätt i Landskronabranden och Mivitotal kan tas till intäkt för att en part måste åberopa en hypotetisk omständighet för att den ska bli föremål för domstolens prövning och att det följaktligen finns en åberopsbörd knuten även till hypotetiska omständigheter. Resonemanget i BDO-fallet samt den processrättsliga kategoriseringen av hypotetiska omständigheter i Laholms Sparbank talar dock emot existensen av en eventuell åberopsbörd. Som en direkt följd av att HD:s praxis inte ger svar på hur hypotetiska omständigheter ska kategoriseras blir också frågan om åberopsbörd för sådana till synes obesvarad.

6.3 Bevisning och bevislättnader för hypotetiska händelseförlopp

Av rättsfallsanalyserna går det att dra slutsatsen att HD väljer olika lösningar på bevissvårigheterna som följer av att ett hypotetiskt händelseförlopp rent faktiskt inte kan bevisas.

I Landskronabranden uppmärksammade HD att det hypotetiska händelseförloppet vid underlåtenhetsansvar inte är lätt att identifiera. Det hypotetiska händelseförloppet utgjordes i målet i stället av alla de handlingar som skulle ha hindrat, eller i alla fall i tillräckligt stor utsträckning motverkat, den uppkomna skadan. Detta motiverade enligt HD en bevislättnad. Den skadelidande blev endast skyldig att ange en möjlig och lämplig faremotverkande åtgärd. Med andra ord ställde HD inte krav på att den föreslagna åtgärden med säkerhet skulle ha motverkat skadan. Det går att uppfatta det som att HD i Landskronabranden inte ställer krav på att den skadelidande ska bevisa kausalitet, vilket får betraktas som en generös bevislättnad. I det aktuella fallet ansåg HD att svårigheterna för käranden att ange möjliga och lämpliga faremotverkande åtgärder hängde ihop med att kommunen inte hade gjort en dokumenterad utredning. Bevisbördan kastades därför om. Det presumerades att en tillräcklig utredning hade lett fram till beslut om och verkställighet av en möjlig och lämplig farereducerande åtgärd.

I BDO-fallet konstaterades också bedömningsvårigheter som hade sin grund i att ett hypotetiskt händelseförlopp inte är möjligt att bevisa. HD konstaterade att situationen skiljde sig från den i Landskronabranden eftersom det inte var fråga om vilka åtgärder som hade varit möjliga för att förhindra en oriktig revision, utan att det i stället rörde den hypotetiska frågan om vad som skulle ha hänt om revisionen hade varit korrekt. HD ansåg att orsakssamband mellan den oriktiga revisionen och beslutet att investera förutsatte att det, vid en riktig revision, hade varit motiverat att allvarligt överväga ett annat handlande än att investera. Den skadelidande behöver alltså bevisa att informationen typiskt sett är sådan att korrekt information hade gjort det motiverat att allvarligt överväga ett annat handlande än att investera. Konsekvensen blir att den skadelidande inte behöver bevisa att transaktionen inte hade genomförts om revisionen hade varit korrekt. I och med att bedömningen ska göras objektivt

och mindre vikt ska fästas vid vad den skadelidande påstår kan tänkas att oberoende bevisning i form av t.ex. sakkunnigyttranden kan spela en betydande roll.

I Mivitotal belyste HD det faktum att prövningen av vilken skada som har uppkommit i det aktuella fallet blev hypotetisk; frågan var vad som skulle ha hänt om förbudet inte hade meddelats. Enligt HD medförde detta bedömningssvårigheter, eftersom det inte ens är teoretiskt möjligt att bevisa hur en komplex utveckling skulle ha varit under andra omständigheter. Det är endast möjligt att bevisa omständigheter som kan ligga till grund för antaganden om den hypotetiska händelseutvecklingen. Detta gjorde att det inte var möjligt att fastställa hur försäljningen av en vara skulle ha utvecklats utan det interimistiska förbudet.

Till följd av att det var fråga om ett hypotetiskt händelseförlopp pekade HD på att det fanns skäl för en bevislättning. I det aktuella fallet menade HD att det var möjligt att använda antingen ett sänkt beviskrav eller tillämpa 35 kap. 5 § RB. HD valde i Mivitotal-fallet att tillämpa 35 kap. 5 §. Regeln ska enligt HD förstås som en bevislätnadsregel som är tillämplig om full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras. Den skadelidande är dock fortfarande skyldig att bevisa de omständigheter som är avgörande för om domstolen ska kunna göra en skälighetsbedömning. Skälighetsbedömningen som sådan är en rättslig bedömning som faller inom domstolens kompetens. Enligt HD aktualiserades bevislättningen endast förutsatt att det var fråga om sådana svårigheter som var generella för bevissituationen; endast om det också för en skadelidande i en motsvarande situation skulle ha varit svårt att prestera full bevisning om skadans storlek blir det aktuellt med en bevislättning. I sammanhanget uttalade HD att bevislägget kan vara sådant att bristerna i den samlade utredningen inte medger en direkt tillämpning av 35 kap. 5 § första meningen RB, då bevisning hade kunnat föras i vissa avseenden men inte i andra.

HD tillämpade 35 kap. 5 § avseende skadeberäkningen för två av tre delmoment i Cederroths skadeståndstalan. Det gällde dagligvaruhandeln och hälsofackhandeln. Där ansågs alltså Cederroth ha presenterat tillräckligt med bevisning för att bevislättningen i 35 kap. 5 § skulle slå in. Avseende apoteksmarknaden blev domstolens slutsats att Cederroth inte kunde åtnjuta bevislättningen, mot bakgrund av att det hade varit möjligt att föra bevisning om grunden för försäljningsantagandena samt hur Cederroth avsåg att bearbeta apoteksmarknaden när monopolet föll. I Mivitotal-fallet gjorde alltså det faktum att det fanns bevisning som Cederroth hade kunnat föra, även beträffande vissa av de hypotetiska omständigheter som anfördes, att 35 kap. 5 § RB inte tillämpades för alla delar av skadan.

Sammanfattningsvis går det inte att se något givet mönster i hur HD väljer att hantera bevisproblematiken som följer med hypotetiska händelseförlopp. Lösningarna i de olika fallen verkar vara anpassade efter den specifika situationen. Det går dock att dra slutsatsen att svårigheterna att bevisa vad som skulle ha hänt i ett hypotetiskt händelseförlopp tenderar till att motivera be-

vislättnader av olika karaktär för den beviskyldige parten. I Landskronabranden valde HD en lösning som innebar att käranden inte behövde bevisa kausalitet, utan endast behövde ange en möjlig och lämplig farereducerande åtgärd. Omständigheterna i fallet ansågs också motivera en omkastad bevisbörda. I BDO-fallet ansågs det räcka att käranden visade att det i det hypotetiska händelseförloppet hade varit motiverat att allvarligt överväga ett annat handlande än att investera. I Mivitotal-fallet tillämpade HD bevislättningen i 35 kap. 5 § RB, vilken endast är tillämplig avseende skadebestämningen. Av Mivitotal-domen följer att en bevislättning kan tillämpas avseende vissa, men inte nödvändigtvis alla, de hypotetiska omständigheter som utgör det hypotetiska händelseförloppet. Att en omständighet är hypotetisk innebär följaktligen ingen garanti för att den beviskyldige parten får en bevislättning.

6.4 Avslutande kommentar

Den processrättsliga kategoriseringen av ett hypotetiskt händelseförlopp avgör huruvida det går att koppla en åberopsbörda till de hypotetiska omständigheterna. I och med att HD:s praxis till synes inte är stringent såvitt avser kategoriseringen av hypotetiska fakta blir det svårt för parter i skadeståndstvister att lägga upp sin talan på bästa sätt. Parterna möter också svårigheter avseende att förutspå vilken betydelse som domstolen kommer att tillmäta respektive hypotetisk omständighet som parterna anför. Det vore därför önskvärt om HD tog ett klart grepp om frågan och gav tydligare direktiv gällande den processrättsliga kategoriseringen av hypotetiska fakta samt hur och varför kategoriseringen verkar kunna skilja sig åt från fall till fall. Detta skulle vara behjälpligt även för frågan om huruvida det finns en åberopsbörda för hypotetiska omständigheter, d.v.s. om en part måste ange hypotetiska omständigheter för att dessa ska bli föremål för domstolens prövning.

Hur HD väljer att kategorisera hypotetiska omständigheter får också betydelse för frågorna om bevisning och eventuella bevislättningar för hypotetiska omständigheter. Detta följer av att reglerna om bevisbörda, beviskrav och bevislättningar endast kan avse rättsfakta. I nuläget verkar dock svårigheterna att bevisa hypotetiska omständigheter kunna motivera olika former av bevislättningar i de fall där de hypotetiska händelseförloppen kategoriseras som rättsfakta. Avslutningsvis är min förhoppning att HD, när möjlighet finns, förtydligar nu gällande praxis. Det skulle underlätta för parter som argumenterar i skadeståndstvister samt borga för en mer förutsebar och sammanhängande rättstillämpning.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1938:44 II.
Prop. 1989/90:89.
SOU 1995:33.

Doktrin

Andersson, Håkan, 'Kausalitet som evigt fräscht – eller evinnerligt eländigt och onödigt – juridiskt problem?', *Juridisk Publikation* Nr 2/2015 s. 335–360. [cit. Andersson 2015]

Bengtsson, Bertil och Strömbäck, Erland, *Skadeståndslagen – En kommentar*, 6 uppl., Stockholm 2018. [cit. Bengtsson och Strömbäck 2018]

Boman, Robert, *Om åberopande och åberopsbörla i dispositiva tvistemål*, Stockholm 1964. [cit. Boman 1964]

Ekelöf, Per Olof m.fl., *Rättegång IV*, 7 uppl., Stockholm 2009. [cit. Ekelöf m.fl. 2009]

Etéus, Pontus, 'Revisorns skadeståndsansvar efter BDO-målet – ordningen återställd?', *Juridisk Tidskrift* 2014/15 Nr 4 s. 780-798. [cit. Etéus 2014/15]

Fitger, Peter, *Rättegångsbalken del 3*, Stockholm oktober 2018. [cit. Fitger 2018]

Hamilton, Michaela, 'Ersättning för verklig skada vid varumärkesintrång', *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd* Nr 5 2017 s. 468-495. [cit. Hamilton 2017]

Hellner, Jan och Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 10 uppl., Stockholm 2018. [cit. Hellner och Radetzki 2018]

Herre, Johnny, *Ersättningar i köprätten*, Stockholm 1996. [cit. Herre 1996]

Heuman, Lars och Westberg, Peter, *Argumentationsformer inom processrätten. En studiebok*, 2 uppl., Stockholm 1995. [cit. Heuman och Westberg 1995]

Heuman, Lars, *Bevisbörla och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005. [cit. Heuman 2005]

Heuman, Lars, 'Sammanblandning av bevisfrågor och rättsfrågor vid underlåtenhetsansvar', *Svensk Juristtidning* 2014 s. 357-386. [cit. Heuman 2014]

Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i: *Juridisk metodlära (red. Nääv, Maria och Zamboni, Mauro)*, 2 uppl., s. 21-46, Lund 2018. [cit. Kleineman 2018]

Lambertz, Göran, 'Kvalitetssäkring av bevisprövning i brottmål', *Svensk Juristtidning* 2009 s. 1-14. [cit. Lambertz 2009]

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 10 uppl., Uppsala 2018. [cit. Lehrberg 2018]

Lindblom, Per Henrik, *Sena uppsatser: om domstolsprocessen, processmaterialet och den alternativa tvistlösningen*, Stockholm 2006. [cit. Lindblom 2006]

Lindell, Bengt, *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 4 uppl., Uppsala 2017. [cit. Lindell 2017]

Lindell, Bengt, 'Det svåra lyftet – bevisbörda och beviskrav på skivstången', *Svensk Juristtidning* 2007 s. 341-366. [cit. Lindell 2007]

Lindskog, Stefan, 'Om att gå över ån – en replik', *Svensk Juristtidning* 2012 s. 587-590. [cit. Lindskog 2012]

Nordh, Roberth, '35:5 rättegångsbalken. En rättsfråga om vad?', *Svensk Juristtidning* 1994 s. 81-93. [cit. Nordh 1994]

Nordh, Roberth, *Bevisrätt A: Allmänna bevisfrågor. Om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, Uppsala 2009. [cit. Nordh 2009]

Nordh, Roberth, *Bevisrätt A: Allmänna bevisfrågor. Om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.*, 2 uppl., Uppsala 2019. [cit. Nordh 2019a]

Nordh, Roberth, *Bevisrätt B: Bevisbörda och beviskrav*, Uppsala 2011. [cit. Nordh 2011b]

Nordh, Roberth, *Bevisrätt B: Bevisbörda och beviskrav*, 2 uppl., Uppsala 2019. [cit. Nordh 2019b]

Nordh, Roberth, 'Om bevisprövning av orsakssamband. En kommentar till Schultz, Kausalitetspraktikan, SvJT 2011 s. 465 ff.', *Svensk Juristtidning* 2011 s. 643-655. [cit. Nordh 2011a]

Pauli, Mikael och Edelstam, Henrik, '”Över ån för att hämta vatten” – en analys av ett HD-avgörande om ändring av talan', *Svensk Juristtidning* 2012 s. 474-487. [cit. Pauli och Edelstam, 2012a]

- Pauli, Mikael och Edelstam, Henrik, ”’Över ån...’ – en duplik”, *Svensk Juristtidning* 2012 s. 760-764. [cit. Pauli och Edelstam, 2012b]
- Radetzki, Marcus, *Skadeståndsberäkning vid sakskada*, 2. uppl., Stockholm 2012. [cit. Radetzki 2012]
- Rönnheden, Andreas, ’Preciserat revisorsansvar: Ersättningsberättigad krets och kausalitetsprövning i flera led’, *Juridisk Tidskrift* 2014/15 Nr 1 s. 142-156. [cit. Rönnheden 2014/15]
- Schultz, Mårten, ’Ersättningsrättens hypotetiska prov’, *Nordisk försäkrings-tidskrift* 1/2008 s. 53-62. [cit. Schultz 2008]
- Schultz, Mårten, *Kausalitet: studier i skadeståndsrättslig argumentation*, Stockholm 2007. [cit. Schultz 2007]
- Schultz, Mårten, ’Kausalitetspraktikan’, *Svensk Juristtidning* 2011 s. 465-493. [cit. Schultz 2011]
- Schultz, Mårten, ’Några frågor i kommersiell skadeståndsrätt’, *Svensk Juristtidning* 2013 s. 1017-1031. [cit. Schultz 2013]
- Svernlöv, Carl, ’A Farewell to Landskrona – BDO-domen återställer ordningen?’, *Tidningen Balans* Nr 3 2014 s. 1-4. [cit. Svernlöv 2014]
- Svernlöv, Carl, ’Prosolvadomen – en djup respekt för det sannolika’, *Juridisk Tidskrift* Nr 3 2013/14 s. 682-695. [cit. Svernlöv 2013/14]
- Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, 2 uppl., Stockholm 2013. [cit. Westberg 2013]
- Westberg, Peter, ’Hemlighetsmakeri i dömandet’, i: Festskrift till Christian Diesen 2014, s. 179-205. [cit. Westberg 2014]
- Westberg, Peter, ’Hopklumpade anspråk i entreprenadvister – Om processföringsupplägget ”global claim”’, *Juridisk Tidskrift* Nr 2 2018/19 s. 305-342. [cit. Westberg 2018/19]

Rättsfallsförteckning

NJA 1974 s. 526.

NJA 1977 s. 186.

NJA 1981 s. 622.

NJA 1982 s. 421.

NJA 1983 s. 606.

NJA 1984 s. 501 I.

NJA 1984 s. 501 II.

NJA 1991 s. 217.

NJA 1991 s. 476.

NJA 1991 s. 481.

NJA 1991 s. 625.

NJA 1992 s. 58.

NJA 1992 s. 113.

NJA 1992 s. 263.

NJA 1992 s. 642.

NJA 1993 s. 764.

NJA 2000 s. 325.

NJA 2002 s. 644.

NJA 2006 s. 53.

NJA 2006 s. 721.

NJA 2011 s. 718.

NJA 2013 s. 145.

NJA 2014 s. 272.

NJA 2017 s. 9.

RH 2003:24.

Hovrätten för västra Sverige dom 15 augusti 2013 i mål nr T 4207-10.