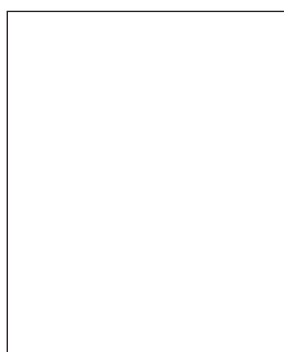


Ultimate risk — några reflexioner

av **Lars Gorton**, professor i handelsrätt vid Lunds universitet
och adj. professor i internationell handelsrätt vid Handelshögskolan i Stockholm



Lars Gorton

Begreppen risk och ansvar förekommer ofta som pendanger: i politiska, filosofiska, ekonomiska och juridiska sammanhang. Beroende på utgångspunkten har de något olika innebörd och medför varierande konsekvenser.

Under några år har nu diskuterats de finansiella problem som den ärevördiga försäkringsinstitutionen Lloyd's of London försatt sig i. Som bekant är ärevördighet inte någon garanti för finansiellt omdöme, eller man kanske snarare bör se det så, att även det finansiella omdömet är konjunkturkänsligt. Det är i Lloyd's fall fråga om ekonomiska svårigheter av den magnituden, att dess överlevnadsmöjlighet kan ifrågasättas, åtminstone i nuvarande form¹.

Adam Raphael, känd engelsk journalist – bl.a. The Observer, The Guardian, The Economist – utkom under 1994 med boken "Ultimate risk. The inside story of the Lloyd's catastrophe". Han skildrar här den händelsekedja som lett fram till eller medverkat till den kris som Lloyd's nu genomgår. Händelseutvecklingen och orsakskedjan är i grunden av rättslig karaktär och hänger bl.a. samman med vem som är primärt ansvarig för de asbestskador och miljöskador, som aktualiserats inte minst i USA, samt omfattningen av detta ansvar. Härtill har ett ökande antal s.k. katastrofskador förekommit, exempelvis i samband med oljeolyckor, jordbävningar, översvämningar m.m., som alla inneburit påfrestningar på återförsäkringsmarknaden. Till detta kommer så frågan om försäkringsgivarens ansvar i sammanhanget samt frågan

om innebörden i och räckvidden av aktuella klausuler i försäkrings- och återförsäkringsavtal samt de relationer som sammanhänger med Lloyd's legala struktur och konsekvenserna därav.

Raphaels bok hör till den i Sverige så sällsynta – men inte obefintliga – kategorin förstklassig ekonomisk journalistik, där en betydelsefull företeelse och en intressant händelseutveckling fått en väldokumenterad, tillförlitlig och välskriven skildring. Med utgångspunkt från asbest- och miljöskador beskriver författaren en speciell men viktig del av den amerikanska skadeståndsrättens utveckling under den senaste 40-årsperioden och dess inverkan på försäkringsrätten, i synnerhet sett i perspektiv av de problem som drabbat Lloyd's. Det är givetvis inte fråga om en juridisk-teknisk analys av ett stort rättsfalls-

material och med en noggrann genomgång av den juridiska strukturen och processen. Raphael beskriver utvecklingen av skadeståndsansvaret och ansvarets omfattning i ljuset av flera speciella amerikanska, rättsliga företeelser, och det är givet att bl.a. produktansvarets utveckling härvid spelar stor roll².

Som enskilda faktorer vid sidan av den materiella rättens utveckling när det gäller skadestånds- och försäkringsrätten har vissa omständigheter spelat en betydelsefull roll: jurysystemet, "class action", "contingency fees", "punitive damages" samt fördelningen av rättegångskostnader (förlorande part ersätter normalt inte vinnande part dennes rättegångskostnader – åtminstone inte mer än delvis)³.

I mycket korta drag kan följande sammanfattande anmärkningar göras:⁴ Den typen av dispyter, som berörs i denna artikel, hänskjuts ofta till bedömning av delstatsdomstolar enligt delstatslag, men de bedöms även av federala domstolar. Detta förklarar delvis den olikhet som kan uppkomma i amerikansk rättspraxis. Dessa olikheter accentueras också av att denna typ av tvister ofta bedöms av jury.

Nedanstående figurer 1 och 2 har framtagits vid Cornell Law School och utvisar, att skillnaden mellan genomsnittliga framställda skadeståndsrättsliga krav och utdömda ersättningar är tämligen stora men att statistiken inte klart utvisar, att möjligheten att få hög ersättning är större vid "jury trial" än vid

Fig 1. Mean demand personal injury tort (pi) categories (all federal court trials 1979-1989)

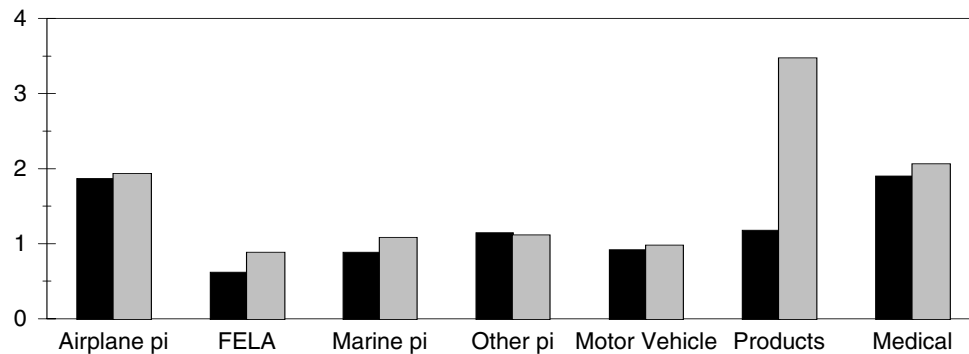
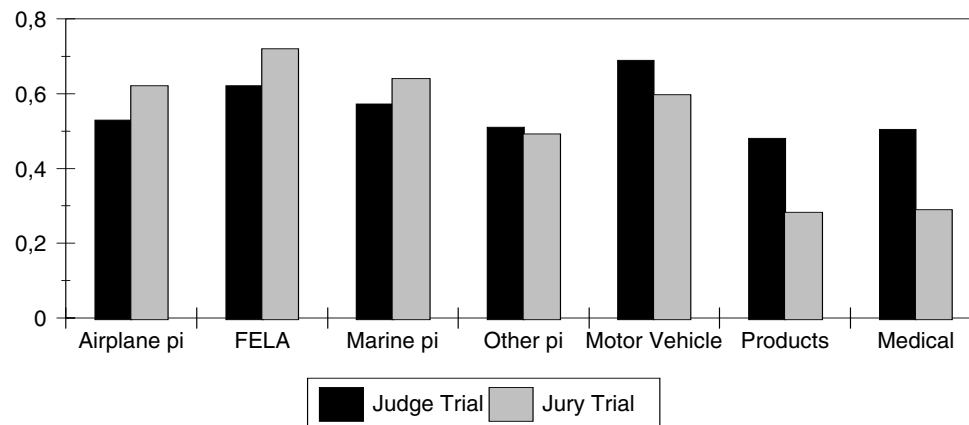


Fig 2. Success rate personal injury (pi) tort categories (all federal court trials 1979-1989)



"judge trial". Statistiken utvisar inte heller entydigt, att utdömd ersättning skulle ha stigit signifikativt efter 1989.

Det finns dock många förklaringar till att sådana likheter och olikheter finns, men här är knappast utrymmet för en sådan diskussion.

Det bör också inrymmas, att någon säker statistik inte framtagits för tiden efter 1991.

Det amerikanska systemet kännetecknas, som nämnts, dels av att förlorande part inte ersätter – åtminstone inte mer än delvis – vinnande parts processkostnader⁵, dels av att amerikanska advokater istället för betalning för arbetsinsats kan få ersättning på "no cure no pay"-basis, där ersättningen kan utgå som en procentuell andel av det utdömda skadeståndet ("contingency fees"). "Class action" utgör en företeelse, där en person som företrädare för en grupp stämmer för egen eller för gruppens räkning⁶. "Punitive damages" slutligen är en speciell common law-företeelse som utvecklats framför allt i USA. Här låter man skadeståndets reparativa funktion kompletteras med en, om man slarvigt får använda uttrycket, "straffande" funktion⁷.

Lloyd's och andra återförsäkringsgivare har härvid drabbats både av det stora antalet skadestandsprocesser och av storleken på de utdömda ersättningarna. Bara ombudskostnaderna är gigantiska⁸. Härutöver har inträffat ett antal ytterst omfattande olyckor och naturkatastrofer. Som en konsekvens av alla dessa ersättningar har även ett antal dispyter uppkommit som har sitt upphov i Lloyd's struktur, där de s.k. "names" (syndikatmedlemmar) framställt olika krav på "underwriters" och "agents" med hänvisning till bristfällig information eller dålig riskhantering.

En praktiskt viktig omständighet att ta hänsyn till i sammanhanget är att det ofta går lång tid innan skadebringande egenskaper hos en vara/tjänst uppdragas eller kan fastställas. Vidare spelar hanteringen av misstanke och gradvis ökande kunskap om olika typer av risker stor roll. Härtill kommer att det

moderna samhället präglas av ett ökande antal risker parat med ett ökat riskmedvetande. Trots att Raphaels bok inte är en juridisk monografi så ger den en beskrivning av aktuella orsakskedjor som även har juridisk relevans, och även ur en mera inskränkt rätts-teknisk synvinkel får läsaren därmed en god bild av samspelet och förhållandet mellan risk, ansvar och försäkring.

Jag skall i anslutning till Raphaels bok belysa några av de frågor som han berör, och som hänger samman med de nämnda spörsmålerna och den rättsliga utvecklingen som har samband härmed.

1. Ansvarsutveckling generell

Det är knappast nydanande att konstatera, att olika slags risker ökat i det industriella och postindustriella samhället, vare sig det gäller mängden risker eller omfattningen av dem. Det är inte mer uppseendeväckande att konstatera, att företagansvaret ökat i omfattning i flera olika avseenden. Ansvarsgrundvalen har i många fall gått från ett rent culpaansvar till ett husbondeansvar (företagaransvar) och därefter till strikt och rentav objektivt ansvar (i den mån en distinktion görs mellan dessa). Gränserna för ansvaret har ökat, beviskraven på orsakssambandet har minskat, adekvanskravet har fått en snävare tillämpning, kategorin ersättningsberättigade har ökat, ersättningsbeloppen har ökat osv. Detta har också givit avtryck i den traditionella juridiska klassificeringen på så sätt att gränsen mellan s.k. kontraktuellt och utomkontraktuellt ansvar tunnats ut.

Vidgningen av ansvarsgrundvalen och ersättningsgrunderna har medfört, att företagen måste kalkylera med större kostnader, som ev. men inte alltid på ett rimligt sätt kan täckas med försäkringar. Utvecklingen har lett till, att försäkringspremierna i en del fall blivit prohibitiva och i andra fall till att det faktiskt inte finns möjlighet att försäkra en risk genom ändring i försäkringsvillkoren.

När det gäller miljöproblem har man inte sällan gått från omedvetenhet om problemen till selektiv ansvarsutvidgning, beroende på vad som för tillfället tilldrar sig mest uppmärksamhet.

I sammanhanget är det viktigt att hålla i minnet de olika utvecklingslinjerna, eftersom de i vissa viktiga avseenden korsar varandra. Det är också just därför Adams bok kan ses som så givande även ur rent facklig juridisk synvinkel.

2. Lloyd's struktur

Lloyd's har som bekant en speciell historia, som går tillbaka till 1600-talet, då handels- och sjöfartsmän kunde sammanträffa i Edward Lloyd's "coffee house" för att diskutera olika affärer⁹. Från detta utvecklades så successivt den sammanslutning som idag till en stor del består av försäkrings- och återförsäkringsverksamhet. Lloyd's är, som bekant, inte ett försäkringsbolag utan en sammanslutning av enskilda personer ("names") som med obegränsat ansvar deltar i olika syndikat som försäkrings- resp. återförsäkringsgivare. Det finns ett stort antal syndikat, även om antalet sjunkit under senare år¹⁰. "The names" (nedan kallade medlemmarna eller "names") deltar i syndikaten med obegränsat ansvar (dvs man svarar med sin privata förmögenhet) men proportionellt i förhållande till sin andel av den tecknade risken. Om en medlem inte förmår betala sin andel av försäkringsersättningen finns en omfattande övergripande fondreserv (the Central fund) som under lång tid byggts upp genom årliga bidrag från namnen. För att kunna bli ett "name" hos Lloyd's krävs en betydande privat förmögenhet, och det förekommer "agents" med något olika arbets- och ansvarsområden, exempelvis "underwriting agents", "managing agents" och "member's agents". Dessa "agenter" har delvis olika funktioner, som kan kombineras hos samma person, men det förekommer också att olika personer har olika agentfunktioner.

Den som vill bli ett "name" och som inte själv är en "underwriting agent" (dvs den som i första hand företräder syndikaten, tecknar försäkringsrisken för syndikaten och tar tillvara syndikatens intressen) måste utse en sådan "underwriting agent" som skall företräda medlemmen jämlikt ett särskilt "underwriting agreement". Dessa agenter kan förekomma och agera i tre olika skepnader:

1. De kan vara agenter för medlemmarna, och därvid lämna medlemmen råd om val av syndikat, placera medlemmen i "rätt" syndikat och lämna behövliga råd av mera allmän karaktär för ändamålet;
2. De kan vara "managing agents", som tecknar ("underwrite") försäkringsavtal på vägnar av dem som är medlemmar i det syndikat som sköts av agenten och som återförsäkrar försäkringsavtal och betalar ut försäkringsersättning;
3. De kan vara "combined agents" som har både uppgiften att vara medlemmarnas agenter och "managing agents" när det gäller de syndikat som de sköter.

I *Arbuthnott*-domen¹¹ beskrevs situationen på följande sätt:

"Until 1990, the practical position was as follows. Each Name entered into one or more underwriting agency agreements with an underwriting agent, which was either a member's agent or a combined agent. Each underwriting agency agreement governed the relationship between the Name and the member's agent, or between the Name and the combined agent in so far as it acted as a member's agent. If however, the Name became a member of a Syndicate which was managed by the combined agent, the agreement also governed the relationship between the Name and the combined agent acting in its capacity of managing agent. In such a case the Name was known as a direct Name. If, however, the Name became a member of a Syndicate which was managed by some other managing agent, the Name's underwriting agent (whether or not it was a combined agent) entered into a sub-agency Agreement under which it appointed the man-

aging agent its sub-agent to act as such in the relation to the Name. In such a case the Name was known as an Indirect Name."

Det finns således flera relationer, dels mellan "the names" inbördes, dels mellan "the names" och "the underwriter" eller "the agent" dels ock mellan "the names" och Lloyd's som organisation. De dispyter som aktualiserats under senare år har haft samband med dessa olika relationer¹².

Lloyd's har länge arbetat under mottot uberrima fides, "utmost good faith", som har ansetts vara kännetecknen på hur i synnerhet återförsäkringsverksamhet skall bedrivas. Till detta begrepp knyts också rättsliga konsekvenser genom de ersättningsregler som kan förekomma¹³.

3. Återförsäkringsprinciper

Det säger sig själv att det inte är möjligt att i några få ord ange principerna för återförsäkring, men vissa begrepp och principer har betydelse i de sammanhang, som berörs i den här artikeln och bör därför omnämnas. För att klargöra vissa samband med det som diskuteras nedan kan det därför vara lämpligt att beröra en del av dessa principer och begrepp.

Först kan konstateras, att den samlade världspremievolymen, när det gäller skadeförsäkring uppgår till cirka 600 miljarder USD. Mer än 2/3 av detta belopp hänför sig till den amerikanska marknaden. Den internationella återförsäkringsmarknaden omsätter i premier omkring 90 miljarder USD årligen¹⁴.

Återförsäkringen är en form av riskfördelning, varigenom en försäkringsgivare försöker fördela sina risker och utjämna affärsresultatet. "Återförsäkring innebär, att en försäkringsgivare ... mot en på förhand överenskommen ersättning (återförsäkringspremie) överför en större eller mindre del av en försäkring eller ett bestånd av försäkringar på en eller flera återförsäkrare (reassuradörer)"¹⁵.

Särskild lagstiftning om återförsäkring saknas sannolikt i de flesta rättsordningar. I

Sverige undantas återförsäkring från Försäkringsavtalslagen och omfattas inte heller av Förslaget till ny försäkringsavtalslag (Ds 1993:39)¹⁶.

Man skiljer mellan fakultativ (frivillig) och obligatorisk återförsäkring. En annan åtskillnad görs mellan proportionell och icke-proportionell återförsäkring. När det gäller proportionell återförsäkring görs åtskillnad mellan kvotåterförsäkring och excedent-återförsäkring, och även den icke-proportionella återförsäkringen har två huvudformer, nämligen skadeexcessåterförsäkring (excess of loss reinsurance) och överskadeåterförsäkring (stop loss reinsurance)¹⁷. Den som fördelar en del av eller hela sin risk genom återförsäkring benämns cedent och är alltså den som ingår avtalet med återförsäkringsgivaren¹⁸. Vid återförsäkring gör cedenten i slutet av varje år en beräkning av oregerade skador och meddelar reassuradören dennes andel av dessa skador, den s.k. skadereserven. Det är mycket viktigt, att en sådan beräkning görs på ett korrekt sätt, särskilt när det rör sig om branscher där inrapporteringen av skador släpar efter. Denna typ av risker, vars konsekvenser blir uppenbara först efter lång tid benämns *long tail business* och förekommer t.ex. i samband med hälso- och miljörisker varvid både asbestrisker och speciella miljörisker utgör exempel. Den omnämnda finansiella påfrestning, som under senare år drabbat Lloyd's beror dels på den amerikanska rättsutvecklingen när det gäller asbest- resp miljöskador, men härutöver spelar de senare årens katastrofskador roll.

Raphael utgår i sin bok huvudsakligen från två frågor som haft avgörande betydelse, nämligen asbestfallen och miljöskadefallen, men han berör också några av de katastrofolyckor som inträffat under senare år.

I anslutning till Raphaels bok vill jag försöka belysa några frågor som har samband med risk, ansvar och försäkring samt vissa konsekvenser i samband med den rättsliga

utvecklingen. Man kan principiellt peka på tre huvudsakliga juridiska frågeställningar, som haft speciell betydelse för den utveckling som här blir särskilt aktuell.

Den första rör mera generellt utvecklingen av produktansvaret i USA, där framför allt några utvecklingsdrag förefaller ha speciell betydelse, nämligen fråga om grunden för ansvar, kausalitetskraven, skadans uppkomst, de ersättningsberättigade, ersättningsberäkningen och ersättningsbeloppens storlek¹⁹. Den andra huvudfrågan rör försäkringsbolagens ansvar enligt försäkringsvillkoren, vad villkoren innefattar och hur villkoren tolkas och tillämpats inte minst av amerikanska domstolar. Det tredje spørsmålet rör i sin tur ansvaret för de försäkringar som meddelats. Det är i det sammanhanget som även den speciella konstruktionen av Lloyd's kommer in i bilden. De frågor som i första hand aktualiserats rör dels huruvida tillräcklig omsorg iakttagits vid riskbedömningen, då försäkringar tecknats, dels huruvida tillräcklig information lämnats till "the names" rörande de aktuella riskerna.

Ytterligare en omständighet som i sammanhanget har viss betydelse är de senaste årens finansiella kris. Den har, inte bara när det gäller kreditförsäkring, medfört förändringar beträffande synen på riskkonsekvenser och riskbedömning.

Det är kombinationen av dessa faktorer som i första hand orsakat debaclet kring Lloyd's tillsammans med den finansiella kris som uppstått i finanssystemet och som haft förödande inverkan inte minst på den svenska kreditförsäkringsmarknaden.

I det här aktuella sammanhanget spelar utvecklingen av kreditförsäkringen en speciell roll, eftersom den riskbedömning som gjorts och de villkor som använts inte varit tillfyllest. De summariska villkor som i en del fall tillämpats vid kreditåterförsäkring liksom i en del andra återförsäkringssammanhang har skapat betydande rättslig osäkerhet när

det gäller innebörden i och omfattningen av de träffade avtalen.

4. Utvecklingen i Amerika

4.1 Allmänt

Inte minst under den senaste 20-årsperioden har den skadeståndsrättsliga utvecklingen i USA skenat. Det är flera faktorer som i det sammanhanget spelat stor roll, men man bör hålla i minnet, att all ansvarsutveckling skett över en tidsperiod, där den risk som förknippas med en viss verksamhet sätts i relation till en viss ansvarsnivå, som bl.a. är kopplad till den för tiden förhärskande riskbedömningen. Ibland har en ny verksamhet redan i initialskedet ansetts vara särskilt riskfylld och därmed förknippad med särskilt strängt ansvar. I andra fall har en verksamhet inledningsvis ansetts vara tämligen riskfri i synnerhet i förhållande till den positiva effekt den antagits medföra. Först i ett senare skede har upptäckts olika negativa verkningar, varvid ansvarsskruven successivt dragits åt. Det finns exempel på båda dessa förlopp (liksom för övrigt på andra).

Asbestskadorna och miljöskadorna tillhör den senare typen. I början av 1900-talet ansågs asbest vara ett material med undergörande egenskaper, vilket lätt med andra material kunde förenas till värmehärdigt industri- och byggmaterial. Några decennier senare började asbestproblemen uppmärksammas i medicinsk fackpress, och efter hand växte kunskapen och fick allt större genomslagskraft. I varje fall under 1950- och 1960-talen hade kunskapen vuxit till förvissning om riskerna, och det var också under 1960-talet som asbestprocesserna inleddes.

I ett försäkringsperspektiv kan man se, att flera Lloyd's-syndikat, som specialiserat sig på den nordamerikanska marknaden för "casualty risks", påtog sig en stor mängd "excess"-försäkringsaffärer avseende bl.a. asbestbolag. Under 1940-1970-talet var

ersättningskraven små och premierna tickade in i ökande omfattning. När så ersättningskraven började framställas var den ekonomiska beredskapen att möta dem begränsad.

Den i sammanhanget kanske mest betydelsefulla enskilda företeelsen, inte minst när det gäller speciella amerikanska rättsliga förhållanden, hänger samman med produktansvarets utveckling under den senaste 20-årsperioden²⁰. Denna har, som nämnts i sin tur samband med olika processrättsliga regler och villkor m.m. Härvid skall man också komma ihåg, att grunden för de krav som kommit att framställas vuxit fram efter hand. I de fall där farhågorna visat sig berättigade har argument och bevis efter hand vuxit i styrka och tillförlitlighet. Kausalitet har i en del fall kunnat visas och därmed har också utvecklats en allt solidare grund för de skadeståndskrav som framställts mot skadevällare och deras försäkringsbolag. Det är inte frågan om en utveckling som skett över en natt och i en del fall skulle sannolikt en större lyhörighet i ett tidigare skede beträffande de uttryckta farhågorna åtminstone i någon mån ha kunnat minska dramatiken i den senare händelseutvecklingen.

4.2 Asbestfallen

Asbestfallen, som kanske är den hittills enskilt största skadeståndskategorin, utgör ett gott exempel på ett av de ovan beskrivna händelseförloppen.

Varningar beträffande asbestriskerna hade förekommit redan under 1930-talet och de ökade under 1940- och 1950-talen. Det var dock först under 1960-talet som de amerikanska domstolarna blev slagfältet för skadeståndsprocesser inom detta område.

Det första fallet²¹ rörde en arbetare vid namn Borel, vars änka stämde 11 asbesttillverkande företag på sammanlagt ca 1.000.000 USD. Borel hade avgivit ett vittnesmål, innan han dog, och av detta framgick, att säkerhets- och skyddsåtgärder på bygg-

arbetsplatsen mer eller mindre helt åsidosatts vid hanteringen av asbest. Förlikning nåddes med de flesta asbesttillverkare till en mycket måttlig nivå, men ett företag, Fibreboard Paper, tillbakavisade kravet och ville inte ingå förlikning. Försvaret hävdade, att tillverkaren inte kunde ha känt till att dess produkter var potentiellt farliga i samband med isoleringsarbeten förrän efter 1964, då en vetenskaplig studie publicerades av Dr. Selikoff. Juryn i rättegången godtog inte detta "state of the art"-argument, och käranden tillerkändes skadestånd med 79.000 USD. Domen överklagades, men femte Circuit Court of Appeals, Louisiana fastställde den.

Ett av de följande centrala fallen var *Moran v. John Manville Sales Corp*²², där domstolen fick anledning att i grunden bedöma hur asbestriskerna hanterats. Resultatet blev förödande, eftersom företaget överhuvudtaget inte vidtagit några säkerhetsåtgärder och dessutom hemlighållit information till de anställda. Moran, som var anställd i företaget, hade fått lungcancer och dött, och till Morans änka utdömdes skadestånd om 500.000 jämte 350.000 USD i "punitive damages". Domen ändrades inte i Court of Appeals (6 CCA). Fr.o.m. denna dom blev det allt vanligare att "punitive damages" dömdes ut vid asbestskador.

Antalet ersättningskrav mot just John-Manville-koncernen ökade dramatiskt under det kommande året, och i juni utdömdes den dittills högsta skadeståndsersättningen på 2,3 milj. USD, varav 1,5 milj. i "punitive damages" till en arbetare som höll på att dö i lungcancer efter att ha arbetat 40 år i Tennessee Valley Authority (TVA). Antalet krav mot John-Manville uppgick till 16.000, och i augusti 1982 ansökte företaget om skydd enligt Chapter 11-förfarandet, en konsekvens som även drabbat andra i näringen, antingen det gäller producenter eller användare²³.

I utomkontraktuella skadestånds-/produktansvarsfall har efter hand utvecklats ett antal

principer, som i olika hänseenden vidgat möjligheten att utdöma skadestånd, och dessa principer har även tillämpats i samband med asbestskador²⁴.

I *Brisboy v. Fibreboard Corp*²⁵, användes sålunda principen om "comparative fault". Situationen var den, att en arbetare, som arbetade med asbestprodukter och samtidigt var vanerökare fick lungcancer och avled. Domstolen utdömde under omständigheterna skadestånd. *Sindell v. Abbott Laboratories*²⁶ illustrerar de problem som uppkommer, när en individuell tillverkare av en produkt, inte kan identifieras. Ersättning på grund av strikt ansvar har utdömts av en hel grupp av tillverkare för en defekt produkt enligt teorier om "enterprise and industry-wide liability".

En annan mycket viktig omständighet är ökningen av antalet "class actions". Som exempel kan nämnas *Jenkins v. Raymark Industries, Inc*²⁷, med cirka 5.000 käranden och *In Re School Asbestos Litigation*²⁸, med cirka 140.000 käranden.

4.3 Miljöfallen

Under de senaste årtiondena har såväl lagstiftning som rättstillämpning i ökande omfattning kommit att fokuseras på miljöfrågor, både när det gäller reglering och ansvar. Som en konsekvens har ansvarsreglerna successivt skärpts: i en del fall i riktning mot objektivet ansvar utan ansvarsbegränsning, vidgning av kretsen av ersättningsberättigade, reducering av de beviskrav som ställs på skadelidande osv.

I detta fall – liksom i så många andra – kan frågan ställas: vem skall till syvende og sidst bära ansvaret, d v s ytterst kostnaderna, antingen det rör sig om förebyggande eller reparativa kostnader? Är det producenten, konsumenten eller samhället? Eller skall en fördelning göras? Det är uppenbart, att i ett längre perspektiv det ofta till sist blir konsumenten/skattebetalaren, som får bära den slutliga kostnaden, även om någon "agent" i varje

fall under en period får stå för åtminstone en del av fiolerna²⁹.

Ofta har stora påtagliga händelser lett till en offentlig uppmärksamhet, som framtvingat viss politisk aktivitet, exempelvis Torrey Canyon och Exxon Valdez, regler som när det gäller tanksjöfart lett till strängare ansvarsregler, och i det senare fallet till en komplicerad, långtgående och i detaljerna svårtillämpad Oil Pollution Act (OPA 1990). OPA 1990 kännetecknas av såväl administrativ reglering som stränga ansvarsregler³⁰. En viktig del utgörs av en administrativ reglering, där US Coast Guard har fått en nyckelroll vid utformning av specifika krav på hur rederierna skall ordna sin organisation, när det gäller "oil pollution" (Oil Spill Contingency Plans osv). OPA ger också uttryck för principen "polluter pays the price". Vid sidan av den federala OPA finns delstatliga, ibland mycket långtgående regler.

För att få en viss relief till de långtgående OPA-reglerna bör man vara medveten om de stränga regler som införts beträffande landbaserad verksamhet.

Utvecklingen präglas i rättspraxis åtminstone i vissa delstater av en gradvis strängare rättstillämpning, och 1980 infördes en federal mycket sträng lagstiftning, Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA 1980).

Enligt CERCLA krävs, att förorenade områden skall rengöras till vilket pris som helst. Lagstiftningen är retroaktiv på så sätt, att bolag som medverkat till föroreningen är solidariskt (jointly and severally) ersättningskyldiga oberoende av hur stor andel de har i föroreningen³¹. Ansvaret är strikt, – "polluted sites to be cleaned up irrespective of costs".

Ett av de första områden, som i det här sammanhanget uppmärksammades var Rocky Mountain Arsenal (utanför Denver, Colorado), där Shell tillverkat olika slags insektsmedel. Den inställning som Shell och andra företag visade i förhållande till miljöfrågorna kom

med tiden att leda till oanade ersättningskrav. Rocky Mountain Arsenal kom att betecknas som "the most polluted site on earth" (ett uttalande som i efterhand kanske trots allt förefaller något överdrivet). 1980 infördes så CERCLA, som då framstod som den dittills mest långtgående miljölagstiftning som införts.

Shell hade inte tagit särskilt mycket hänsyn till de varningar som framförts beträffande föreningarna i Rocky Mountain Arsenal, och efter många försök till uppskov m.m. beordrade US Environmental Protection Agency i oktober 1983 Shell att rengöra Rocky Mountain Arsenal. Dagen därefter inledde Shell domstolsförhandlingar i San Mateo Superior Court i California mot 220 försäkringsbolag och 400 Lloyd's-syndikat, som hade fungerat som ansvarsförsäkringsgivare. Målet rörde rengöringskostnader som uppskattades till 2 miljarder USD)). Under rättegången blev det klarlagt, att Shell överhuvudtaget inte vidtagit några åtgärder för att förebygga föreningarna.

I sammanhanget kan också nämnas den av National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA) nyligen föreslagna regeln om "national resource damage assessments" (NRDA). Den föreslagna regeln innehåller betydande ändringar i förhållande till nuvarande bestämmelser. Den föreslagna regeln gör åtskillnad mellan "primary restoration" och "compensatory restoration". Den förra innebär ett fysiskt återställande av skadade naturresurser (t.ex. vegetation), medan den senare bygger på en ersättning för vad som förlorats eller skadats, exempelvis genom anläggande av ett alternativt rekreationsområde. Den senare principen ger de federala och statliga myndigheterna ett stort mått av fritt skön.

4.4 Försäkringsrättsliga aspekter

Som en följd av alla domar där ersättning utdömdes i asbest- och miljöärenden kom

försäkringsbolag och återförsäkringsbolag att översköljas av krav på försäkringsersättning under tillämpliga försäkringspolicer.

Innan asbest- och miljöproblemen kom att tas på allvar sänktes i och för sig försäkringsklausuler som var klara och entydiga, men även i ett senare skede, när försäkringsavtalsklausulerna fått en mera precis utformning, kan förmärkas en extensiv tolkning av amerikanska domstolar, vilken inte haft någon motsvarighet i exempelvis engelsk rätt. Den successiva skärpningen i klausulutformningen kan ses som ett exempel på hur avtalsskrivaren försöker skydda sig mot följderna av domstollämplighet. En kortfattad överblick över utvecklingen när det gäller försäkringsvillkor och "pollution" visar att flera frågor aktualiseras när det gäller tolkning och tillämpning i de olika amerikanska delstaterna.

Utan att göra någon speciell juridisk analys konstaterar *Raphael*: "Lloyd's was vulnerable, both because of the amount of risks it had underwritten and because of the loose, all embracing wording of its general liability policies"³².

Försäkringspolicerna hade inte skrivits så, att de särskilt täckte asbestskador eller miljöskador, men de innefattade förluster till följd av "bodily injury" och "property damage". Det är alltså en mycket vidsträckt skrivning, och minst lika viktigt i det här perspektivet var, att försäkringspolicerna skrivits "on an occurrence basis" som täckte "exposure to conditions that give rise to bodily injury during the whole period of the policy". Denna skrivning kom av amerikanska domstolar att tolkas så, att krav kunde framställas när som helst i framtiden för händelser eller exponering som inträffat i ett långt tidigare skede. Härigenom gavs utrymme för personer som skulle kunna hävda, att alla tidigare poliser som skrivits under den långa tid då asbestskadorna utvecklades innebar täckning under försäkringen. Försäkringspolicerna hade också utformats utan sammanlagda limiter,

vilket innebar, att ett oändligt antal individuella krav kunde framställas under försäkringspolisens giltighetstid. Dessa missstag kom att kosta försäkringsmarknaden oerhörda belopp.

Händelseförloppet kan ses i olika faser där den första inträffade före 1966³³. Under denna tid meddelades standard "comprehensive general liability (CGL)"- försäkring med "accident-based" täckning, när det gällde "bodily injury" och "property damage" "caused by accident". Under den följande fasen mellan 1966 och 1973 tillämpades istället "occurrence-based" täckning, där "occurrence" definieras som

"an accident, including continuous or repeated exposure to conditions, which results in bodily injury or property damage neither expected nor intended from the standpoint of the insured."

Denna klausul mötte krav på täckning som efter hand sträckte sig allt längre och med tiden inte ansågs förutsätta "suddenness" utan kom att omfatta gradvisa händelser under förutsättning att förlusten/skadan inte var väntad eller avsedd. Men i detta skede hade miljöproblem blivit en politisk fråga: någon måste betala, och domstolarna tenderade att ta mindre hänsyn till vad som faktiskt framgick av försäkringsklausulerna.

Från 1973 följde så en ny fas, och under denna period undantog försäkringsvillkoren inte bara medveten utan även gradvis miljöförstöring. Härvid infördes en "qualified pollution exclusion clause" innefattande en generell ansvarstäckning varvid dock undantogs miljöförstöring med mindre denna var "sudden and accidental".

Fas 3 i denna amerikanska rättsutveckling möttes i engelsk försäkringspraxis hos exempelvis Lloyd's med en klausul, att försäkring:

"does not cover liability for: (1) Personal Injury or Bodily Injury or loss or damage to, or loss of use of property directly or indirectly

caused by seepage, pollution or contamination (until it) is caused by a sudden, unintended and unexpected happening"

I ett senare skede rekommenderade Association of British Insurers (ABI) en viss skärpning där ett undantag gjordes för "all liability in respect of Pollution or Contamination other than caused by a sudden identifiable unintended and unexpected incident"

Amerikanska domstolar tog inte någon hänsyn till utan lämnade ofta utan avseende de klausulformuleringar som utvecklades under fas 3.

Under den följande perioden, fas 4, har försäkringsbranschen sökt sig fram en annan väg, nämligen genom att helt undanta ansvar för förorening, s.k. "absolute pollution exclusion". I England undantar nu en Lloyd's-klausul täckning för

"(1) Personal Injury or Bodily Injury or loss of, damage to or loss of use of property directly or indirectly caused by seepage, pollution or contamination. (2) The cost of removing, nullifying, or clearing-up seeping, polluting or contaminating substances. (3) Fines or penalties, punitive or exemplary damages."

I USA är situationen den, att samtliga typer av försäkringsklausuler förekommer i pågående processer. Den sista varianten ("absolute pollution exclusion") förefaller vara vattentät, men det återstår ännu att se hur den kommer att tolkas och tillämpas.

Flera begrepp och uttryck i de nämnda försäkringsklausulerna har varit föremål för domstolsprövning. Det gäller eventuellt uttryck som "liability", "damages", "bodily injury", "damage", "unexpected and unintended", "sudden and accidental". Andra viktiga förhållanden är tidpunkten för skadan. Skadan måste ha ägt rum under försäkringsperioden. Om ett försäkringsavtal gäller medan "fabriken är farlig" men upphör innan något utsläpp inträffar så täcks i princip inte en sådan händelse, åtminstone inte i engelsk rätt.

I amerikansk rätt är läget mer osäkert, och

i synnerhet när det gäller personskador har amerikanska domstolar, som nämnts, haft en tendens att utvidga försäkringsbolagens ansvar.

En av de centrala frågeställningarna gällde innebörden av "occurrence". Inom försäkringsbranschen ställde sig en majoritet bakom en doktrin som kom att kallas "the manifestation theory", enligt vilken försäkringstäckningen inskränkte sig till den tid då sjukdomen först diagnosticerades. Däremot ställde sig asbesttillverkarna och vissa direktförsäkrare bakom "the exposure theory", som innebar, att all den skadeökning som orsakades av asbest täcktes av alla försäkringspolicier som var i kraft under den period, då den skadelidande var exponerad för skadan. Denna senare skulle kunna medföra, att risker som hänförde sig decennier tillbaka i tiden och för vilka ingen dokumentation fanns kvar täcktes av en försäkring trots att kanske endast en mindre engångspremie erlagts.

Det första betydelsefulla fall med avseende på detta spörsmål kom i *Insurance Company of North America (INA) v. Forty-Eight Insulation, Inc*³⁴. Här förklarade INA, att man inte avsåg att täcka en mindre asbesttillverkare, Forty-Eight Insulations, för varje krav som hade "manifestaterats" efter det att försäkringspolisen utlöpt. Fallet gick till Court of Appeals, sedan distriktsdomstolen på basis av "exposure"-teorin dömt till försäkringsbolagets nackdel. I Court of Appeals kom majoriteten (2-1), trots varningarna om den verkan en sådan dom skulle få, fram till, att "insurance policies must be strictly construed in favour of the injured and to promote coverage". Här kan domstolen ha påverkats av det förhållandet, att Forty-Eight's försäkringspolis under 1970-talet kommit att innehålla så höga "excess points" (självrisker) att ifall "the manifestation theory" följts så skulle Forty-Eight i de allra flesta praktiska fall varit oförsäkrat. Detta skulle ha inneburit, att Forty-Eight gått i konkurs och de skadelidande

därmed inte skulle ha fått ut någon ersättning, och domstolen tillämpade därför "deep pocket"-teorin, en av de amerikanska domstolsmetoder som medverkat till den amerikanska processbenägenheten. När det gällde argumentet, att en dom baserad på "exposure"-teorin skulle leda till en "avalanche of litigation" konstaterade domstolen kallsinnigt, att "The cause of the plague is an insurance industry which adopted a standard policy which is inadequate to deal with the problems of asbestosis". Till detta kan man konstatera, att det sannolikt förhöll sig på det viset och att detta berodde på, att riskerna inte var förutsedda och inte heller rimligt förutsebara under det tidigare skedet, varför man i polisen inte infört någon speciell bestämmelse i frågan, utan en sådan anpassning av villkoren skedde först senare, när det fanns en rimlig möjlighet att förutse riskerna. Och då var det enligt domstolens synsätt för sent.

Härefter följde ett antal domar i andra delstater. De gick i något olika riktningar, men följde huvudsakligen alla det spåret att maximal försäkringstäckning utdömdes. I *Eagle-Picher Industries v. Liberty Mutual Insurance Co.*³⁵ använde sig exempelvis domstolen av "manifestation"-argumentet, såvitt man kan se, därför att asbesttillverkarna hade tillräckligt försäkringsskydd endast under den period, då sjukdomen blivit uppenbar.

Ytterligare en skärpning kom emellertid genom ett utslag i Court of Appeals för District of Columbia³⁶. Här tog domstolen ytterligare ett steg i riktning mot att bredda underlaget för försäkringspolisernas täckningsområden när det gäller asbestskador. Ett stort antal skadeståndskrav hade riktats mot Keene Corporation, som i sin tur stämde INA och andra försäkringsbolag med krav att de skulle betala ut försäkringsersättning enligt sina försäkringspolicier. Domstolen ställde sig bakom både "exposure-" och "manifestation"-argumenten, men tog ytterligare ett steg genom att använda vad som blev känt som

den s.k. "triple trigger"-teorin. Denna innebär, att det fanns försäkringsansvar under alla perioder då det fanns försäkringstäckning, från den första inandningen av de skadliga asbestfibrerna till dess att sjukdomen bröt ut först många år senare. Försäkringsbolagen försökte få prövningstillstånd i Supreme Court, med argumentet att det vore oskäligt att en ett-års försäkringspolis på så sätt skulle kunna ge täckning för decenniernas skador. Domstolen vägrade dock att ta upp fallet, trots varningen att asbest-fallen "presented the most costly product liability claims ever to confront American industry".

Det skulle dock komma ytterligare en utvecklingsfas, som i och för sig inte började med asbestskadorna. Den tidigare normala bevisbördeplaceringen, som inneburit, att en skadelidande skulle visa, att han skadats av en viss produkt, ändrades av Supreme Court i California i *Sindell v. Abbott Laboratories*³⁷ på så sätt, att domstolen godtog, att kärandena tilläts plädera för att de skadats av en medicin som visade sig vara cancerogen, även om de inte kunde visa, vilken producent som faktiskt tillverkat den. Begreppet "market share"-ansvar fick omedelbar betydelse, när det gällde asbestfallen, inte minst för återförsäkringsgivare som Lloyd's. Kort tid efter denna dom införde kärandens advokat i en pågående rättegång som berörde 42 asbestisolerare den utvidgningen av grunderna, att även "market share liability"-argumentet skulle tillämpas mot 15 asbesttillverkare. De försäkringsbolag som uppträdde på svarandesidan tvangs godta en uppgörelse på en nivå av ca 1,5 milj. USD.

Följande sammanfattning kan göras av de olika doktrinerna:

1. "Exposure"

Vissa domstolar har kommit fram till att den skada för vilken den försäkrade är ansvarig inträffar redan i och med att den skadelidande utsätts för den faktor eller händelse som leder till skadan. I många fall inträffar exponeringen relativt tidigt i en händelsekedja (hä-

rav uttrycket "long tail business"), och det har varit nästan omöjligt att förutse skadan i det tidiga skedet. Försäkringsvillkoren var ofta inte heller särskilt adekvata och premierna var dessutom ofta låga³⁸

2. "Injury in fact"

Teorin om "injury in fact" tar hänsyn till tidpunkten mellan "exposure" och "manifestation", dvs. perioden mellan exponeringen och manifesteringen³⁹

3. "Manifestation"

Enligt denna uppfattning finns ingen skada förrän skadan verkligen manifesterats⁴⁰.

4. "Triple trigger"

Enligt "triple trigger" eller "multiple trigger" teorin utsträcks det solidariska ansvaret för försäkringsgivare att gälla så att varje försäkringsgivare bär ett ansvar, när den försäkringspolis var i kraft (i) vid tidpunkten för den ursprungliga exponeringen, eller (ii) under en fortsatt exponering eller (iii) vid tidpunkten för manifesteringen⁴¹.

6. Problemen för Lloyd's

6.1 Allmänt

Den ovan berörda utvecklingen har medfört särskilda problem för Lloyd's på grund av organisationens struktur, dels genom de betydande ersättningskrav som kommit att riktas mot Lloyd's dels genom förhållandet mellan Lloyd's som organisation och dess relation till "namnen"⁴². Det bör emellertid också inskjutas, att denna senare fråga egentligen inte är försäkringsrättslig utan ett spørsmål av allmän avtalsrättslig natur, även om de i Lloyd's-fallet fått speciell inriktning.

I common law har i anslutning till vad som i nordisk rätt närmast skulle hänföras till rådgivaransvar⁴³ (som inte är ett enhetligt begrepp med enhetlig reglering) ett ansvar som har både kontraktuell och utomkontraktuell prägel, och där "negligence" spelar varierande roll. I denna utveckling har

också doktrinerna om "fiduciary duty" och "uberrima fides" stor betydelse⁴⁴.

Detta är den bakgrund mot vilken frågorna kring relationen mellan Lloyd's som organisation och "namnen" skall ses. Som bekant har även engelsk rätt accepterat ett visst informationsansvar fr.o.m. det kända *Hedley Byrne-fallet*⁴⁵. Det bör understrykas, att denna samordning/konkurrens mellan kontraktuella resp. utomkontraktuella skyldigheter och det ansvar som knyts härtill har både praktisk och teoretisk betydelse.

När det gäller den mer specifika relationen mellan Lloyd's och "namnen" har jag valt ett par fall från 1994, som belyser dels frågan om de skyldigheter som åvilar "underwriters" dels frågan om konkurrerande grunder (utom eller inom kontrakt).

Även om ett Lloyd's-namn i och för sig accepterar obegränsat ansvar för förluster förväntar han att den aktiva "underwriter" som agerar för hans räkning använder "due skill and care" (ung. tillbörlig omsorg) vid värderingen av de risker han accepterar för namnen. Härtill kommer frågan huruvida doktrinen "uberrima fides" i sammanhanget kan bli tillämplig.

Under en period har som nämnts flera namn försökt kräva ersättning av Lloyd's, och några av dessa fall kommer säkerligen att få stor betydelse när det gäller utmejslingen av inriktningen på och omfattningen av det ansvar, som ev bör läggas på den "underwriter" som är inblandad (vårdslöshetsansvar eller strikt ansvar, betydelse av avtal, sedvana osv).

6.2 Gooda Walker-domen

I *Deeny and others v. Gooda Walker Ltd and others*⁴⁶ krävde kändena ersättning med 630 milj. GBP och menade, att svarandena vårdslöst underlätit att följa vissa etablerade försäkringsprinciper vilket lett till, att kändena utsatts för "excessive risk"-exponering under 1988-1990. En betydande del av denna exponering hänförde sig till "excess of loss

insurance", som framför allt var ett resultat av fem katastrofer (Piper Alpha, Exxon Valdes, Hurricane Hugo, Phillips Petroleum och Windstrom Daria 90 A).

Svarandena genmälde, att Lloyd's-namnen medvetet accepterat obegränsat ansvar, att "underwriting" var en erkänd riskbransch, att "excess of loss"-försäkring innebar ett större mått av risk- och vinstmöjligheter, och att genom att gå med i Gooda Walker-syndikatet kändena utsatte sig för risk för betydande förluster samt att kändenas förlust var en konsekvens av de många exceptionella och oförutsägbara katastroferna och inte alls berodde på dålig bedömning, vårdslöshet eller bristande kompetens i samband med tecknandet av försäkring.

Mr Justice Phillips ansåg, att Lloyd's-namnen i och för sig frivilligt accepterar obegränsat ansvar då man går in i ett syndikat, men att detta inte innebär, att "namnet" därigenom utgår från eller accepterar att "underwritern" med vett och vilja utsätter honom för risken att ett sådant ansvar utlöses. Tvärtom bör "namnet" rimligen kunna förvänta sig, att "the underwriter exercised due skill and care" för att förebygga eller förhindra förlust. Det finns starka skäl för en underwriter att se till att hans "namn" får kontinuerlig och vederhäftig information om de risker de är utsatta för och omfattningen av dem. Vidare bör "namnen" ha möjlighet att strukturera sin "underwriting" på ett sådant sätt att hänsyn tas till individuell riskbenägenhet och individuella finansiella förhållanden.

Det är en fundamental princip i "excess of loss underwriting", att "underwritern" skall formulera och följa en plan, när det gäller den exponering hans syndikat utsätts för. En sådan plan bör normalt innefatta en begränsning av syndikatets bruttoexponering så att nettoexponeringsnivån kan hållas.

Alla professionella rådgivare som engagerar sig som specialister förväntas driva verksamheten på en sådan kompetens- och

aktsamhetsnivå som motsvarar specialkunskaperna. Framgångsrik "excess of loss underwriting" kräver ett mått av engagemang som skiljer sig från konventionell direkt försäkring och kräver en betydande kunskap.

Svarandens syn, när det gäller "excess of loss underwriting" bygger på en aktsamhetsstandard som hör hemma inom andra områden och där kanske räcker, nämligen att man förlitar sig på tidigare erfarenhet vid riskbedömningen. Tidigare erfarenhet måste behandlas med speciell uppmärksamhet och försiktighet vid katastrofförsäkring och "excess of loss", eftersom storleken och risktypen av katastrofer inte följer ett speciellt mönster. Tolkningen av "excess of loss"-försäkringen på Londonmarknaden under 1980-talet innebar speciella problem i förhållande till riskbedömning, exponering resp. "rating", och därigenom krävdes särskild bedömning. Vissa "underwriters" gjorde sådana överväganden men så var inte fallet med Gooda Walker-"underwriters".

Den exponering, som "namnen" utsattes för i fallet kunde inte anses vara "negligent per se". Det som gjorde, att "underwriters were at fault" var att riskexponeringen var oavsiktlig, oplanerad och oberättigad, om någon rimlig riskanalys tillämpades. Den andra riskbedömningen hade med andra ord inte gjorts på ett professionellt sätt. Även om "namnen" varit medvetna om exponeringen så skulle denna kunskap i många fall inte ha kunnat medföra något hållbart försvar för svarandens ståndpunkt.

Kärandenas skadeståndskrav kunde dock inte omfatta alla förluster, utan endast sådana som var en följd av oskicklighet vid "excess of loss"-affärerna.

De berörda katastroferna var inte oförutsebara, och inte heller fann domstolen, att en medveten riskkalkyl gjorts. Kärandena ansågs därför berättigade till ersättning som skulle sätta dem i samma ställning som om "underwriting" gjorts på ett kompetent sätt

och att de skulle ersättas till samma nivå som om exponeringen skyddats genom återförsäkring.

En del av kärandena hade tagit ut "stop loss policies", varigenom de helt eller delvis skulle ha skyddats för de förluster som de nu krävde ersättning för. Enligt domstolen var det en etablerad princip, att om försäkring uttagits mot risken för skada, så skulle pengar som betalades ut under en sådan polis, inte påverka den ersättning som skulle utgå för den skada eller förlust som orsakats. "Stop loss"-ersättningen skulle därför inte ha någon betydelse, när det gällde bestämningen av ersättning till kärandena för den lidna skadan och minskade inte heller skadeståndets storlek. Genom att skydda sig med en sådan försäkring hade man därmed inte avstått från att göra gällande motpartens vårdslöshet.

6.3 Inom/utom kontrakt

Det finns nu några avgöranden i House of Lords, vars konsekvens är, att den som åtar sig att utföra yrkesmässig (eller kvasi-yrkesmässig) tjänst för en uppdragsgivare, som förlitar sig på att tjänsten utförs på ett professionellt sätt, har en skyldighet att utföra tjänsten med rimlig skicklighet och omsorg. Man behöver inte upprätta en klar skiljelinje mellan utom- och inom-kontraktuella relationer, med mindre kontraktet innehåller ett klart och specifikt utformat åtagande, vare sig det är snävare eller vidare.

Den kärande som har alternativa remedier inom resp utom kontrakt kan välja det för honom mest fördelaktiga med mindre kontraktet uttryckligen exkluderar honom från detta.

House of Lords utvecklade i *Arbuthnot v. Feltrim*⁴⁷ det resonemang som förekommit i Hedley Burns-avgörandet och utvidgade det där förda resonemanget så att en utom-kontraktuell skyldighet att sköta sitt uppdrag skulle kunna uppstå, inte bara där den berörda tjänsten gjordes utan ersättning utan också

där den gjordes i enlighet med ett avtal.

I den här aktuella processen hade Lloyd's-namnen möjlighet att vända sig mot "underwriting-agenterna" antingen under avtalet eller baserat på utomkontraktuella regler eftersom kontrakten inte uteslöt detta. Den praktiska implikationen av avgörandet hänger samman med tidsperspektivet. Ett krav baserat på kontraktsbrott måste ställas inom 6 år efter kontraktsbrottet. Även när det gäller krav utom kontrakt gäller en 6-års preskriptionsfrist men den börjar inte löpa förrän skadan uppkommit. Förlängning kan ske genom Latent Damages Act 1986, ifall inte skadan upptäcks förrän senare ("subject to a 15 years stop"). House of Lords tillät i det aktuella fallet "namnen", att "pursue the action" avseende förlusten, som hänförde sig till vissa miljö- och asbestfall i USA, trots att förlusterna uppkommit mer än sex år tidigare.

Hithörande fråga kommer att bli föremål för prövning i många olika konstellationer. I en nyligen avkunnad dom från High Court i London⁴⁸ ansåg domstolen att en s.k. "pay now, sue later"-klausul är giltig. Denna innebär, att "names" har skyldighet att betala till Lloyd's då krav framförs, även om de senare kan ha rätt att kräva ersättning av Lloyd's. Domen kommer sannolikt att överklagas.

7. Avslutande synpunkter

Adams bok illustrerar juridikens roll som en betydelsefull parameter i samhällsutvecklingen. Den visar på samspelet mellan ekonomi, politik och juridik, men också på hur förhållanden och utvecklingen i ett land kan få betydelse i ett annat.

I åtskilliga sammanhang har pekats på de fundamentala skillnaderna mellan utvecklingen i amerikansk rätt och exempelvis svensk när det gäller ansvar och ersättningsskyldighet framför allt när det gäller personskador. I Sverige har de allmänna (sociala) försäkringarna (vid sidan av de privata försäkringar som

en skadelidande kan ha) absorberat större delen av ev skadeståndsansvar (varvid de ersättningsbelopp som utkrävs av skadevållaren genomgående varit ganska låga)⁴⁹. Dessutom har skadeståndsrätten utformats så, att regressrätt mot skadevållande tonats ned på ett oacceptabelt sätt (om man nu har någon tilltro till allmänpreventionen resp. till principen att den skall bära kostnaden som orsakat den). I USA har å andra sidan inte minst vid personskador bristande socialförsäkringar och det rättsliga systemet medverkat till att ersätningarna i enskilda fall vuxit till absurda höjder, varav dock en betydande del försvinner i transaktionskostnader (läs advokatarvoden).

I Sverige skedde under 1970-talet vid sidan av ständig och sedvanlig expansion av det skatterättsliga området en omfattande expansion av lagstiftningsarbetet framför allt inom marknadsrätten, arbetsrätten, konsumenträtten och miljörätten. Till viss del har en liknande utveckling skett inom andra västeuropeiska länder, men omfattningen och inriktningen av reglerna har varierat. Det är givet, att denna utveckling så att säga inte bara var en rättslig utveckling i snävt juridisk teknisk mening utan också en konsekvens av politiska krav, där den politiska ambitionen kom att styra mer än den vetenskapliga analysen⁵⁰. Det har funnits en tendens att kombinera egen skaparglädje när det gäller nya regler med införande av regler baserade på utländska förlagor.

I sammanhanget kan man då notera förslaget till lag om ansvarsgenombrott (SOU 1987:59), som i väsentlig grad inspirerats från USA utan att egentligen hänsyn togs till de olika rättsliga omgivningar som förelåg. Förslaget kom emellertid att läggas åt sidan, åtminstone för tillfället. En betydelsefull utvecklingsfaktor kommer naturligtvis också den europeiska rättsutvecklingen att spela för svenska förhållanden. I det sammanhanget får vi också leva med inte alltid särskilt väl genomtänkta eller på grund av kompromisser

söndertänkta regler.

I anslutning till Adams bok kan det finnas anledning att något se på de rättsområden som indirekt berörs och jämföra med utvecklingen i svensk rätt. I vissa delar är utvecklingen i svensk rätt avsevärt annorlunda än den amerikanska. Detta gäller exempelvis de sociala skyddsreglerna. Den juridiska tekniken när det gäller den allmänna utomkontraktuella skadeståndsrätten, har i och för sig utvecklats från en culpaparegel med visst husbondeansvar till generellt betydligt strängare regler. Där spelar skadeståndslagens kanaliseringsregler en roll liksom det generella husbondeansvaret. I speciallagstiftning finns åtskilliga regler med längre gående, ofta strikt ansvar, men fortfarande har man ofta bibehållit regler om bevisning och kausalitet resp adekvat kausalitet (eller liknande). Skadestånd för allmän förmögenhetsskada kan enligt skadeståndslagen endast utkrävas vid brottslig gärning, men på den punkten kan man successivt komma att tillämpa kvasikontraktuella konstruktioner för att nå fram till en viss utvidgning av skadeståndsansvaret.

Vi har konstaterat, att vissa faktorer i amerikansk rätt fått förödande effekt när det gäller Lloyd's situation. "Contingency fee"-systemet (även om det enligt uppgift även kan förekomma i Sverige), "punitive damages" och "class action" finns inte här. Samtidigt kan dock konstateras, att ett förslag lagts till lag om grupprättegång (SOU 1994:151, för övrigt på sina håll starkt kritiserat), att ersättningsbeloppen gradvis har ökat generellt och att utrymmet för ersättning för ideell skada vidgats samt att man i vissa lagstiftningar infört regler om ersättning utöver vad som traditionellt varit vanligt, se exempelvis (vid sidan av arbetsrätten) Konkurrenslagen, MFL, Patentlagen, Växtförädlingslagen och lagen om företagshemligheter där ramarna för det traditionella skadeståndsansvaret vidgats något. I bästa fall leder en sådan utveckling till att de skadelidande får den rimliga ersättning

de är berättigade till och att denna betalas av skadevållaren. Därvid bör man också komma ihåg, att regressrätten även bland rättskonomer av allmänpreventiva skäl anses vara av betydelse. Risken är, som *Kleineman* pekat på⁵¹, att en ökad processbenägenhet inte nödvändigtvis leder till bättre resursallokering utan snarare till högre transaktionskostnader.

Hänvisningar

¹ Helt nyligen har dessa problem åter aktualiserats i samband med presentationen av den senaste årsredovisningen för Lloyd's. Allt tyder på, att de finansiella problem som blev akuta redan för några år sedan fortfarande är olösta och kanske rent av har förvärrats.

För övrigt kan det väl i sammanhanget noteras som en ödets nyck, att de slags ekonomiska institutioner som mest gör anspråk på att kunna bedöma och hantera risker (dvs banker och försäkringsbolag) är de som kanske drabbats värst i samband med 1980-talets finansiella utsvävningar.

² För en översikt över produktansvarets utveckling och dess relation till försäkringsmarknaden, se exempelvis *Epstein*, Products liability as an insurance market. *Journal of Legal Studies*, vol XIV (Dec 1985) s 645 ff.

³ Processbenägenheten i landet har nyligen också föranlett diskussioner i den amerikanska kongressen beträffande åtgärder som bör vidtas för att antalet skadeståndsprocesser skall minskas och att utdömd ersättning skall bringas ner till en rimligare nivå framför allt med avseende på punitive damages, jfr *The National Law Journal* 13 mars resp 22 maj 1995, jfr artikel 29 maj s A7

⁴ Se bl.a. Fleming, *The American Tort Process*, Oxford 1988.

⁵ Förhållandet illustreras i svensk rätt i NJA 1972 s 1.

⁶ Som bekant har ett svenskt förslag lagts till lag om grupptalan, SOU 1994:151, som bl.a. diskuterats i *Dagens Industri* den 1 juni och

den 12 juni.

⁷ *Washington*, lämnar i "Damages in the law of torts" 47 L.Q.Rev. 345 (1931) en översikt bl.a. över institutet "punitive damages". "Punitive damages" går tillbaka till det engelska rättsfallet från 1763, *Wilkes v. Wood* 95 Eng. Rep. 766, där sådan ersättning utdömdes vid "malice, gross fraud" osv.

I ett amerikanskt rättsfall *Stuart v. Western Union Tel.Co.*, 66 Tex.580 (1885), utvecklades motsvarande teori. Det fanns straffande drag, men i *Fay v. Parker*, 53 N.J. 342 (1873) ansåg domstolen på s 355, att trots uttrycket "punitive" det var fråga om kompensation till käranden snarare än straff för svaranden.

I engelsk rätt har domstolarna varit betydligt mer restriktiva när det gäller "punitive damages". I *Rookes v. Barnard* 1 All E.R. 367 (1964) gjorde House of Lords en distinktion mellan "punitive" och "aggravated damages".

⁸ Se diskussion hos *Raphael* s 117 ff.

⁹ Se bl.a. *Gustafsson*, Återförsäkring i skadeförsäkring (utg. av IFU), Stockholm 1993, s 104 ff., *Gibb*, Lloyd's of London. A study in individualism, London 1957 1 ff och beskrivningen i House of Lords-avgörandet den 25 juli 1994 *Arbutnott (and others) (respondents) v. Fagan and Feltrim Underwriting Agencies Limited (and others) (Appellants) and two other actions - two actions and conjoined appeals*. För en belysning av problem som kan förekomma i återförsäkrings-sammanhang se exempelvis *Re NRG Victory Reinsurance Ltd* [1995] 1 All E.R. 533.

¹⁰ Från över 400 till ner mot ca 200.

¹¹ Jfr ovan not 7.

¹² Dessa frågor kommer att beröras nedan i avsnitt 6.

¹³ Beträffande *uberrima fides* och de rättsliga konsekvenserna se bl.a. *Cranston*, Banks, liability and risk. London 1990, bl.a. s 4.

¹⁴ Se exempelvis *Gustafsson*, s 103 ff.

¹⁵ *Idem* s 9.

¹⁶ Jfr. *Gustafsson*, s 10 ff och *Hellner*, Försäk-

ringsrätt, Lund 1959, s 4.

¹⁷ *Gustafsson*, Återförsäkring, s 40 ff.

¹⁸ Vid fordringsövergång används beteckningen cedent på överlåtarens av fordringen, se t.ex. *Tiberg*, Skuldebrev, växel och check, 7 uppl s 34 ff. Beträffande cession jfr *Rodhe*, Obligationsrätt, Lund 1956, s 134 ff och 739 ff.

¹⁹ Man kan för övrigt i sammanhanget också erinra om de krav mot tobaksbolagen som nu börjar framföras i USA.

En ytterligare faktor som kan uppmärksammas i sammanhanget är det s.k. Chapter 11-förfarandet som ett alternativ till konkursförfarandet enligt Chapter 7. Chapter 11 innebär schematiskt, att verksamheten i ett företag under en period fortsätts under särskild förvaltning på borgenärernas "bekostnad" i ett försök att rädda verksamheten.

²⁰ I svensk rätt har denna utveckling belysts inte minst av *Dufva*, Flera skadeståndsskyldiga, Stockholm 1993, fr.o.m. s 1045 ff.

²¹ *Borel v. Fibreboard Paper Products Corp*, 493 F 2d.1076 (5 CCA). Jfr bl.a. *Lee & Lindahl*, Modern tort law. Liability and litigation, 1993 bl.a. §§ 27, 39.

²² Se bl.a. *Lee & Lindahl* § 21, 24 ff.

²³ *Raphael*, s 108. Jfr *Fleming*, s 250 ff.

²⁴ Ett problem utgörs av kausalitetsfrågor. I *Money v. Manville Corp. Asbestos Disease Compensation Trust Fund* 596 A.2d. 1372 (Del.Sup. 1991) var frågan uppe till bedömning om vilka krav som skulle ställas när det gällde bevisning om orsakssambandet och "proximate cause".

²⁵ 418 NW 2d. 650 (1988).

²⁶ 26. Cal 3d. 588 (1980).

²⁷ 782 F.2d. 469 (5 CCA 1986)

²⁸ 789 F.2d. 996 (3 CCA 1986)

²⁹ Här finns en skillnad mellan det amerikanska och det "europeiska" synsättet, därigenom att man i USA i mindre grad lägger det reella ansvaret eller en del därav på staten.

I stället är tendensen, att ansvaret läggs på den som orsakat skadan. Problemet är dock, att ett långtgående ansvar kan innebära, att man inte i tid vidtar åtgärder utan istället fortsätter verksamheten. Så sker exempelvis när vissa uttjänta oljeraffinaderier bibehålls i drift istället för att läggas ner, eftersom rengöringskostnaderna ofta är större än den förlust som uppstår då man fortsätter att driva verksamheten.

³⁰ Se t.ex. *Wetterstein*, Environmental impairment liability in admiralty. A note on compensable damage under US law. 1992.

³¹ Detta har bl.a. fått till konsekvens, att företagsöverlåtelseavtal numera innehåller ytterligt komplicerade och långtgående friskrivningsklausuler, varigenom köparen så långt det är möjligt skall befrias från allt ansvar från möjliga ersättningsanspråk som hänför sig till miljöföreningar.

³² *Raphael* s 112.

³³ Se bl.a. *Clarke*, Liability insurance on pollution damage: Market meltdown or grist to the mill. JBL 1994 s 545 ff.

³⁴ 633 F.2d. 1212 (6 CCA 1980 cert. den. 454 US 1109).

³⁵ 682 F 2d. 12 (1 CCA 1982).

³⁶ *Keene Corporation v. I.N.A.* 667 F2d. (1981).

³⁷ 26 Cal. 3D. 588 (1980) diskuterat hos *Dufwa* para. 2900 ff och 4827.

³⁸ Jfr. *Insurance Co. of North America v. Forty-Eight Insulations Inc.* 633 F 2d. 1212 (6 CCA 1980) cert. den 454 US 1109. Se även *Kahn*, (1993) Tulane Law Rev. 195.

³⁹ Se bl.a. *Dow Chemical Co. v. Associated Indemnity Corp.* 724 F.Supp. 474.

⁴⁰ Se t.ex. *Eagle-Picher Industries Inc. v. Liberty Mutual Ins. Co.* 682 F 2d. 12 (1 CCA 1982).

⁴¹ Jfr. *Dow Chemical* i not 39. Se också *Keene Corp v. I.N.A.* 667 F 2d. (1981).

⁴² I och för sig har de stora ersättningskraven inneburit motsvarande påfrestningar för and-

ra återförsäkrare, men Lloyd's problem har speciell karaktär.

⁴³ *Kleineman* har behandlat frågan bl.a. i *Ren förmögenhetsskada*. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, Stockholm 1987, s 509 ff. och även berört den i *Lender liability* - ett skadeståndsrättsligt perspektiv på 1990-talets finansiella kris. 1992/93 JT.

⁴⁴ "Fiduciary duty" innebär ett särskilt ansvar i relationer som bygger på förtroende, se bl.a. *Ellinger*, *Modern banking law* s 84 ff. "Apart from ... general duties of care, special circumstances may constitute the bank as fiduciary. The bank is then subject to additional duties of care and also to a full duty of disclosure. These obligations go far beyond the bank's general duty ... As fiduciary, the bank ... may be obligated to acquaint the customer with extraneous circumstances relevant to specific business transactions"

Som nämnts ovan i not 13 innebär uberrima fides "the most abundant good faith". "A phrase used to express the perfect good faiths, concealing nothing, with which a contract must be made". Jfr *Black's Law Dictionary*.

⁴⁵ *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners* [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.).

⁴⁶ Q.B.D. - Commercial Court - judgement 4 okt 1994.

⁴⁷ *Times Law Reports* 26 juli 1994.

⁴⁸ Se *Financial Times*, 25 okt. 1995.

⁴⁹ Jfr *Hellner*, Tort liability and social insurance in Sweden. Aktuelle problemen van verzekeringrecht. Colloquium Gent 24-28 juli 1972.

⁵⁰ Detta är i och för sig varken ovanligt eller särskilt märkligt, eftersom lagstiftaren ofta har ett önskemål dels att styra ett beteende, dels att skapa en praktisk lösning. Problemet är att önskemålet att styra oftast inte beaktar de effekter som den valda lösningen kan ha på beteendeförändringarna eller vice versa.

⁵¹ Om skadestånd och ökad processbenägenhet. 1994/95 JT s 856.