

Direkt eller indirekt förlust?

Av jur. kand. MIRIAM ISTNER-BYMAN¹

I kommersiella sammanhang tillämpas ofta standardavtal istället för köplagens (1990:931) (KöpL) dispositiva bestämmelser. Det är vanligt att begreppen "direkt" och "indirekt" skada förekommer i standardavtalen utan att begreppen definieras. När en klagörande definition saknas i ett standardavtal är det vanligt att svar söks i KöpL. Det framgår dock inte heller helt klart av 67 § KöpL vad som ska räknas som direkt respektive indirekt förlust. Det finns ett stort praktiskt behov av att avtalsparter har tydliga och generella kriterier och principer att förhålla sig till i fall det uppstår olika former av kvalificerings- och konverteringsproblem. I artikeln argumenterar författaren för att parternas handlingssätt ofta har en avgörande betydelse för om den uppkomna förlusten ska vara att anse som direkt eller indirekt. Författaren anger kriterier som kan fungera vägledande vid kvalificeringen av en förlust som direkt eller indirekt och visar även på olika sätt att konvertera en förlust.

1. Inledning

Ett avtal sluts för att klargöra vilka rättigheter och skyldigheter som tillkommer avtalsparterna och vilka följderna blir om avtalet inte hålls. Till följd av att den ena avtalsparten begår ett avtalsbrott kan hans medkontrahent lida olika slags förluster. Frågan som då aktualiseras är vilka slags förluster som den skadevällande parten är skyldig att ersätta. I sådana situationer uppstår ofta en intressekonflikt mellan avtalsparterna. Den skadelidande parten vill kvalificera den uppkomna förlusten som direkt och ifall förlusten är indirekt vill han konvertera den till direkt förlust. Anledningen till det är främst att det är mer sannolikt att skadestånd utgår för direkt förlust, men inte för indirekt förlust. Den skadevällande parten hävdar å sin sida att förlusten är indirekt och att någon "konvertering" av förlusten inte har skett.

67 § KöpL innehåller ingen uttömmande beskrivning av vad som utgör direkt respektive indirekt förlust. I förarbetena uttalas att den angivna distinktionen mellan direkta och indirekta förluster inte kan gälla generellt i alla situationer.² Det talar för att regleringen i 67 § KöpL borde betraktas som allmänt hållna riktlinjer för hur olika för-

¹ Författaren har efter juristexamen varit verksam som biträdande jurist på TV4. Artikeln utgör en förkortad och bearbetad version av författarens examensarbete "Direkt eller indirekt förlust? — Parternas möjligheter att styra kvalificeringen av en köprättslig förlust", Juridiska fakulteten vid Uppsalas universitet, vårterminen 2012.

² Prop. 1988/89:76 s. 50.

luster kan kategoriseras.³ Det talar även för att en individuell prövning av förlusten i det enskilda fallet bör göras.

För parterna kan 67 § KöpL innebära en viss otrygghet, eftersom utformningen av den kan anses svårtillämpad. Det finns inte mycket modern rättspraxis som kan ge vägledning när det gäller kvalificeringen av en förlust eller hur en förlust kan konverteras. En förklaring till det är att många kommersiella tvister går till skiljenämnd istället för till allmän domstol. Större förutsebarhet och trygghet för köpare såväl som för säljare skulle uppnås om det fanns tillgång till generella kriterier att utgå från vid olika slags kvalificeringsproblem liksom tydliga riktlinjer att tillgå när behov att påverka en förlusts kvalificering finns. I doktrinen har det skrivits om vad som ska räknas som direkta och indirekta förluster och även i viss mån hur indirekt förlust kan konverteras till direkt förlust. Av praktiska skäl är det dock svårt att räkna upp *alla* förluster som ska räknas som direkta respektive indirekta. Vad som behandlas mindre utförligt i doktrinen är hur den skadevällande parten kan argumentera för att konvertera direkt förlust till indirekt förlust och vilka principer och riktlinjer som kan fungera vägledande vid konvertering. Det gör det motiverat att i den här artikeln visa dels vilka kriterier som kan användas vid kvalificering av en förlust, men även vilka riktlinjer som kan fungera vägledande vid konvertering. För både köpare och säljare innebär en tillgång till generella kriterier och riktlinjer att kvalificeringsproblematiken kan minimeras och att det blir lättare att förutse om en konvertering av förlusten kommer att vara möjlig. Även när en part vill förutse sina möjligheter att nå framgång i skiljenämnd eller i allmän domstol kan generella riktlinjer vara användbara.

Avsikten med den här artikeln — att göra en djupgående analys av vad som kännetecknar direkta respektive indirekta förluster och att visa hur en indirekt förlust kan konverteras till en direkt och tvärtom — syftar till att underlätta en tillämpning av 67 § KöpL för både säljare och köpare.

2. Bakgrund

Skadeståndets omfattning framgår inte av bestämmelserna om grunderna för säljarens och köparens köprättsliga skadeståndsansvar; säljarens dröjsmål (27–28 §§), fel i vara (40 §) rättsligt fel (41 §) och köparens dröjsmål med betalningen och bristande medverkan i övrigt (57 §). Det regleras istället i 67–70 §§ KöpL och av vissa allmänna principer och regler.⁴ Den grundläggande bestämmelsen om skadeståndets omfattning finns i 67 § KöpL. Här sker en distinktion mellan

³ Prop. 1988/89:76 s. 23 och s. 200.

⁴ 67–70 §§ KöpL är tillämpliga för såväl säljarens som köparens avtalsbrott, se prop. 1988/89:76 s. 192.

direkta förluster vilka förutsätter ett kontrollansvar⁵, för att grunda ersättningskyldighet och *indirekta förluster*, som för ersättningskyldighet förutsätter att säljaren eller någon inom hans kontrollsfär har handlat vårdslöst eller lämnat garanti eller utfästelse.⁶ Det primära syftet med regleringen i 67 § KöpL är att begränsa säljarens skadeståndansvar för förluster som till sin typ eller omfattning är svårförutsebara för säljaren.⁷ Det ansågs vara av vikt att en skadeståndsregel utformades så att varje avtalspart i största möjliga utsträckning kan överblicka vilka möjliga risker som ett köp kan medföra och att den som har störst möjlighet att skydda sig mot en förlust är den som också bär risken.

2.2 Direkt förlust — en beräknelig följd av avtalsbrottet

De skadetyper som räknas som direkta förluster anges i 67 § första stycket första meningen KöpL. Med begreppet "direkt förlust" avses enligt förarbetena sådana förluster som "till sin typ och omfattning är vanliga och förutsebara vid det aktuella avtalsbrottet". Direkt förlust är även en förlust som "till sin förekomst och omfattning är en normal och beräknelig följd av det skadeståndsgrundande avtalsbrottet".⁸ I förarbetena påstås att alla de förluster som inte anges som indirekta förluster i 67 § andra stycket KöpL ska ersättas som direkta förluster.⁹ Det är ett påstående som kan ifrågasättas, eftersom uppräknningen av indirekta förluster inte är helt uttömmande.

Enligt förarbetena är *utgifter* som *föranletts* av avtalsbrottet, till exempel telefon-, post- eller transportkostnader direkt förlust. Utgifter utmärks av att de har vidtagits *med anledning av* avtalsbrottet. Även utgifter som har erlagts som en *direkt följd* av avtalsbrottet och de *avhjälpningskostnader* som den skadelidande parten har haft ska räknas som direkt förlust. I förarbetena anges att som direkt förlust räknas även utgifter som den skadelidande parten har haft för förberedelse av fullgörelsen av avtalet, men som har blivit *onyttiga* på grund av avtalsbrottet. Hit räknas även alternativa kostnader som har varit nödvändiga, för att tillfälligt *kompensera* för den uteblivna prestationen när det saknas en vara som lämpar sig för täckningsköp. Det kan till exempel röra sig om hyra av ersättningsvara, interna åtgärder som att låta personalen arbeta övertid, för att begränsa ett produktionsbortfall eller anlåtande av extern kompetens under den tid som den skadelidande parten saknar varan. Om den skadelidande parten har lidit en förlust i form av *prisskillnad* efter hävning får han, genom ersättning som utgår för prisskillnad, kompensation för oförmånliga prisfluktuationer, men också för andra ändringar i prisnivån. Härmed kompenseras den skadelidande parten för prisskillnad av varan vid verkställd täckningstransaktion (68 § KöpL) eller när täckningstran-

⁵ Kontrollansvaret regleras i 27 och 40 §§ KöpL.

⁶ Se 27 § st. 4 och 40 § st. 3 KöpL.

⁷ Prop. 1988/89:76 s. 48.

⁸ A.prop. s. 48.

⁹ A.prop. s. 48 och s. 199.

saktionen inte sker och det kan konstateras att marknadspriset har förändrats (69 § KöpL). Skälet till att prisskillnaden ska räknas som direkt förlust är att det ska vara meningsfullt för den skadelidande parten att häva ett avtal som han ingått på fördelaktiga villkor.¹⁰

Att köparen har fått ersättning enligt reglerna om prisavdrag utesluter inte att köparen även har rätt till ersättning för varans lägre värde på grund av fel. Skadeståndet ska då inte omfatta den del av förlusten som redan har blivit kompenserad av prisavdraget. Vad som åsyftas här är att ersättning för så kallad värdediskrepans kan utgå.¹¹ Frågan om ersättning på grund av varans lägre värde kan till exempel aktualiseras när prisavdraget understiger förlustens belopp därför att varan såldes till ett pris under marknadsvärdet. Frågan är om denna skadetyper ska räknas som direkt eller indirekt. Förlusten har sin direkta orsak i varans lägre värde och anknyter primärt till den omedelbara följden av avtalsbrottet, vilket talar för att förlusten ska räknas som direkt. Å andra sidan är det varans marknadsvärde som påverkas negativt och i en kommersiell verksamhet innebär det att förlust till följd av att omsättningen blir lägre kan uppstå. Förlustens omfattning är svårförutsebar för säljaren vilket talar för att förlusten ska betraktas som indirekt. En bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall torde behöva göras. Slutligen räknas även *annan förlust* som den skadelidande parten har haft till följd av ett avtalsbrott som direkt förlust. Det kan till exempel vara ökade driftkostnader eller ökade interna kostnader som har direkt samband till det aktuella avtalsbrottet. Hit räknas även skadeståndsansättning som köparen tvingas utge till tredje man och som ger honom regresskrav mot säljaren. Det kan tyckas märkligt att ersättning till tredje man ska räknas som direkt förlust när utebliven vinst ska räknas som indirekt förlust enligt 67 § andra stycket tredje punkten KöpL. Här talar den skadelidande partens trygghet för att skadestånd till tredje man ska betraktas som direkt förlust. Annars finns risk för att en köpare inte vågar sluta avtal om vidareförsäljning, innan han har fått varan i sin hand och det skulle leda till en ineffektivare marknad.

2.3 Indirekt förlust — även den kan vara en beräknelig följd av avtalsbrottet
Indirekta förluster beskrivs i förarbetena som en följd av den individuella köparens förhållanden och sätt att organisera sin verksamhet. Indirekta förluster förutsätts vara mer avlägsna och oberäknliga och därför mer svårförutsebara för säljaren.¹² De indirekta skadeposterna räknas upp i 67 § andra stycket KöpL, men uppräknings är inte uttömmande, eftersom fjärde punkten lämnar utrymme till att betrakta

¹⁰ Prop. 1988/89:76 s. 49.

¹¹ Lehrberg, Köprätt enligt 1990 års köplag, I.B.A. Institutet för bank- och affärsjuridik, Uppsala (2008), s. 439.

¹² Prop. 1988/89:76 s. 50. Det är dock inte helt korrekt att påstå att indirekta förluster är mindre förutsebara följder av avtalsbrottet, se slutsatsen nedan i avsnitt 6.

förluster, som inte nämns i första till tredje punkten, som indirekta förluster.

I 67 § andra stycket första punkten KöpL anges att *förlust till följd av minskning eller bortfall av produktion eller omsättning* ska räknas som indirekt förlust. Det är inte själva nedgången i produktionen eller omsättningen som är ersättningsgill utan snarare är det förlusten som har sin orsak i att omsättningen eller produktionen har minskat eller bortfallit som ska ersättas.¹³ Orden ”minskning” eller ”bortfall” tyder på att det framförallt är en *kvantitativ* nedgång i produktionen eller omsättningen som åsyftas, men enligt förarbetena kan bestämmelsen även aktualiseras när avtalsbrottet medför nedgång i *kvalitativt* hänseende.¹⁴ Som exempel nämns i förarbetena att köparen producerar lika många produkter, men blir tvungen att sälja dem till reducerat pris på grund av att de är felaktiga. Den minskade intäkten behandlas som en indirekt förlust enligt denna punkt. Slutligen finns förluster som inte är direkt relaterade till det aktualiserade avtalsbrottet och som innebär en *generell minskning i försäljningen*. En sådan typ av förlust har sin orsak i att avtalsbrottet har lett till att köparen har fått försämrat rykte eller anseende. Detta leder i förlängningen till minskad omsättning. Förutsättningen för att en förlust till följd av försämrad goodwill (hädanefter ”badwill”) ska vara ersättningsgill är att följderna anses tillräckligt adekvat till avtalsbrottet och att den uppkomna förlusten är av ekonomisk art.

När den skadelidande parten tvingas att utföra en täckningstransaktion kan man tänka sig att han går miste om en vinstgivande försäljning. I förarbetena ges exemplet att en köpare efter hävning inte hinner göra ett täckningsköp förrän köparen i nästa led häver avtalet. I det här fallet har den skadelidande parten inte blivit kompenserad för utebliven vinst i form av prisskillnad och frågan är då om den uteblivna vinsten ska anses som direkt eller indirekt förlust. Det som är speciellt med den här typen av förlust är att den har sin omedelbara orsak i själva täckningstransaktionen och inte i avtalsbrottet. Utebliven vinst ska i förlängningen betraktas som en omsättningsförlust i kommersiell verksamhet och förlusten borde därför räknas som indirekt förlust.

I 67 § andra stycket andra punkten KöpL anges att även *annan förlust till följd av att varan inte kan utnyttjas på avsett sätt* ska räknas som indirekt förlust. Ordet ”annan” antyder att det är faktiska förluster som inte har ett direkt samband till omsättning eller produktion som åsyftas. Typfall som hör till denna kategori är ofta nära förknippade

¹³ Prop. 1988/89:76 s. 199. Se även Herre, Ersättningar i köprätten: särskilt om skadeståndsberäkning, Juristförlaget, Stockholm (1996), s. 424–425. Det ska noteras att nedgång eller bortfall av omsättning eller produktion kan vara till fördel för den skadelidande parten och då finns ingen förlust att ersätta, se härom även Ramberg under medverkan av Herre, Köplagen, Fritzes förlag, Stockholm (1995), s. 665 fotnot 46.

¹⁴ Prop. 1988/89:76 s. 199.

med 67 § andra stycket första punkten KöpL, eftersom produktionen många gånger påverkas negativt till följd av att varan inte kan utnyttjas på avsett sätt.¹⁵ Exempel på en förlust som hör hit är att avsedda rationaliseringsvinster inte uppnås till följd av att en leverans av en maskin är försenad. Här är det köparens kostnader som påverkas och inte omsättningen. Till följd av att kostnaderna blir högre än vad de hade blivit om avtalsbrottet inte hade inträffat försämras även den ekonomiska situationen och köparens nettoförtjänst blir lägre än vad den annars skulle ha blivit.¹⁶

Den tredje skadetyper som räknas som indirekt förlust är *utebliven vinst till följd av att ett avtal med tredje man har fallit bort eller inte har blivit riktigt uppfyllt*, 67 § andra stycket tredje punkten KöpL. Härmed avses fall där den skadelidande partens redan ingångna avtal med tredje man påverkas negativt av avtalsbrottet. Begreppet "utebliven vinst" bör inte tolkas som att hela vinsten på avtalet måste ha uteblivit utan det är tillräckligt att avtalet inte har blivit fullgjort enligt sitt innehåll.¹⁷ Slutligen stadgas i 67 § andra stycket fjärde punkten KöpL att som indirekt förlust räknas även *annan liknande förlust, om den varit svår att förutse*. Syftet med denna bestämmelse är att förhindra att de skadetyper som inte räknas upp i första till tredje punkten ska räknas som direkta förluster.¹⁸ Förarbetena ger inte mycket vägledning i hur begreppet "annan liknande förlust" ska tolkas. Det framgår dock att dessa förluster till sin art och omfattning ska kunna jämföras med förlusterna som anges i 67 § andra stycket första till tredje punkten KöpL, men det överlämnas till rättstillämpningen att närmare precisera vilka förluster dessa är.

Innebörden av begreppet "svårt att förutse" är inte helt klart. En tolkning av lydelsen ger uppfattningen att förluster som avses i denna punkt ska vara svårförutsebara liksom förlusterna som avses i första till tredje punkten. Den slutsatsen är felaktig, eftersom de andra förlusterna inte alls behöver vara svårförutsebara utan istället är det förlustens omfattning som ska vara svårförutsebar.¹⁹ Uttrycket "den" får därför rimligen antas syfta på förlustens omfattning.²⁰

¹⁵ Ramberg under medverkan av Herre, Köplagen, Fritzes förlag, Stockholm (1995), s. 667.

¹⁶ Herre, Ersättningar i köprätten: särskilt om skadeståndsberäkning, Juristförlaget, Stockholm (1996), s. 432.

¹⁷ A.a. s. 439.

¹⁸ Prop. 1988/89:76 s. 200.

¹⁹ För att inte vålla några missförstånd härom föreslog Lagrådet dagens lydelse: "annan liknande förlust, om den varit svår att förutse" istället för lydelsen dessförinnan "annan liknande svårförutsebar förlust". Se prop. 1988/89:76 s. 234. För det anförda se även Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt, 6 uppl., Iustus, Uppsala (2009), s. 207, Ramberg under medverkan av Herre, Köplagen, Fritzes förlag, Stockholm (1995), s. 669–670, Ramberg, Den nya köplagen — Nytt Wien i gamla laglar: Festschrift tillägnad Gotthard Calissendorff, Norstedts förlag, Stockholm (1990) s. 281 och Hellner, Speciell avtalsrätt I. Köprätt, 2 uppl. Juristförlaget, Stockholm (1991), s. 241.

²⁰ För det anförda se Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt, 6 uppl. Iustus, Uppsala (2009) s. 207. Se även Ramberg under medverkan av Herre, Köplagen,

3. Utmärkande kriterier för direkt och indirekt förlust

Efter att ha studerat de olika skadeposterna som räknas som direkta respektive indirekta förluster kan noteras att indirekta förluster för det mesta anknyter primärt till köparens egentliga mål med att ingå köpeavtalet. Målet i all kommersiell verksamhet är att uppnå en högre omsättning och i förlängningen en högre vinst. Därför kan slutsatsen dras att indirekta förluster också är normala och förutsebara följder av ett avtalsbrott, men att omfattningen av den indirekta förlusten är svårförutsebar. Omfattningen av förlusten står inte heller i proportion till det värde som var föremål för avtalet. Gemensamt för indirekta förluster är även att de karakteriseras av att den skadelidande parten inte har haft dessa förluster i den bemärkelsen att den skadelidande parten faktiskt har lidit en förlust genom att förorsaka sig en konkret utgift. Indirekta förluster är vanligtvis inte utgifter utan resultatposter i företagets redovisning.²¹

Direkta förluster är däremot förluster som den skadelidande parten lider när han genom direkta åtgärder försöker kompensera sig för avtalsbrottets följder. Därför kan det konstateras att åtgärder som orsakar direkta förluster ofta vidtas för att begränsa indirekta förluster eller att förhindra att indirekta förluster uppkommer. Skadetyper, som räknas som direkta förluster, är konkreta utgifter, men de kommer i förlängningen liksom indirekta förluster att minska omsättningen i den kommersiella verksamheten om de inte blir ersatta. Det mest karakteristiska för direkta förluster är att deras omfattning är förutsebar för den skadevällande parten och att den står i proportion till det värde som var föremål för avtalet.

Normalt sett är indirekta förluster svårare att bevisa än vad direkta förluster är. Det gäller kausalitetsmässigt såväl som storleksmässigt. Som grundprincip gäller att det är käranden, som till stöd för sitt yrkande ska prestera tillräcklig bevisning.²² Ibland kan det vara svårt eller rent av omöjligt att prestera full bevisning om förlustens omfattning. Rätten kan då enligt 35:5 första stycket rättegångsbalken (hädanefter "RB") uppskatta förlustens omfattning till ett skäligt belopp och utdöma det. Rätten har också möjlighet att göra en skälighetsuppskattning när det yrkade skadeståndet rör ett mindre belopp och bevisning visserligen finns, men kostnaden eller andra olägenheter

Fritzes förlag, Stockholm (1995) s. 669–670, Ramberg, Den nya köplagen — Nytt Wien i gamla läglar: Festschrift tillägnad Gotthard Calissendorff, Norstedts Förlag, Stockholm (1990), s. 281 och Hellner, Speciell avtalsrätt I, Köprätt, 2 uppl., Juristförlaget, Stockholm (1991), s. 241.

²¹ Kleineman Indirekt skada och frågan om behovet av en köplagsreform, Festschrift tillägnad Jan Ramberg, Norstedts juridik, Stockholm (1996), s. 313 och s. 315.

²² Prop. 1987/88:1, s. 13.

som bevisningen innebär inte står i rimlig proportion till förlustens omfattning (35:5 andra stycket RB).

Efter att ha ställt sig frågan om den aktuella förlusten ska kvalificeras som direkt eller indirekt är nästa fråga om förlusten på något sätt kan konverteras och på vilket sätt i så fall. Den skadelidande parten frågar sig hur han kan handla för att erhålla ersättning som för en direkt förlust medan den skadevållande parten istället frågar sig hur han kan argumentera för att slippa bli skadeståndsskyldig.

4. Olika sätt att omvandla en förlust

Den särskilda konverteringsregeln, 67 § tredje stycket KöpL, anger att om den skadelidande parten har fått lida en indirekt förlust, för att begränsa en direkt förlust, ska förlusten räknas som direkt förlust.

När avtalsbrottet är ett faktum kan den skadelidande parten välja mellan en rad olika handlingsalternativ, för att kompensera sig mot avtalsbrottets negativa följder. Grundtanken bakom tredje stycket är att den skadelidande partens rätt till ersättning inte ska vara beroende av vilket handlingsalternativ han väljer.²³ Tredje stycket fungerar som ett incitament till att den skadelidande parten, med hänsyn till den generella bestämmelsen om skadebegränsning i 70 § första stycket KöpL, väljer det handlingsalternativ som begränsar förlusten mest jämfört med övriga handlingsalternativ.²⁴ Det kan anses rimligt att en skadelidande part som begränsar en direkt förlust, men istället lider en indirekt förlust, inte ska gå miste om den ersättning som den direkta förlusten skulle ge.

Rekvisiten ”*har haft*” och ”*för att*” är två osäkerhetsmoment.

I likhet med övriga indirekta förluster har den skadelidande parten *haft* den indirekta förlusten i den bemärkelsen att förlusten kommer att synas som en negativ resultatpost i företagets redovisning.

4.1 Är syftet eller resultatet det väsentliga?

Begreppet ”*för att*” har vållat diskussion huruvida handlingen ska ha företagits *i syfte att* begränsa en direkt förlust eller om det är tillräckligt att en handling rent *faktiskt* har visat sig begränsa den direkta förlusten. Den förra tolkningen syftar till en bedömning av situationen *ex ante*, det vill säga att bedömningen görs vid tidpunkten när den skadelidande parten konfronteras med avtalsbrottet och sin plikt att begränsa förlusten. Det är då syftet med den företagna handlingsåtgärden som ska tillmätas betydelse. Om det väsentliga istället är att handlingsåtgärden har begränsat den direkta förlusten i faktisk bemärkelse görs en *ex post* bedömning. En *ex post* bedömning ska göras efter skadeförloppet slut.

²³ Prop. 1988/89:76 s. 48, s. 50 och s. 200.

²⁴ Prop. 1988/89:76 s. 48. Se även Herre, Ersättningar i köprätten: särskilt om skadeståndsberäkning, Juristförlaget, Stockholm (1996), s. 423.

Argument som talar för att en ex post bedömning ska göras är att det ur bevishänseende skulle vara krångligt för den skadelidande parten att försöka visa vilket syfte han haft med den vidtagna åtgärden. Dessutom står det inte uttryckligen i förarbetena att något syfte krävs.²⁵ Argument som talar för att istället göra en ex ante bedömning är att ett syfte kan anses vara inbegripet i orden "för att" och därför att lagrummet måste relateras till bestämmelsen om den skadelidande partens plikt att försöka begränsa sin skada där en ex ante bedömning görs. 70 § första stycket KöpL föreskriver att "Den skadelidande parten ska vidta skäliga åtgärder *för att* begränsa sin skada."

Åtgärderna som den skadelidande parten vidtar sker i medkontra- hentens intresse och därför kan det även tyckas rimligt att det är medkontra- hentens som ska bära risken för att händelseutvecklingen inte blir den som den skadelidande parten tänkte sig när han vidtog den åtgärd som vid handlingsögonblicket ansågs mest förmånlig i be- gränsningshänseende. Resonemanget är rimligt med hänsyn till att en ex post bedömning skulle kunna innebära att risken blir alltför be- tungande för den felfördelade parten. Ett annat skäl för en ex ante bedömning är att en sådan bedömning överensstämmer med grund- tanken om att den skadelidande parten ska välja det handlingsalter- nativ som framstår som det skäligaste utan att först ha gjort ett strate- giskt val.²⁶ Det som talar mot en ex ante bedömning är att den skade- lidande partens subjektiva uppfattning många gånger är mycket svår att bevisa och därför finns en risk för att tvister angående den skade- lidande partens syfte uppkommer och att den skadelidande parten därmed får lägga ner mycket resurser för att försöka bevisa sitt syfte. Det är inte heller en önskvärd utveckling. En lösning skulle kunna vara att beviskravet ställs mycket lågt.

I den juridiska doktrinen anförs att det finns en betydande risk för att en konsekvens av en ex post bedömning skulle vara att den skade- lidande parten av taktiska skäl väljer att ta på sig en direkt förlust, som är större än den indirekta förlusten, som han annars skulle lida. An- ledningen skulle vara farhågan om att händelseförloppet utvecklar sig så att den indirekta förlusten blir större än den direkta förlusten, vil- ket i många fall skulle innebära att den skadelidande parten inte blir ersatt.²⁷ Enligt författarens mening har dessa farhågor inte riktigt skäl för sig. Det anförs klart i förarbetena att en förutsättning, för att den indirekta förlusten ska betraktas som en direkt förlust är att den valda handlingsåtgärden är det skäligaste alternativet jämfört med övriga handlingsåtgärder. Om den skadelidande parten istället för att drab-

²⁵ Åslund Säljarens skadeståndsansvar; vid fel avseende indirekta skador enligt nya köplagen, Juristförlaget, Stockholm (1991), s. 43.

²⁶ Ramberg under medverkan av Herre, Köplagen, Fritzes förlag, Stockholm (1995), s. 680.

²⁷ A.a. s. 680.

bas av indirekt förlust väljer att lida en större direkt förlust blir den skadelidande parten tvungen att bära en del av förlusten själv.²⁸

Svaret på frågan huruvida en *ex ante* eller en *ex post* bedömning bör företas är att det finns goda skäl för båda och att båda betraktelsesätten därför borde tillmätas betydelse beroende på omständigheterna i den enskilda situationen. I situationer då den skadelidande parten har gjort en noggrann kalkylering av effekterna av olika tänkbara handlingsalternativ och därefter valt den handlingsåtgärd som vid handlingsögonblicket ansågs skäligast är det rimligt att tillmäta syftet betydelse även när händelseförloppet utvecklar sig så att den direkta förlusten inte alls begränsas. Stränga krav bör ställas på att den skadelidande parten har gjort en noggrann avvägning av konsekvensen för olika tänkbara handlingsalternativ och valt den handlingsåtgärd som vid handlingsögonblicket ansågs mest skälig. Den skadelidande parten kan göra klokt i att dokumentera varför han valde en viss handlingsåtgärd ifall tvist om detta skulle uppstå. I andra situationer är det rimligt att tillmäta resultatet av den vidtagna handlingen betydelse. Det kan tänkas att den skadelidande parten begränsar en direkt förlust utan att det är ett medvetet beslut eller det egentliga syftet med handlingsåtgärden. Det vore då orimligt att den skadelidande parten inte ska ersättas som för direkt förlust.

4.2 Underlåtelse att vidta aktiv handlingsåtgärd

I vissa situationer väljer den skadelidande parten att underlåta att åsamka sig en direkt förlust, för att istället lida en indirekt förlust, eftersom den indirekta förlusten är mindre och därför mer förmånlig för medkontrahenten. Frågan här är om den skadelidande parten ska ersättas som för direkt förlust trots att han aldrig har *haft* den direkta förlusten.

I diskussionen om underlåtelse att orsaka sig själv en direkt förlust, därför att den förlusten är större än den indirekta förlust, som den skadelidande parten istället kan lida, kan man skilja mellan två scenarier; det när den skadelidande *kunnat* vidta en handlingsåtgärd som skulle orsaka en direkt förlust och det när handlingsåtgärden, som skulle orsaka den direkta förlusten, är *hypotetisk*.

Det kan hävdas att en köpare som lider en omsättningsminskning till följd av att den beställda maskinen inte levereras avtalsenligt även fast han *kan* införskaffa sig en annan liknande maskin, men till högre kostnad än omfattningen av den indirekta förlusten faktiskt har begränsat en direkt förlust. Därför borde han även få ersättning som för direkt förlust till en omfattning av substitutets belopp. Denna slutsats är förenlig med förarbetsuttalandena om att den skadelidande parten inte ska komma i ett sämre läge ”när han för att begränsa en direkt

²⁸ 70 § st. 1 KöpL.

förlust väljer ett handlingsalternativ som medför en förlust som enligt andra stycket skall anses vara indirekt”.²⁹

Det kan anses vara en rimlig avvägning mellan den skadelidande partens och den skadevällande partens intressen att den skadelidande parten ska ersättas som för en direkt förlust när han väljer att orsaka sig själv indirekt förlust därför att denna förlust är mindre än den direkta förlust som han skulle åsamka sig om han istället företog en kompensationsåtgärd. Frågan är om det i detta fall kan påstås att den skadelidande parten har ”haft” den indirekta förlusten ”för att begränsa” den direkta förlusten. Troligtvis inte. Den skadelidande parten har ju aldrig haft någon direkt förlust till att börja med och därför kan det heller inte finnas någon direkt förlust att begränsa. Däremot har han *kunnat* åsamka sig en direkt förlust. I detta fall och i liknande situationer bör beviskraven ställas relativt högt. Den skadelidande parten ska kunna visa, till exempel med ett styrelseprotokoll, att han efter en noggrann bedömning kommit fram till att beslutet om att förhålla sig passiv var det skäligaste alternativet. Om den skadelidande parten därmed lyckas bevisa att han faktiskt vidtog den mest skäliga åtgärden bör han kunna få ersättning inom ramen för den direkta förlusten.

Annorlunda blir bedömningen när den direkta förlusten är *hypotetisk*.

Till skillnad från situationer när den skadelidande parten faktiskt har kunnat orsaka sig själv en direkt förlust kan man hävda att den skadelidande parten i detta fall har saknat alternativ till att lida en indirekt förlust. I den juridiska doktrinen anförs att den ersättning, som den skadelidande parten i detta fall erhåller som för direkt förlust, inte bör överstiga omfattningen av den indirekta förlusten som den skadelidande parten har lidit.³⁰ Av anförda skäl vore det enligt författarens mening märkligt om den skadelidande parten överhuvudtaget ska ersättas som för en direkt förlust i detta fall. Om den skadelidande parten ska ersättas som för direkt förlust så fort det anses att han hypotetiskt skulle kunna lida en direkt förlust blir följden att de flesta förluster ska ersättas som direkta.

4.3 *Möjligheten att konvertera en ”annan indirekt förlust” till en direkt förlust*

En förlust som liknar de indirekta förluster som nämns i 67 § andra stycket första till tredje punkten KöpL och vars omfattning dessutom är svårförutsebar kan enligt 67 § andra stycket fjärde punkten KöpL först konverteras till en indirekt förlust, för att därefter konverteras till en direkt genom 67 § tredje stycket KöpL. Skälet till denna reglering är att förhindra att någon orsakar sig själv en utgift med det enda syftet att därigenom få skadestånd.³¹

²⁹ Prop. 1988/89:76 s. 200.

³⁰ Håstad Köprätt och annan kontraktsrätt, Iustus, Uppsala (2009), s. 210.

³¹ Kleineman, Indirekt skada och frågan om behovet av en köplagsreform; Festschrift tillägnad Jan Ramberg, Norstedts juridik, Stockholm (1996), s. 313.

4.4 *Kompensationsåtgärder*

När den skadelidande parten inte kan göra ett täckningsköp kan han många gånger undvika eller begränsa en indirekt förlust genom att företa en kompensationsåtgärd. Exempelvis kan en köpare som drabbas av minskad produktion eller omsättning till följd av avtalsbrottet hyra en ersättningsvara, anlita utomståendes tjänster eller vidta interna åtgärder. En kompensationsåtgärd räknas alltid som direkt förlust.³² Kostnaden för en kompensationsåtgärd är ju egentligen en utgift varför det är rimligt att förlusten för en kompensationsåtgärd också räknas som direkt förlust.

5. **Argumentation om hur direkt förlust blir indirekt förlust**

Den skadevållande parten har vanligtvis ett eget intresse i att få en direkt förlust att bli indirekt förlust, eftersom ansvarsgrunden för indirekt förlust är strängare. Det saknas av logiska skäl en reglering som den i 67 § tredje stycket KöpL för en konvertering av direkta förluster till indirekta förluster. När förlusten väl är ett faktum blir det därför fråga om en argumentation kring kvalificeringen av den aktuella förlusten. Samma omständigheter kan nämligen ge olika utfall beroende på hur framgångsrik den skadevållande parten är i sin argumentation. Säljaren har störst möjlighet att påverka kvalificeringen av en förlust vid tiden innan förlusten är definitiv. Vid den tidpunkten kan han genom olika handlingar undvika ett avtalsbrott helt eller i alla fall minimera avtalsbrottets följder.

Här följer ett exempel som illustrerar vilka möjligheter som säljaren har när det gäller att påverka kvalificeringen av en förlust innan den har hunnit bli definitiv.

Köparen har ingått ett avtal med säljaren om att erhålla 750 stycken brädor varje månad under ett år. När säljaren underlåter att leverera brädorna under de två första månaderna konstaterar köparen att sannolikheten för att han inte ska få några brädor från säljaren under de resterande tio månaderna är stor och köparen häver därför avtalet. Istället väljer han att transportera samma typ av brädor från Umeå och kostnaden för transporten blir större än vad han tänkt sig. I det här fallet har förlust för utebliven leverans uppstått för de två första månaderna, men frågan är om köparen är berättigad till ersättning för de resterande tio månaderna även om avtalsbrottet endast är anteciperat och ingen förlust har uppstått än. För att undvika risken att ersätta köparen för en direkt förlust bör säljaren alltid planera så att köparen inte ska behöva lida en förlust vid ett eventuellt avtalsbrott. Åtgärder som säljaren kan vidta är exempelvis att hålla ett extra lager med brädor eller att förvissa sig om att han snabbt kan införskaffa samma slags brädor från tredje man ifall han av någon anledning inte skulle kunna prestera rätt mängd.

³² Prop. 1988/89:76 s. 49 och s. 199–200.

Om säljaren inte har kunnat skydda sig mot följderna av ett avtalsbrott och han förutser att han av olika skäl inte kommer att kunna fullgöra avtalet bör han redan innan avtalsbrottet har inträffat kontakta köparen, för att rådgöra om vilket handlingsalternativ som är skäligenast för köparen att vidta. Kanske känner säljaren någon leverantör av samma slags varor som säljs till samma pris som han kan rekommendera eller så kanske parterna väljer att omförhandla och att träffa ett nytt avtal med varandra. På så vis kan säljaren skydda sig mot att behöva ersätta direkta förluster som till exempel telefonkostnader eller onödiga tullavgifter och transportkostnader som inte kan återfås från tredje man.

Köparen kan häva köpet redan när starka skäl finns att tro att ett avtalsbrott kommer att ske. Det finns mycket starka skäl att tro att ett avtalsbrott kommer att ske när leveransen har uteblivit för de två första månaderna. Att köparen vidtar åtgärder, för att begränsa en förlust vid den tidpunkten förtar inte köparens möjlighet att få ersättning. Det här exemplet illustrerar tydligt att säljaren har stora möjligheter att påverka kvalificeringen av förlusten innan den har hunnit bli definitiv, men misstanke om att en förlust kommer att uppstå finns. Genom att planera och vara förutseende kan säljaren hindra att köparen till exempel vänder sig till en annan leverantör. Om köparen gör ett täckningsköp utan att det egentligen fanns skäl till det eller om det fanns bättre handlingsalternativ får köparen stå för motsvarande kostnad själv. Konsekvensen blir att den som har störst möjlighet att minimera avtalsbrottets negativa följder och faktiskt vidtar en skälig handlingsåtgärd är den som ska få ersättning. För säljarens del handlar det dock inte om att erhålla en ersättning utan snarare om att bespara sig en kostnad.

Säljaren gör alltså klokt i att utreda vilket handlingsalternativ som är mest lönsamt för honom att vidta när han misstänker att han inte kommer att kunna uppfylla sin avtalsförpliktelse. Antingen kan säljaren förhålla sig passiv och han riskerar då att köparen företar en åtgärd som säljaren inte anser vara den skäligenaste eller så kan säljaren faktiskt försöka att minimera effekterna av avtalsbrottet, vilket troligen är ett mer gynnsamt alternativ ur ekonomisk synvinkel. Förmodligen kommer säljaren i de allra flesta fall att försöka motverka att en förlust uppkommer, för att undvika risken att bli ersättningsskyldig och det har en positiv effekt på både omsättningsintresset och trygghetsintresset.

6. Sammanfattande synpunkter

Författarens analys visar att den skadelidande parten har störst möjligheter att påverka kvalificeringen av förlusten när förlusten är definitiv medan den skadevallande parten har goda möjligheter att avgöra om förlusten kommer att bli direkt eller indirekt innan förlusten är ett faktum, men misstanke om förlust redan finns.

De handlingsåtgärder som köparen kan välja mellan, för att få ersättning som för direkt förlust kan delas in i två olika kategorier. Den första kategorin handlingsåtgärder syftar till att *begränsa* den direkta förlusten. Den andra kategorin handlingsåtgärder vidtas för att *förhindra* att en indirekt förlust uppkommer. Handlingsåtgärderna i den senare kategorin vidtas således istället för en indirekt förlust. Hit hör exempelvis olika former av kompensationsåtgärder.

Syftet med den senare kategorin handlingsåtgärder är vanligtvis att uppfylla målet med köpeavtalet.

Till skillnad från den allmänna uppfattningen i den juridiska doktrinen har min analys visat att både syftet med en handlingsåtgärd (*ex ante*) och resultatet av handlingsåtgärden (*ex post*) ska tillmätas betydelse vid en tillämpning av 67 § tredje stycket KöpL. Därmed skyddas den skadelidande partens avtalsgrundade förväntningar. Jag har också visat att den skadelidande parten ska kunna få ersättning när han lider en indirekt förlust när han kunnat åsamka sig en direkt förlust, men valt att inte göra det, eftersom den direkta förlusten är större än den indirekta. Däremot ska den skadelidande parten inte vara berättigad till ersättning när han rent hypotetiskt kunde lida en direkt förlust. Anledningen till det är att det skulle strida mot 67 § tredje stycket KöpL.

De olika exempel på olika slags konverteringsmöjligheter som har behandlats visar att det inte föreligger någon principiell skillnad mellan direkta och indirekta förluster och att distinktionen är rätt "flytande". Distinktionen upprätthålls egentligen endast när den skadelidande parten inte har möjlighet att göra ett täckningsköp, vilket blir fallet när varan till exempel är köpt från en näringsidkare som har monopol på marknaden eller när en vidareförsäljning inte kan komma till stånd. Endast då tvingas den skadelidande parten att lida en indirekt förlust.³³ I andra fall kan den skadelidande parten genom olika handlingsåtgärder tänja gränsen för distinktionen. För att garantera att distinktionen verkligen upprätthölls skulle en reglering som ställde strängare krav på möjligheten att konvertera indirekt förlust till direkt förlust krävas. Det är dock inte en önskvärd reglering, eftersom det troligen skulle leda till en ineffektivare marknad. I motsats till vad förarbetena till KöpL ger uttryck för kan indirekta förluster vara precis lika förutsebara och normala följder av ett avtalsbrott som direkta förluster är. Uppräkningen av direkta respektive indirekta förluster i 67 § KöpL är inte uttömmande och uppräknningen kan inte heller tillämpas strikt i alla situationer. För att kvalificeringen av en förlust ska kunna göras måste därför en prövning av förlusten i varje enskilt fall göras.

³³ Kleineman, Indirekt skada och frågan om behovet av en köplagsreform; Festschrift tillägnad Jan Ramberg, Norstedts juridik, Stockholm (1996), s. 316. Se även Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt, 6 uppl. Iustus, Uppsala (2009), s. 209.

Genom att underlättat för parterna att konstatera huruvida en konvertering har skett eller inte kan de förhoppningsvis lösa tvisten på tu man hand och behålla en god affärsrelation istället för att hänskjuta tvisten till skiljenämnd eller till allmän domstol.