

Dolda handlingsklausuler

Ett unikt prejudikat från Högsta domstolen

Av jur.kand. JAKOB ANDERSSON¹

Den 16 december 2020 fick försäkringsrättsentusiaster en tidig julklapp av Högsta domstolen (HD), då HD för första gången prövade om ett omfattningsvillkor utgjorde en "dold handlingsklausul" (mål T 497-20, "Mobilförsäkringen"). En dold handlingsklausul är ett omfattningsvillkor som inkräktar på försäkringstagarens biförpliktelser och därför som utgångspunkt inte ska tillämpas. Frågan när ett omfattningsvillkor utgör en dold handlingsklausul är komplex och har diskuterats från tid till annan sedan i vart fall 100 år. Den har dock alltså aldrig tidigare prövats av HD och, såvitt känt, knappt heller av underrätterna. I den här artikeln analyseras vilka lärdomar som kan dras av HD:s avgörande.

1 Inledning; frågan rörande dolda handlingsklausuler

Försäkringsavtal försäkrar och undantar från försäkring ett antal risker. Exempelvis kan en villaförsäkring försäkra skador till följd av brand, men exkludera skador orsakade av sprängningsarbeten. De försäkringsvillkor som på detta vis stipulerar den försäkrade risken (dvs. de huvudsakliga villkoren i ett försäkringsavtal) kallas för omfattningsvillkor. Ett försäkringsavtal måste innehålla sådana villkor i positiv bemärkelse ("försäkringen gäller för skada till följd av brand") eftersom försäkringen annars inte har något reellt innehåll. Försäkringsavtal innehåller i regel också omfattningsvillkor formulerade i negativ bemärkelse ("försäkringen gäller *inte* för skada till följd av sprängningsarbeten"); dvs. villkor som vi till vardags kallar för undantag från försäkringsskydd. En annan kategori av omfattningsvillkor är de som brukar benämnas dolda handlingsklausuler (ibland också benämnda som otillåtna omfattningsvillkor).² I detta fall rör det sig om omfattningsvillkor (i positiv eller negativ bemärkelse) som är utformade på sådant sätt att försäkringsavtalslagens (2005:104, "FAL") till förmån för försäkringstagaren tvingande bestämmelser om nedsättning av försäkringersättningen kringgås. Problematiken kring när ett omfattningsvillkor ut-

¹ Biträdande jurist i advokatfirman Setterwalls tvistlösningsgrupp i Stockholm. Jag vill rikta ett stort tack till advokaterna Hans Dahlberg Kolga och Magnus Rydberg för att, som alltid, ha bidragit med värdefulla synpunkter.

² I förhållande till 4 kap. 11 § FAL är termen "otillåtet omfattningsvillkor" inte helt lyckad, bl.a. eftersom ett omfattningsvillkor kan anses "otillåtet" av olika skäl (t.ex. därför att det är oskäligt enligt 36 § avtalslagen). Undertecknad har dock själv använt den benämningen ett flertal gånger, även i tidigare publicering.

gör en dold handlingsklausul, och hur den ska hanteras, är komplicerad och har diskuterats under mycket lång tid.³ Låt oss inledningsvis utmejsla problemfrågeställningen i detalj.

FAL är den huvudsakliga lagstiftningen på försäkringsavtalsrättens område. En grundbult i försäkringsavtalsrätten är produktfrihetsprincipen, som innebär att försäkringsbolag i regel ska vara fria att försäkra vilka risker de vill.⁴ FAL, som i övrigt inrymmer åtskilliga indispositiva inslag, innehåller i princip inga tvingande bestämmelser beträffande *vad* för risker en försäkring får omfatta. Däremot uppställer FAL begränsningar på *hur* en försäkring får omfatta eller exkludera risker. En sådan inskränkning följer av 4 kap. 11 § FAL (som också är tillämplig vid bl.a. företagsförsäkring genom 8 kap. 16 § andra stycket FAL). Bestämmelsen är ganska svårförstådd utan att först ha kännedom om dess kontext, som vi därför får titta närmare på innan lagtexten återges.

Vid sidan av försäkringstagarens huvudsakliga förpliktelse att betala premien ålägger FAL denna att undvika visst oaktsamt eller uppsåtligt handlande som ökar risken för försäkringsfall, eller förvärrar följderna av ett redan inträffat, och att iaktta visst förhållningssätt av betydelse för försäkringsbolagets riskbedömning. Dessa skyldigheter kallas för biförpliktelser. Om försäkringstagaren⁵ åsidosätter dessa kan rätten till försäkringsersättning begränsas (ett annat sätt att uttrycka det är att försäkringsbolagets ansvar begränsas). Ett exempel är att försäkringstagaren inte genom grov vårdslöshet får framkalla ett försäkringsfall (4 kap. 5 § andra stycket FAL). Om så sker får försäkringsersättningen sättas ned efter vad som är skäligt. Även om bestämmelserna om biförpliktelser som utgångspunkt således är betungande för försäkringstagaren agerar de samtidigt skyddsbestämmelser för densamma. Som framgått utgör biförpliktelserna nämligen ett ramverk för när och hur försäkringsersättningen kan sättas ned — typiskt sett krävs att försäkringstagaren har agerat oaktsamt och en åsidosatt biförpliktelse resulterar inte nödvändigtvis i att hela försäkringsskyddet går om intet.

Som exempel kan också hänvisas till den biförpliktelse som är aktuell i Mobilförsäkringen; skyldigheten att hörsamma eventuella säkerhetsföreskrifter i försäkringsavtalet (4 kap. 6 § FAL). En säkerhetsföreskrift är ett försäkringsvillkor som utgör en ”föreskrift om vissa bestämda

³ Se t.ex. Folke Schmidt, *Faran och försäkringsfallet*, s 176 ff., Jan Hellner, *Försäkringsrätt*, uppl. 2, s 77 f., *Exclusions of risk and duties imposed on the insured in Försäkringsaktiebolaget Skandias Festskrift 1955*, Om upplysningsplikt och ansvarsbegränsningar i försäkringsrätten i *Festskrift tillägnad Nils Herlitz*, 1955, s 140 ff. och *Hur begränsar lagstiftningen de svenska försäkringsbolagens handlingsfrihet?* i föredrag för svenska Försäkringsföreningen den 8 mars 1956, Stockholm, publicerad i *NFT*, årgång 36, 1956, Harald Ullman, *Säkerhetsföreskrifter i företagsförsäkring — i teori och praktiken* i *Uppsatser om försäkringsavtalslagen*, Birger Nydrén, *Oförutsedd skada* i *Uppsatser om försäkringsvillkor*, Bertil Bengtsson, *Försäkringsavtalsrätt*, uppl. 4, p 10.3.

⁴ Bertil Bengtsson, *Försäkringsavtalsrätt*, uppl. 4, p 10.2.

⁵ De flesta biförpliktelser åvilar också den försäkrade. För enkelhetens skull kommer i den fortsatta framställningen endast hänvisas till försäkringstagarens biförpliktelser.

handlingssätt eller anordningar som är ägnade att förebygga eller begränsa skada eller om vissa bestämda kvalifikationer hos den försäkrade eller dennes anställda eller andra medhjälpare”. Ett exempel på en säkerhetsföreskrift är att försäkringstagaren i en hemförsäkring åläggs att låsa ytterdörren när denna lämnar bostaden. Om försäkringstagaren av oaktsamhet åsidosätter en säkerhetsföreskrift kan försäkringsersättningen sättas ned efter vad som är skäligt (vid företagsförsäkring gäller dock andra nedsättningsregler). Om säkerhetsföreskriften skulle ha åsidosatts utan att så skett genom oaktsamhet, begränsas inte försäkringstagarens rätt till försäkringsersättning även om försäkringsfallets inträffande står i direkt samband med den åsidosatta föreskriften.

Den problematik som diskuteras i den här artikeln (och HD:s avgörande) bottenar i att biförpliktelseernas nedsättningsregler kan urholkas beroende på hur omfattningsvillkoren utformas. Omfattningsvillkor kan t.ex. formuleras så att de exkluderar från försäkringsskydd de förhållanden som biförpliktelseerna reglerar, men utan att hörsamma biförpliktelseernas till förmån för försäkringstagaren tvingande nedsättningsregler. Detta ska illustreras med följande två omfattningsvillkor och det klassiska ”cykellåsexemplet”.

- I. Försäkringen gäller för stöld av cykel som har inbyggt lås.
- II. Försäkringen gäller för stöld av cykel som har inbyggt lås och som är låst.

Det första omfattningsvillkoret innebär att om försäkringstagarens cykel blir stulen krävs att cykeln hade ett inbyggt lås för att något försäkringsskydd ska komma ifråga. Om cykeln blir stulen och saknar inbyggt lås erbjuds inget försäkringsskydd. Någon aktsamhetsbedömning, exempelvis om försäkringstagaren borde ha tillsett att cykeln hade ett inbyggt lås, görs inte. Lagstiftaren har i förarbetena angett att omfattningsvillkoret är tillåtet.⁶

Det andra omfattningsvillkoret kräver dock att det inbyggda låset därutöver *används*. Detta villkor ålägger därmed försäkringstagaren ett visst handlingssätt (att låsa cykeln), som uppenbarligen har som syfte att förebygga att cykeln blir stulen (dvs. försäkringsfall). Omfattningsvillkoret utgör därför, eller innehåller i vart fall, en säkerhetsföreskrift. Men till skillnad från en ”riktig” säkerhetsföreskrift nekar omfattningsvillkoret försäkringsersättning helt och hållet om cykeln blir stulen när den inte är låst (dvs. när ”säkerhetsföreskriften” överträds); förutsättningarna för försäkringsskydd föreligger ju inte. Den skälighetsprövning som ska göras när en säkerhetsföreskrift blivit åsidosatt finns det inte utrymme för. En annan skillnad mot en säkerhetsföreskrift är att villkoret möjliggör att försäkringsskydd nekas utan att det först görs en

⁶ Prop. 2003/04:150, s 428, se även SOU 1989:88, s 219.

oaktsamhetsprövning. Slutligen bör noteras att försäkringstagaren i exemplet åläggs en omvänd bevisbörda.⁷

Det är 4 kap. 11 § FAL som förhindrar att biförpliktelserna kan kringgå. Paragrafen har följande lydelse:

Bestämmelserna i detta kapitel tillämpas också om en försäkring innehåller försäkringsvillkor som enligt sin lydelse begränsar försäkringens omfattning, när begränsningen beror av om någon på den försäkrades sida på förhand har känt till de förhållanden som har orsakat försäkringsfallet eller uppsåtligt eller genom vårdslöshet har medverkat till detta eller på annat sätt åsidosatt sina skyldigheter enligt kapitlet.

Bestämmelsen innebär att det ska göras en genomlysning av dolda handlingsklausuler, vilket i regel medför att den biförpliktelse som den dolda handlingsklausulen i själva verket utgör tillämpas istället. Detta har åskådliggjorts med cykellåsexemplet ovan. Inslaget i omfattningsvillkoret att låsa cykeln ska alltså tillämpas som vore det en säkerhetsföreskrift, vilket bl.a. får till följd att det ska prövas om det var oaktsamt av försäkringstagaren att inte låsa cykeln innan det överhuvudtaget kan bli aktuellt med en nedsättning. Kanske bevittnar försäkringstagaren ett sjukdomsfall under sin cykeltur och snabbt parkerar, men utan att låsa, cykeln för att rusa till undsättning. Om cykeln i samband med detta blir stulen är det tänkbart att försäkringstagaren inte agerade oaktsamt som underlät att låsa cykeln, varvid denna har rätt till försäkringsersättning. Gränsdragningen mellan vad som utgör ett tillåtet omfattningsvillkor och en dold handlingsklausul har som ovan antytts diskuterats under mycket lång tid. Det andra cykellåsexemplet ovan har lagstiftaren själv angett utgör en dold handlingsklausul,⁸ men det finns exempel som är betydligt mer komplicerade.

Med tanke på den nästan obefintliga praxisen från allmänna domstolar, även i underrätter, kan man fundera över hur stora problem frågeställningen ger upphov till i praktiken. En del av förklaringen kan vara att en dold handlingsklausul inte nödvändigtvis i alla lägen är otillåten. Om försäkringsbolaget kan åberopa vägande försäkringstekniska skäl⁹ (ibland också benämnt försäkringsmässiga skäl) för en klausuls

⁷ Enligt huvudregeln är försäkringstagaren bevisskyldig för att det föreligger en rätt till försäkringsersättning i och för sig och försäkringsbolaget bevisskyldigt för eventuella undantag eller nedsättningsregler, inklusive att en säkerhetsföreskrift har åsidosatts. I cykellåsexemplet måste dock försäkringstagaren visa att cykeln var låst, dvs. visa att denna har uppfyllt vad som i realiteten utgör en säkerhetsföreskrift — vilket det som utgångspunkt egentligen åligger försäkringsbolaget att visa.

⁸ Prop. 2003/04:150, s 428.

⁹ Försäkringstekniska skäl kan, något förenklat, beskrivas som de överväganden som ligger till grund för förhållandet mellan risken och premien för en viss försäkringsprodukt, se Jakob Andersson, Kan otillåtna omfattningsvillkor tillåtas av försäkringstekniska skäl?, SvJT 2020 s 420 f. Det rör sig alltså om en stor mängd faktorer kring bedömning av risken, försäkringens administrering, skadereglering m.m. (se t.ex. p 30 i Mobilförsäkringen).

utformning kan den möjligen tillåtas. Detta har jag undersökt i en tidigare artikel i SvJT.¹⁰ En annan delförklaring ligger säkert i just frågeställningens komplexitet. Skaran hornbeprydda villkorsförfattare som med minutiös precision formulerar ”fiffiga” omfattningsvillkor för att så långt som möjligt tänja på gränserna för vad som är tillåtet är sannolikt försvinnande liten — för att inte säga obefintlig. En högst anekdotisk reflektion är att villkorsförfattare i regel formulerar sig på ”den säkra sidan”, om problematiken ens uppmärksammas vid villkorsskrivningen. HD:s dom i Mobilförsäkringen berör dessa delförklaringar, som kommer att analyseras i det följande.

2 HD:s avgörande

2.1 Relevanta omständigheter i målet

Något förenklat handlade målet om ett utländskt försäkringsbolag som erbjöd en konsumentförsäkring för mobiltelefoner och surfplattor. Försäkringsskydd erhöles om mobiltelefonen eller surfplattan plötsligt slutade fungera, blev stulen, eller om försäkringstagaren plötsligt upptäckte att den hade förlorats. Försäkringen innehöll också följande undantag, som blev föremål för domstolens prövning:

[Försäkringen] täcker inte skador, stöld eller förlust som; [...] uppkommit då du inte haft uppsikt över din mobil/surfplatta i fordon, på allmän plats eller i allmän lokal.

Konsumentombudsmannen ansåg att undantaget var oskäligt enligt 3 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, eftersom villkoret i realiteten utgjorde en säkerhetsföreskrift och därmed möjliggjorde för försäkringsbolaget att neka försäkringsersättning utöver vad som medges enligt FAL.

Försäkringsbolaget bestred att villkoret utgjorde en säkerhetsföreskrift. Enligt försäkringsbolaget var syftet med undantaget att begränsa risken för skada på offentliga platser och därmed undvika att villkoret behövde utformas på ett sätt som väsentligen skulle fördyra skaderegleringen. Undantaget hade tidigare utformats som en säkerhetsföreskrift, men detta hade upplevts som negativt av försäkringstagarna eftersom det innebar att de själva fakturerades en del av skadekostnaden. Enligt försäkringsbolaget skulle därför undantaget av försäkringstekniska skäl vara tillåtet.

Patent- och marknadsdomstolen ogillade talan eftersom domstolen ansåg att villkoret inte stred mot 4 kap. 11 § FAL. Patent- och marknadsöverdomstolen kom dock fram till motsatt utgång.

¹⁰ Jakob Andersson, a.a., s 416 ff.

2.2 HD:s bedömning

Som antytts innehåller avgörandet vissa marknadsrättsliga aspekter. Dessa ligger utanför den här artikelns syfte och kommer därför inte att beröras i den fortsatta framställningen.

HD uppmärksammade inledningsvis att lagstiftaren vid FAL:s tillkomst understrukit betydelsen av att lagen inte fick hindra försäkringsbolag från att ta fram nya försäkringsprodukter för att möta nya behov. En grundprincip i FAL är därför att försäkringars omfattning¹¹ endast regleras undantagsvis, och i förekommande fall genom dispositiva bestämmelser. Som utgångspunkt råder därför avtalsfrihet vid utformandet av omfattningsvillkor. HD konstaterade vidare att omfattningsvillkor typiskt sett utformas genom att en bestämd risk, händelse eller förlust är angiven som täckt eller undantagen i försäkringsvillkoren. Enligt HD är detta fråga om att ”objektivt” beskriva vad försäkringen täcker och inte täcker.

Beträffande 4 kap. 11 § FAL noterade HD att syftet med bestämmelsen är att reglera dolda handlingsklausuler. Till skillnad från 12 kap. 5 § FAL, som handlar om s.k. symtomklausuler, går det inte att utläsa ur bestämmelsen att försäkringstekniska skäl kan åberopas för att göra avsteg från densamma.¹² Enligt HD ska 4 kap. 11 § FAL tillämpas när ett omfattningsvillkor innehåller ”handlingsdirigerande anvisningar”. Som exempel på en situation som kan utgöra en dold handlingsklausul nämner HD en inbrottsförsäkring som bara erbjuder skydd om inbrottet sker i ett låst utrymme. Detta kan nämligen uppfattas som en säkerhetsföreskrift som ålägger försäkringstagaren att låsa utrymmet. Att ett omfattningsvillkor kan uppfattas som en säkerhetsföreskrift innebär emellertid inte per automatik att det också kan *tillämpas* som ett sådant villkor. HD påpekade att säkerhetsföreskrifter måste ha ett visst mått av tydlighet och bestämdhet. Om omfattningsvillkoret *prima facie* utgör en säkerhetsföreskrift, men samtidigt inte uppfyller de krav som ställs på en sådan, anser HD att det inte kan komma ifråga att tillämpa villkoret i någon tappning.

HD noterade att det många gånger är svårt att avgöra om ett omfattningsvillkor utgör en dold handlingsklausul, eftersom det sällan uttryckligen framgår i villkoret om det knyter an till ett visst handlande hos försäkringstagaren. Det är i första hand genom sedvanlig avtals-tolkning som det får fastställas om ett omfattningsvillkor är giltigt. HD underströk dock att ovan nämnda produktfrihetsprincip har betydelse vid tolkning av omfattningsvillkor. Det finns därför anledning att beakta försäkringstekniska skäl såsom exempelvis bedömning av risk,

¹¹ Det kan noteras att ordvalet ”omfattning”, som förekommer i domen, möjligen kan ifrågasättas. Det som åsyftas är gissningsvis vilka risker försäkringsbolag väljer att försäkra. Det kan dock med fog hävdas att även villkor som anger hur eller när försäkringsskydd erbjuds utgör en del av försäkringens omfattning, och sådana villkor regleras som bekant av 4 kap. 11 § FAL.

¹² Symtomklausuler kan sägas utgöra ett undantag från FAL:s tvingande reglering vid försäkringstagarens upplysningsplikt, också det en biförpliktelse. Se Jakob Andersson, a.a., s 421 f.

premiesättning, preventionshänsyn, administration av försäkringen och dess skadereglering. Enligt HD är det dock ”i allmänhet” inte relevant att beakta försäkringstekniska skäl om omfattningsvillkoret lika gärna hade kunnat formuleras som en biförpliktelse.

Vad gäller *in casu*-bedömningen konstaterade HD att det aktuella villkoret utgjorde ett undantag från försäkringsskydd som innehöll ett handlingsdirigerande moment; att hålla uppsikt över sin mobiltelefon eller surfplatta. Enligt HD kan detta inte uppfattas som ett undantag från ett ”rent objektivet händelseförlopp”. Villkoret hade lika gärna kunnat formuleras som en säkerhetsföreskrift, vilket också framgick i ett yttrande som HD inhämtat från Svensk Försäkring. Försäkringsbolagets inställning att villkoret ändå skulle tillåtas eftersom det var berättigat av försäkringstekniska skäl kunde enligt HD inte tillmätas ”sådan betydelse” att villkoret ändå skulle ges innebörden av ett omfattningsvillkor. Villkoret var därför otillåtet.

3 Analys

Enligt min uppfattning finns det främst tre lärdomar att dra av Mobilförsäkringen. Dessa är följande. (i) HD:s gränsdragning kring ”handlingsdirigerande anvisningar” ger endast begränsad vägledning för att avgöra när omfattningsvillkor utgör dolda handlingsklausuler, (ii) en otydligt formulerad dold handlingsklausul kan innebära en stor risk för försäkringsbolaget och (iii) ett omfattningsvillkor som enligt sin ordalydelse inkräktar på en biförpliktelse ska inte i alla lägen åsidosättas enligt 4 kap. 11 § FAL.

Vad gäller (i) är HD:s medskick att omfattningsvillkor som innehåller handlingsdirigerande anvisningar i regel är att betrakta som dolda handlingsklausuler (p 26 och 31–32). En inledande observation är dock att det framstår som oklart vad som avses med ”handlingsdirigerande anvisningar”. Någon närmare beskrivning av begreppet ges inte. Det finns inte skäl att tolka HD:s slutsats bokstavligt, dvs. att *alla* omfattningsvillkor som innehåller handlingsdirigerande anvisningar är att betrakta som dolda handlingsklausuler (och därför som utgångspunkt ska åsidosättas enligt 4 kap. 11 § FAL). Bestämmelsen i 4 kap. 11 § FAL ska endast tillämpas om ett omfattningsvillkor innehåller en biförpliktelse, och som ovan förklarats tar biförpliktelserna endast sikte på visst särskilt handlande hos försäkringstagaren (typiskt sett, men inte enbart, oaktsamt eller uppsåtligt handlande som ökar risken för, eller förvärrar följderna av, försäkringsfall).

”Handlingsdirigerande anvisningar” framstår som ett brett begrepp. Det kan inte uteslutas att ett omfattningsvillkor skulle kunna innehålla anvisningar som inte inkräktar på förhållanden som regleras av biförpliktelserna. Men sannolikt förhåller det sig så att alla omfattningsvillkor som innehåller en biförpliktelse samtidigt innefattar en ”handlingsdirigerande anvisning”, eftersom biförpliktelserna som sagt tar sikte på försäkringstagarens handlande. Det omvända behöver dock

inte gälla. Att en försäkringstagare skulle kunna åberopa minsta anvisning i ett omfattningsvillkor för att åsidosätta detsamma kan inte vara riktigt. En tillspetsad och modifierad version av ovan nämnda cykellåsexempel kan illustrera detta: "Försäkringen gäller för stöld av cykel som har inbyggt lås och erforderligt lufttryck i däcken". Det understrukna tillägget är möjligen opedagogiskt eftersom det till synes ökar risken för försäkringsfall, och orimligt av bl.a. den anledningen. Poängen är dock att omfattningsvillkoret ålägger försäkringstagaren ett handlingssätt, likt villkoret där försäkringstagaren åläggs en plikt att låsa cykeln, och får därmed sägas innehålla en "handlingsdirigerande anvisning". Skyldigheten att förvissa sig om däckens lufttryck är dock ingen anvisning som inkräktar på biförpliktelseernas domäner. Omfattningsvillkoret borde därför inte kunna åsidosättas med stöd av 4 kap. 11 § FAL.

En inledande slutsats är sålunda att man inte kan stirra sig blind enbart på förekomsten av en handlingsdirigerande anvisning i ett omfattningsvillkor, och anse att det i sig är tillräckligt för att tillämpa 4 kap. 11 § FAL. Förekomsten av en handlingsdirigerande anvisning är dock en varningslampa, eftersom det möjligen utgör ett nödvändigt — men alltså inte tillräckligt — rekvisit för att ett omfattningsvillkor ska utgöra en dold handlingsklausul. Emellertid är den avgörande frågan om den handlingsdirigerande anvisningen kan kopplas till de förhållanden som biförpliktelseerna tar sikte på.

HD nämner att omfattningsvillkor "objektivt" ska beskriva vilka risker försäkringen täcker och inte täcker (p 19). Om ett omfattningsvillkor inkluderar ett handlingsdirigerande moment innefattar det inte ett "rent objektivt händelseförlopp" (p 31). Möjligen ska därför omfattningsvillkor som innehåller "handlingsdirigerande anvisningar" förstås som att försäkringsskyddets bestånd innehåller subjektiva inslag, dvs. att försäkringsskyddet i viss mån är avhängigt försäkringstagarens *medverkan*. Som vi har sett precis ovan måste också denna medverkan *regleras av biförpliktelseerna*. Om så är fallet utgör omfattningsvillkoret en dold handlingsklausul. Denna uppfattning skulle förklara varför exemplet ovan där försäkringstagaren åläggs att låsa cykeln är att anse som en dold handlingsklausul. Det förklarar också varför det är fullt giltigt att vid exempelvis en villaförsäkring undanta skador som uppstår till följd av blixtnedslag; försäkringstagaren kan inte påverka blixtnedslaget inträffande. Här tycks alltså HD vara någon slags gränsdragning på spåren. Den uppdelning som HD förefaller göra mellan subjektiva och objektiva förutsättningar för försäkringsskydd synes överensstämma ganska väl med den som föreslagits av Harald Ullman ("cykellåsprincipen"),¹³ som därför möjligen vunnit vissa insteg i debatten.

Någon ytterligare vägledning ges dock inte och tolkningsmetoden stöter därför snabbt på patrull. Det omfattningsvillkorsexempel som endast tog sikte på om cykeln hade ett inbyggt lås nämns som sagt av

¹³ Harald Ullman, a.a., s 256 ff.

lagstiftaren som ett giltigt omfattningsvillkor. Jämfört med blixtnedslagsexemplet strax ovan innehåller dock villkoret ett subjektivt moment; införskaffandet av en cykel som har ett inbyggt lås. Villkoret kräver att försäkringstagaren medverkar för att ”kvalificera sig” för försäkringsskyddet. Ett annat exempel är att det i en brandförsäkring anges att skador endast täcks under förutsättning att det finns en brandvarnare i det försäkrade utrymmet. Enligt min mening föreligger ingen egentlig skillnad mellan detta villkor och nyss nämnda cykellåsexempel. Men hur ska man se på ett motsvarande exempel som innehåller tillägget att brandvarnaren också ska *fungera*? Plötsligt infinner sig en viss osäkerhet, trots att det samtidigt får anses självklart att brandvarnaren ska fungera också i det förstnämnda exemplet, som ju sannolikt är ett giltigt omfattningsvillkor.

En tänkbar förklaring till varför omfattningsvillkor likt exemplet med det inbyggda cykellåset kan godtas är för att det inte uppställs någon kontinuerlig aktsamhetsförpliktelse på försäkringstagaren, och att det inte finns momentana kopplingar mellan det subjektiva inslaget och ökad risk för skada. Det subjektiva inslaget föreligger endast en gång, när försäkringstagaren genom införskaffandet av cykeln kvalificerar sig för försäkringsskyddet (som dessutom kan ha skett redan innan försäkringen tecknades). Detta kan kontrasteras mot omfattningsvillkoret som ålägger försäkringstagaren att låsa sin cykel. I detta fall rör det sig om en kontinuerlig förpliktelse och en underlåtenhet att låsa cykeln har som omedelbar och direkt konsekvens att det ökar risken för försäkringsfall. Den nyss förda diskussionen utvisar att det hade varit hjälpsamt om HD åtminstone gett någon vägledning om *när* det inte får finnas ett handlingsdirigerande moment för att omfattningsvillkoret ska vara giltigt.

Beträffande (ii) fastslår HD under punkterna 26 och 27 att *om* ett omfattningsvillkor i själva verket utgör en dold handlingsklausul i form av en säkerhetsföreskrift, men samtidigt inte uppfyller de krav på tydlighet m.m. som uppställs på sådana föreskrifter, kan villkoret överhuvudtaget inte tillämpas som ett omfattningsvillkor. Rättsregeln, som även kommit till uttryck i underrättspraxis,¹⁴ innebär att det finns ett gränsland där ett omfattningsvillkor *prima facie* utgör en säkerhetsföreskrift men ändå inte uppfyller kraven för att fungera som en ”fullständig” sådan. Om så är fallet får försäkringsbolaget finna sig i att omfattningsvillkoret överhuvudtaget inte kan åberopas. Detta får ses som en tydlig uppmaning till försäkringsbolagen att inte chansa när risker exkluderas, utan istället bestämma sig för att antingen på ett otvetydigt sätt exkludera risken eller begränsa risken genom en tydligt formulerad säkerhetsföreskrift.

Rättsregeln framstår vid första anblick som fullt rimlig. Men det finns skäl att se den i ljuset av HD:s slutsats att alla omfattningsvillkor som

¹⁴ Svea hovrätts dom den 21 november 2016 i mål T 100-16.

innehåller handlingsdirigerande anvisningar till synes utgör dolda handlingsklausuler.

Som förklarades strax ovan är det på intet sätt självklart att alla handlingsdirigerande anvisningar faktiskt korresponderar med en motsvarande biförpliktelse. Här kan det tänkas uppkomma en situation där en domstol anser att ett omfattningsvillkor innehåller en handlingsdirigerande anvisning men finner det svårt att matcha anvisningen mot en biförpliktelse. Ovan har argumenterats för att 4 kap. 11 § FAL inte ska tillämpas i dessa situationer. Emellertid kan det inte uteslutas att domstolen istället nöjer sig med att konstatera att det finns en handlingsdirigerande anvisning och anser att "osäkerheten" i vilken biförpliktelse som är aktuell innebär att villkoret överhuvudtaget inte kan tillämpas. I samma anda skulle det även kunna vara frestande att i dessa lägen falla tillbaka på oklarhetsregeln.

En möjlig ståndpunkt är att den etablerade rättsregeln endast är tillämplig på säkerhetsföreskrifter och att försäkringsbolag får skylla sig själva om de formulerar otydliga sådana. Men då får man först och främst betänka att det inte alltid är försäkringsbolag som formulerar villkor; vid sidan av att i alla fall enskilda klausuler kan vara individuellt framförhandlande kan hela villkor också vara i princip helt och hållet framtagna av försäkringsförmedlare som representerar försäkringstagaren. Sällan torde det i dessa situationer ha funnits en insikt, än mindre än avsikt, att omfattningsvillkoret skulle kunna utgöra en säkerhetsföreskrift; om så befunnits vara fallet skulle nog villkoret ha omformulerats. Om ett omfattningsvillkor innehåller handlingsdirigerande anvisningar och det uppstår svårigheter att komma underfund med vilken biförpliktelse som är tillämplig bör man således i första hand inte fråga sig *vilken* biförpliktelse som är tillämplig — utan om *någon* biförpliktelse är tillämplig.

Vad så slutligen gäller (iii), dvs. att ett omfattningsvillkor som enligt sin ordalydelse inkräftar på en biförpliktelse inte i alla lägen ska åsidosättas enligt 4 kap. 11 § FAL, är följande av intresse.

I punkten 30 anger HD att hänsyn kan tas till försäkringstekniska skäl vid tolkningen av omfattningsvillkor. Emellertid konstaterar HD också att det "i allmänhet" saknas skäl att fästa avseende vid försäkringstekniska skäl om omfattningsvillkoret "lika gärna hade kunnat formuleras som en biförpliktelse". Någon förklaring till när ett omfattningsvillkor lika gärna hade kunnat formuleras på det viset, och alltså när försäkringstekniska skäl typiskt sett inte är relevant att beakta, ger dock inte HD. En naturlig första tanke är att HD åsyftar de situationer när omfattningsvillkoret enligt sin ordalydelse tydligt inkräftar på en biförpliktelses tillämpningsområde. En närmare granskning av doktrinuttalanden och HD:s *in casu*-bedömning ger dock vid handen att det möjligtvis är en felaktig tolkning.

HD:s konstaterande är i princip ordagrant saxat från Bertil Bengtssons *Försäkringsavtalsrätt*, och återges i sin kontext i justitisekreterarens rättsutredning. Bengtsson noterar i sammanhanget att man måste ta hänsyn till den "egentliga innebörden" av ett omfattningsvillkor, men samtidigt sätta villkoret i relation till "försäkringens art". Därför finns det enligt Bengtsson större anledning att godta potentiella dolda handlingsklausuler som omfattningsvillkor vid företagsförsäkring. Om ett omfattningsvillkor "objektivt sett framstår närmast som en omskrivning" av en biförpliktelse ska biförpliktelsen dock tillämpas. Omvänt finns det anledning att godta villkoret om det "närmast avser ett faktiskt förhållande som utgör en förutsättning för försäkringsskydd". I tveksamma fall kan man enligt Bengtsson fästa vikt vid om vägande försäkringstekniska skäl talar för att tillämpa omfattningsvillkoret enligt sin ordalydelse.¹⁵ Bengtssons uppfattning synes alltså vara att man inte dogmatiskt kan ta fasta enbart på ordalydelsen i ett omfattningsvillkor. Att ett omfattningsvillkor till sin ordalydelse inkräktar på en biförpliktelse utesluter ju inte att det samtidigt "närmast avser ett faktiskt förhållande som utgör en förutsättning för försäkringsskydd".¹⁶

Om man ser till HD:s *in casu*-bedömning är följande att beakta. Ovan nämnda exempel där försäkringstagaren åläggs en förpliktelse att låsa cykeln nämns som sagt av lagstiftaren som ett typiskt fall på en dold handlingsklausul. Enligt lagstiftaren utgör det i själva verket en säkerhetsföreskrift. Det bör noteras att försäkringstagarens medverkan ("säkerhetsföreskriftsinslaget") endast infinner sig vid enstaka tillfällen då denna parkerar cykeln. Vid en jämförelse framstår nu aktuellt villkor, där försäkringstagaren åläggs en kontinuerlig förpliktelse att hålla uppsikt över sin mobiltelefon eller surfplatta (när denna befinner sig i vissa utrymmen), som innefattande en betydligt högre grad av medverkan från försäkringstagaren. En pikant detalj i sammanhanget är att villkoret tidigare hade varit utformat som en säkerhetsföreskrift. Mot den här bakgrunden framstår det som uppenbart att villkoret utgjorde en dold handlingsklausul.

HD fann också tämligen omgående att förutsättningarna för att villkoret skulle anses utgöra en dold handlingsklausul förelåg. Även om HD inte uttryckligen också angav att villkoret därför utgjorde en dold handlingsklausul är det tydligt att domstolen ansåg att så var fallet. HD angav särskilt att omfattningsvillkoret lika gärna hade kunnat formuleras som en säkerhetsföreskrift. Till synes är det först därefter som HD prövar försäkringsbolagets invändning, dvs. att villkoret ändå borde tillåtas av försäkringstekniska skäl. Vid det här laget fanns det dock inga tvivel om att villkoret "tolkningsvis" utgjorde en dold handlingsklausul. HD fann att det som försäkringsbolaget anfört inte

¹⁵ Bertil Bengtsson, *Försäkringsavtalsrätt*, uppl. 4, p 10.3.2.

¹⁶ Jfr den reglering som gäller för symptomklausuler i 12 kap. 5 § FAL. Se även Jakob Andersson, a.a., s 421 f.

kunde ges "sådan betydelse" att villkoret ändå skulle "tilläggas innebörden av ett omfattningsvillkor". HD prövade alltså försäkringsbolagets invändning i sak, trots att det var domstolens uppfattning att villkoret i vart fall enligt sin ordalydelse uppenbarligen utgjorde en dold handlingsklausul. Om HD ansåg att ordalydelsen var avgörande för om ett omfattningsvillkor lika gärna kan formuleras som en säkerhetsföreskrift hade HD inte behövt pröva försäkringsbolagets invändning i sak. Framförallt hade HD inte haft anledning att samtidigt antyda att försäkringstekniska skäl *kan* ges en "sådan betydelse" att en dold handlingsklausul ändå ska tillämpas som ("tilläggas innebörden av") ett omfattningsvillkor.

Av ovanstående torde slutsatsen kunna dras att enbart det faktum att ett omfattningsvillkor enligt sin ordalydelse korresponderar med en biförpliktelse inte per automatik innebär att försäkringstekniska skäl saknar betydelse i prövningen om villkoret ska åsidosättas enligt 4 kap. 11 § FAL. Om den teoretiska grunden för den här prövningen ska betraktas som ett undantag från 4 kap. 11 § FAL eller som en del av själva tolkningsoperationen av *huruvida* ett omfattningsvillkor utgör en dold handlingsklausul kan diskuteras, men är kanske enbart av akademiskt intresse. HD:s redogörelse kring rättsläget (p 30) antyder vid första anblick att så endast kan ske i tolkningsledet. Att försäkringstekniska skäl är ett relevant tolkningsdatum vid tolkning av försäkringsavtal är förvisso ingen nyhet.¹⁷ Under dessa förhållanden borde dock försäkringstekniska skäl sakna betydelse om omfattningsvillkoret till sin ordalydelse uppenbarligen utgör en dold handlingsklausul, likt som i nu aktuellt fall. HD uttrycker sig emellertid inte så kategoriskt, och detta synes som sagt inte heller vara Bertil Bengtssons uppfattning, som HD förefaller finna stöd hos. Därtill bör omfattningsvillkor vars lydelse klart inkräktar på en biförpliktelse i vissa fall ändå kunna tillåtas, exempelvis om risken annars inte anses försäkringsbar (vilket nog inte är helt lätt att leda i bevis i och för sig). Under dessa förhållanden finns det ju ingen oklarhet att "tolka"; det är snarare fråga om att pröva försäkringstekniska skäl inom ramen för en slags *tillåtlighetsprövning* av omfattningsvillkoret. Att såväl rättskällor som ändamålsskäl länder stöd för att en sådan möjlighet finns har jag argumenterat för i min tidigare omnämnda artikel. Oavsett den teoretiska grunden synes det dock stå klart att ordalydelsen av ett omfattningsvillkor inte är utslagsgivande vid bedömningen av om villkoret ska åsidosättas enligt 4 kap. 11 § FAL. Andra faktorer spelar också in.

¹⁷ Se Bertil Bengtsson, Försäkringsavtalsrätt, uppl. 4, p 3 och Försäkringsteknik och civilrätt, s 83 ff.