

Professionsutövares ansvarsbegränsningar*

JAN KLEINEMAN**

I sitt omfattande arbete *Advokatretten*¹ uttalar Mads Bryde Andersen följande:

»Klart er det f.eks., at advokaten ikke kan fraskrive sig ansvar for grov uagtsomhed eller for at efterkomme pligter, der må anses for grundlaeggende for udforseln af opdraget (så som at overholde frister mv.).«

Det är enligt mitt förmenande en viktig princip som Mads slår fast och som även ur ett komparativt perspektiv borde framstå som allmängiltig ur nordisk synvinkel. Jag har själv utgått från detsamma i mina egna arbeten om s.k. professionsansvar. Principen har emellertid nyligen kommit att ifrågasättas genom en icke-prejudicerande skiljedom och därefter ett avgörande i svenska Högsta domstolen som jag inte känner mig helt bekväm med.

Det svenska händelseförloppet började på ett oväntat sätt med en klandrad skiljedom där ett antal synnerligen välsedda skiljemän påtagligt avvek från vad som jag och många med mig uppfattade som ett ganska klarlagt rättsläge och istället valde ett synsätt som framstod som tämligen oväntat. Offentliggörandet av skiljedomen initierade en ovanligt intensiv debatt på den kommersiella avtalsrättens område, som medfört ett stort antal artiklar² och det framstod nu som om möjligheterna för ombud att välja ett helt

* Uppsatsen har tidigare publicerats i Udsen, Henrik m.fl. (red.), Festskrift til Mads Bryde Andersen, Djøf Forlag, Köpenhamn, 2018, s. 525 ff.

** Professor i civilrätt vid Juridisk Fakulteten, Stockholms Universitet, versam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ 1. Udgave 2005 s. 758.

² Se t.ex. Lindskog, Jämknings i kommersiella avtalsförhållanden, i Aftaleloven 100 år, Bakgrund, status, utfordringer, fremtid, Copenhagen 2015, s. 305 ff, C Ramberg i JT 2010–11 s. 927 ff och Svante O Johansson, Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi idag med ansvarsfriskrivningar i JT 2015–16 s. 50 ff. Jfr här till hur jag uppfattat det principiella rättsläget, Kleineman, i Festskrift till Lars Heuman (2008), Grov oaksamhet som privaträttsligt principproblem, a.a. s 261 ff.

nytt sätt att argumentera när det gällde att försvara kontraktuella ansvarsbegränsningar plötsligt låg öppen även när beteendet innefattade allvarliga åsidosättande av aktsamhetsnormen och därvid bl.a. hävda att förevaro av grov oaktsamhet inte medförde undanröjande av den kontraktuella ansvarsbegränsningen. Till skillnad från vad som numera tycks vara flera författares ståndpunkt, uppfattar jag det svenska rättsläget emellertid fortfarande som oklart och i viss mån anmärkningsvärt om de synpunkter som förts fram är riktiga, i så måtto att om professionsutövares ansvar väsentligen begränsats, genom att de i större utsträckning än tidigare vid grövre åsidosättande av sina förpliktelser, numera skulle kunna undgå att svara för de skador som de förorsakat än vad som allmänt ansetts vara fallet, detta innebär en svensk avvikelse från vad som komparativt brukar anses gälla.

Att resonemanget inte enbart har sin grund i en skiljedom utan eget prejudikatvärde – *Profilgruppsdomen*³ – utan numera har stöd i ett avgörande från HD, NJA 2017 s. 113, komplicerar bedömningen, men frågan är hur nära HD:s bedömning egentligen ligger skiljemännens. Den frågan kommer nog att fortsätta att engagera till dess vi får flera prejudikat.

Det bör till att börja med konstateras att det i visst hänseende är svårt att systematisera professionsansvaret i den klassiska dikotomin kommersiell avtalsrätt *versus* konsumentavtalsrätt. Det är inte blott det faktum att professionsutövares ansvarssituation är olika beroende på om klienten är en konsument eller om denne är en näringsidkare, utan även det faktum att uppdragets natur är annorlunda än vad fallet är vid t.ex. köpavtal. Även kundernas möjlighet att kritiskt granska uppdragets utförande varierar och man skall därvid inte överbetona kommersiella aktörers möjligheter att utvärdera kvaliteten på professionsutövarnas agerande.⁴ Enligt mitt förmenande bör varje diskussion om kontraktuella ansvarsbegränsningar ha sin utgångspunkt i frågan om acceptabla riskfördelningar mellan den oaktsamme och den skadelidande och inte i generella resonemang om skäliga och oskäliga avtalsvillkor. Dessutom bör man vid professionsansvar begränsa analysen till för denna avtalstyp relevanta riskfördelningsfaktorer. Det är denna tes jag avser att utvärdera i denna uppsats.

Vad som därvid utmärker professionella rådgivare är att dessa normalt har mycket goda möjligheter att försäkra sig mot skada som drabbar klienten,

³ Skiljenämndens ordförande – Stefan Lindskog – har själv återgivet densamma i sin uppsats som nämns under not 2.

⁴ Se här till min uppsats i Festskrift till Torgny Hästad (2010), Reklamationsplikt vid rådgivaransvar, a.a. s. 333.

medan den senare normalt helt saknar den möjligheten. Här skiljer sig denna avtalstyp påtagligt från t.ex. kommersiella leveransavtal, där köparen kan bära risker under transport och därför också kan och bör teckna försäkringar som gör att en kontraktuell riskfördelning efter parternas egna önskemål framstår som normalt fullt acceptabel.⁵

Saken är annorlunda med professionsutövare, särskilt sådana som tillhandahåller kvalificerade tjänster. Det finns begränsade möjligheter för kunderna att såväl analysera tjänstens kvaliteter som att påverka villkoren för dess utförande.⁶ Det rör sig om en verksamhet som är i sig *kraftigt tillitsskapande* och dessutom normalt är kostsam och kringgärdas av etiska regelverk, som t.ex. revisorers och advokaters verksamhet. På goda grunder kan ställas större krav på aktsamhet på sådana professionsutövare och det särskilt som de skador de kan tillfoga sina klienter ofta vida överstiger skador vid andra kontraktsbrott, t.ex. fel i levererade varor. Man kan uttrycka saken så, att följdskadeproblematiken här får helt andra proportioner än vid t.ex. leveransavtal.

Är kunden en privatperson kan detta ansvar i allmänhet antas vara mer omfattande eftersom det här angivna synsättet rimligen borde accentueras om klienten är helt beroende av denna form av tjänst, något som har fått sitt främsta uttryck i svensk rätt genom konsumenttjänstlagen. Lagen, inklusive skadeståndsbestämmelserna, är visserligen tvingande, men gäller endast arbete på lös sak, fast egendom eller förvaring. Andra professionella tjänster har i svensk rätt inte föranlett särskild lagstiftning, med undantag för s.k. finansiell rådgivning till konsumenter. Även där finns en tvingande skadeståndsregel och i det senare fallet innefattar ansvaret ett oaktsamhetsansvar och vid konsumenttjänster är det tvingande ansvaret ännu strängare och

⁵ Skada genom brand är annorlunda. Här har ofta den skadelidande goda försäkringsmöjligheter medan skadevällaren ofta kan ha svårigheter att hitta relevant skadeskydd, särskilt om skadan är stor. I detta sammanhang brukar nämnas det klassiska engelska avgörandet *Photo Production Ltd. v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827, [1980] 2 WLR 283, [1980] 1 All ER 556.

⁶ Det har dock påpekats för mig att det numera finns särskilda experter som upphandlar t.ex. finansiella konsulter åt svenska staten som bl.a. kräver besked om varför man från konsulternas sida önskar övervältra skador orsakade genom oaktsamhet på klienten eftersom man påfordrar att konsulterna har ansvarsförsäkring. Sådana förhandlingar har det sagts mig slutar ofta med att konsulterna åtar sig ett culpaansvar intill faktiskt försäkringskydd om detta anses vara i paritet med vad som kan krävas av den aktuella verksamheten. Man skall dock akta sig för att friskriva sig och sedan överlåta rätten till försäkringsersättning eftersom konsulten då inte drabbats av skada varvid försäkringsbolaget kan avböja skadereglering.

innefattar presumtionsansvar och i vissa fall ett ännu strängare ansvar, byggt på köprättsliga ansvarsprinciper.

Bortom det lagreglerade ansvaret gäller i svensk rätt *allmänna skadeståndsrättsliga principer* såväl i kommersiella relationer som gentemot konsumenter, vilket självfallet är ett oaktsamhetsansvar. Liksom i de flesta andra länder torde sedan länge i svensk rätt⁷ ha funnits en tanke om att för det fall professionsutövaren kan påvisas ha varit i vart fall grovt oaktsam, så borde det föreligga en presumtion för att sådan kvalificerad oaktsamhet medför att ansvarsbegränsningar inte bara i konsumentrelationer, utan även vid kommersiella rådgivningsuppdrag ofta skulle »falla« bort.⁸ Bernitz beskriver rättsregeln som tvingande.⁹ Kanske har emellertid detta synsätt i ett hänseende varit lite för långtgående, då detsamma inte *kanske skall ses som ett uttryck för en rättsregel i sig*, utan som en följd av att sådana klausuler då framstår som så pass oskäligen att de inte skulle gå att överhuvud göra gällande, d.v.s. att de kan bli föremål för total »bortjämkning« enligt 36 § AvtL. Det sagda borde då uppfattas som en presumtion för oskälighet vid grov oaktsamhet, men inte att presumtionen däremot skulle vara omöjlig att bryta, t.ex. när den skadelidande har väsentligen bättre försäkringsmöjligheter än skadevållaren, eller när försäkringsmöjligheterna är begränsade för den skadevållande parten.¹⁰

Överhuvud framstår den riskfördelning som borde tillåtas vara i väsentlig utsträckning betingad av faktiska försäkringsmöjligheter. Att många kommersiella avtal dessutom innehåller undantag avseende ansvarsbegränsningar vid grov oaktsamhet samt att intill nyligen många professionella rådgivare fann det kommersiellt svårt att friskriva sig och föredrog att säkra kundernas skydd genom ansvarsförsäkringar bidrog till ett sådant synsätt. Om däremot skadan i det enskilda fallet översteg vad en professionsutövare skäligen borde ha i form av ansvarsförsäkring ansåg många – inklusive jag själv – vara skäl

⁷ Se t.ex. Bernitz, Standardavtalsrätt 8 uppl. 2013 s. 103 med hänvisning till bl.a. Jan Hellners utredning Generalklausul i förmögenhetsrätten, SOU 1974:83 s. 176 ff.

⁸ Jfr härtill Andersen vid not 11. Beträffande skäligen relevanskriterier för t.ex. advokatens ansvarsbegränsningar se Andersens hänvisningar (a.a. s. 803) olika »indikatorer« framlagda av Lars Bo Langsted i Rådgivning I – Det professionelle erstatningsansvar (2004) s. 148 ff.

⁹ Se Bernitz, not 7.

¹⁰ Även helt andra förhållanden som t.ex. tydlig riskfördelning mellan parterna eller klargörande att vissa betingelser gäller för uppdragets utförande. Däremot borde inte annat än i undantagsfall frågan om priset vara relevant i vart fall inte om kunden är konsument eftersom tillhandahållande av oaktsamma men »billiga« tjänster inte borde vara ett argument för att göra konsumenter skyddslösa. I kommersiella förhållanden kan kanske bedömningen bli annorlunda.

för att jämka ansvaret då det i så fall framstod som oskäligt betungande.¹¹ Rättsläget framstod således enligt mitt förmenande som tämligen klart och dessutom förutsebart.

Inte heller ansåg jag att detta synsätt i egentlig mening kom att rubbas genom den mycket uppmärksammade och därefter starkt omdiskuterade Profilgruppsdomen. Emellertid så tycks Profilgruppsdomen ha uppfattats så, att den kom att inspirera HD genom avgörandet NJA 2017 s. 113, att utveckla vissa synsätt som tidigare inte haft mer allmän spridning. Denna uppsats avser således att dels analysera om rättsläget i grunden har förändrats (i vart fall i förhållande till den bild som jag nyss målade upp av detsamma) genom det nya rättsfallet och i så fall på vilket sätt, samt om rättsläget idag framstår som mer klart och förutsebart än tidigare eller om oklarheterna möjligen har ökat.

I profilgruppsdomen¹² rörde det sig om ett revisionsbolag som hade åtagit sig att biträda klienten (P) genom att göra en s.k. due diligence av ett tyskt bolag som P därefter förvärvade men att man vid utförandet av uppdraget försummade att undersöka viktiga förhållanden som omfattades av uppdraget som P menade hade varit av avgörande betydelse för att kunna bedöma bolaget och dess dotterbolags ställning och värde. Med rätt information hade man inte köpt bolaget och skadan motsvarade vederlaget med avdrag för vad man fick för innehavet när man sålde detsamma. Man yrkade också återbetalning av uppdragsersättningen då man menade att revisionsbolaget inte hade fullgjort sitt uppdrag. Revisionsbolaget bestred förevaro av försummelse och menade att det saknades rättslig grund för återbetalning av uppdragsersättningen.

Skiljenämnden konstaterade i sina domskäl att det hade ålegat revisionsbolaget att ge klienten det beslutsunderlag »i form av faktaredovisning och analys som behövdes för ett väl informerat ställningstagande med avseende på den ifrågavarande [finansiella]risken och dess betydelse för investeringsbeslutet.« Det förelåg emellertid »en sådan brist i Rapporten som [kunde] grunda skadeståndsansvar för« revisionsbolaget och istället för att upplysa klienten om riskbilden gav man »direkt vilseledande information«. Man gav i rapporten intrycket »att det inte fanns skäl till oro, när det i själva verket fanns betydande skäl till det.« Skiljemännen kom därefter fram till en amper slutsats:

»Av det anförda kan dras inte bara den slutsatsen att underlåtenheten att i Rapporten redogöra för den ifrågavarande riskbilden måste anses oaktsam, utan

¹¹ Motsvarande synsätt återfinns hos Mads Bryde Andersen, a.a. s. 803.

¹² Det kan nämnas att jag tillfrågades av den skadelidande och drog slutsatsen att ansvarsbegränsningen inte borde kunna upprätthållas.

också att underlåtenheten helt enkelt innebär att [revisionsbolaget] fundamentalt åsidosatt sitt uppdrag i det aktuella hänseendet.«

Skiljenämnden konstaterade att skadan bestod i att klientens investering »*kom att sakna värde*.« Sedan gjorde emellertid skiljenämnden vad som i vart fall jag uppfattar som en kraftig avvikelse från hur rättsläget uppfattats tidigare, man uttalade nämligen att frågan om en ansvarsbegränsning »*kan sättas åt sidan*« borde bedömas »*med utgångspunkt i, inte främst hur klandervärd skadegöraren är utan vad som med hänsyn till samtliga omständigheter framstår som en rimlig (eller, sett från andra hållet, orimlig) riskavvägning*.¹³

Därefter tillfogade nämnden en uppräknig av vad man tyckte utgjorde relevanskriterierna vid skälighetsbedömningen. Därvid berördes aktörens befogade intresse av att skydda sig mot följder av sådana »*förbiseenden och misstag som är naturligt och oundvikligt förbundna med verksamheten, även om de i sig skulle vara att kvalificera som vårdslösa*.¹⁴ Visserligen uppges en precisering av uppdraget, dess förutsättningar och begränsningar tala emot en ansvarsbegränsning i form av takbelopp men det uppges också vara »*en professionsaktörs befogade intresse*« att kunna skydda sig »*mot anspråk av en sådan storleksordning att ett försäkringsskydd, om det ens går att åstadkomma, inte framstår som motiverat med hänsyn till kostnaden eller den normala verksamhetsomfattningen*.¹⁵ Även frågan om skadan beror på om uppdragstagaren inte fullgjort ett centralt åtagande eller om det rör åsidosättanden »*av en på allmänna lojalitetsgrundsatser vilande förpliktelse av mer perifer natur*« tillmäts betydelse. Därefter nämns helt kort »*uppdragsgivarens möjligheter att skydda sig mot sådan skada som föranlett det ifrågavarande anspråket, t.ex. genom att teckna försäkring*.¹⁶ Det märkliga är att detta – normalt uppfat-

¹³ Ställer mig redan här tveksam till skiljemännens argument. Det är enligt mitt förmenande en stor skillnad om riskavvägningen skall vara rimlig eller om den inte får vara orimlig. Om den inte måste vara rimlig leder detta inte omedelbart till att den är orimlig. Det är ett stort spann mellan de två punkterna.

¹⁴ Själv reagerade jag på denna beteckning »*förbiseende och misstag*«, eftersom uttrycket snarare relaterar till ursäktliga, d.v.s. inte oaktsamma beteenden eller blott ringa oaktsamma beteenden. Ansvar handlar ju aldrig om strikt ansvar vid professionsansvar med mindre konsulten valt att avge ett sådant åtagande, vilket visserligen det förekommit att man i underrätter ansett vara fallet t.ex. vid skatterådgivning genom märklig avtalstolkning avseende uppdragsåtagandet. Att garantera t.ex. ett visst skatteutfall är inte lämpligt eftersom det aldrig helt går att förutse utgången av en skatteprocess.

¹⁵ Argumentet är visserligen relevant och ingår – som berördes ovan – i den konventionella uppfattningen när ett skadeståndsansvar skall jämkas med hänsyn till skäligheten men det brukar vara tämligen ovanligt att argumentet nämns i sammanhang där skadan ryms inom normala försäkringsskydd som är lätt tillgängliga på marknaden. Det märkliga är emellertid att nämnden aldrig återkom till detta det helt centrala argumentet.

¹⁶ Vid professionsansvar förekommer knappast att uppdragsgivarna tecknar ansvarsförsäkring mot skada orsakad av uppdragstagarna. Jag kan här inte frigöra mig från att nämnden

tat som det kanske mest centrala argumentet för att inte tillåta friskrivning vid grov oaktsamhet— förefaller nämnden inte väga in vid fastställandet av ansvarets omfattning och detta trots att det explicit anges att beloppsbegränsningen i det enskilda fallet är satt så, »att den inte ens är i närheten av vad som med hänsyn till [revisionsbolagets] naturliga nivå på skydd genom ansvarsförsäkring framstår som motiverat.« Det påpekas emellertid »slutligen« att revisionsbolaget »som »själv kan skydda sig genom ansvarsförsäkring« genom sitt agerande betagit klienten »möjligheten att skydda sig mot den ifrågavarande riskens följder.«¹⁷ Inte heller detta utvecklas emellertid fortsättningsvis i domen.

Trots att det som läggs revisionsbolaget till last »ligger i uppdragets kärnområde«¹⁸ och trots att något »befogat behov av att ansvarsbegränsa sig från den typen av underlåtelser« inte är något som en uppdragstagare¹⁹ kan anses ha och då revisionsbolaget hade kunnat åstadkomma en begränsning av sin ansvarsrisk genom ett tydliggörande av de förutsättningar och inskränkningar som man i målet hävdade gälla för uppdraget, så fann nämnden det »svårt att se att det föreligger något behov av Beloppsbegränsningen när det gäller den skada som [klienten] begärt ersatt.« Den aktuella beloppsbegränsningen (ca 800 000 kr) bedömdes visserligen vara »orimlig« men det vore »osofistikerat« av det skälet »låta det vara slutligt avgörande utan att ta ställning till vad som kan anses vara en rimlig riskfördelning beträffande just den skada vars begränsning är omtvistad«. Bedömningen av om »ansvarsbegränsningen måste anses orimlig (eller oskälig)« skall ske med stöd av 36 § AvtL vilket skall »avgöras efter en helhetsvärdering« och att det vore »försvårbart, som här takbeloppet relateras till uppdragsgivarens arvode«. Det är enligt nämnden inte lätt att precisera vad som är skäligt, »men en nivå på 10–25 gånger uppbyggt arvode framstår som rimligt vid ett sådant uppdragsförhållande som här

i hög grad tänkt som professionsutövare ofta tänker trots att det är dessa som kan skydda sig mot kostsamt ansvar genom försäkring men notera den tveksamhet jag känner inför frågan om nämnden sammanblandat uppdragsgivare och uppdragstagare i not 19 nedan. Även om så är fallet framstår emellertid nämndens analys som tveksam.

- ¹⁷ Vad menar skiljenämnden här? Hur skulle klienten kunnat vidta åtgärder för att skydda sig mot risken att Revisionsbolaget fundamentalt skulle misslyckas med att utföra uppdraget d.v.s. den ifrågavarande risken? Även här anlägger skiljenämnden riskfördelningstankar som mer sammanhänger med kommersiella leveransavtal där båda parter har möjligheter att skydda sig genom transportförsäkringar och produktansvarsförsäkringar.
- ¹⁸ Tanken att man skulle se generellt mindre strängt på åsidosättande av s.k. biförpliktelser framstår inte heller som övertygande. Ofta är ju klienten helt beroende av sådana saker som att få vissa upplysningar som en expert har goda kunskaper om, men där klienten inte har samma erfarenhets- och referensramar.
- ¹⁹ 19. Det står uppdragsgivare men jag utgår från att det avses uppdragstagare. En uppdragsgivare har ju aldrig något behov av att ansvarsbegränsa sig för skador orsakade av uppdragstagaren och kan ju inte ens teckna någon försäkring för skador förorsakade av uppdragstagaren!

är aktuellt.« Man skall därvid göra riskavvägningen så, att man bestämmer »det begränsningsbelopp som med hänsyn till samtliga omständigheter framstår som skäligt med avseende på den ifrågavarande skadan« och beloppet är något större än »det härads« om 10–25 gånger uppbyret arvode som nämnden i och för sig »a priori [angett som] rimligt för en beloppsbegränsning tänkt för alla skadesituationer« men vid avgränsningssvårigheter bör dessa »i första hand gå ut över uppdragstagaren«.

Till detta kommer – trots att uppdraget befunnits sakna värde för klienten – att denne inte har rätt att utöver ersättning för det jämkade takbeloppet också skall ersättas för missförhållandet mellan priset och värdet på den utförda tjänsten »eftersom det skulle innebära en överkompensation«. I denna del har jag påtagliga svårigheter att följa nämndens rättsliga analys. Någon allmän princip att den som producerat en fullständigt värdelös tjänst skulle vara tvungen att återbetala vad man erhållit tycks nämnden inte erkänna, men å andra sidan inte en motsatt princip heller. Själv tycker jag att den köprättsliga principen om avdrag på köpeskillingen även måste gälla vid tjänster och i avsaknad av en nordisk kodifikation får man tillämpa detta som en analog princip hämtad från köprätten.²⁰

Istället introducerar nu skiljenämnden en helt ny regel. Eftersom klienten gjort gällande rätt till skadestånd »svarande mot det positiva intresset« byggt på tanken att »vid ett riktigt utfört uppdrag« skulle förvärvet aldrig ägt rum »men i det läget skulle likväl [klienten] ha haft att betala för Revisionsbolagets uppdrag«. Det är ju i och för sig riktigt, men då hade klienten aldrig lidit någon skada och förlorat sina pengar eftersom uppdraget var riktigt utfört. Nu utfördes uppdraget felaktigt och dessutom medförde det en stor skada. Det är väl en uppenbar skillnad mellan att göra ett uppdrag så dåligt att klienten lider skada och göra det korrekt och därmed i realiteten avråda klienten från ett göra ett förvärv. Påståendet att i det nu aktuella läget – d.v.s. när uppdraget utfördes helt felaktigt – påstå på sätt skiljenämnden gör att återbetalning skulle utgöra en överkompensation är enligt mitt förmenande helt fel. Klienten får här således betala för en värdelös prestation och revisionsbolaget får fullt betalt trots att man klart vilselett klienten.

Dessvärre tycker jag att skiljenämnden kommit till ett materiellt felaktigt resultat på flera sätt. Klienten fick ett jämkat skadestånd om 8 MSEK. Skiljenämnden har godtagit påståendet om att investeringen inte skulle ha skett om uppdraget utförts korrekt och då hela köpeskillingen gick förlorad borde

²⁰ I 21 § konsumenttjänstlagen stadgas ju att om ett fel inte avhjälps så äger konsumenten kräva prisavdrag. Inom köprätten kombineras ju sällan prisavdrag och skadestånd, men det beror ju på att avdrag är en nedsättningsregel och då aktualiseras ju normalt inte skadestånd men om t.ex. en felaktig vara skadar t.ex. andra saker blir ju även fråga om en *följdskada* till felet och saken bedöms då annorlunda, liksom även den besläktade frågan om ansvar för skadebringande egenskaper.

skadan således uppgå till 17 MSEK.²¹ Trots att nämnden funnit att revisionsbolaget *fundamentalt* åsidosatt sitt uppdrag och missat ett »*centralt åtagande*« som låg »*i uppdragets kärnområde*« så får klienten bära större delen av skadan (om angivet värde på klientens vederlag vore korrekt angivet) eller närmare 9 MSEK. Försäkringsbolaget som får antas ha svarat för denna skada om inte underförsäkring förelåg, får blott bära ett ansvar om 8 MSEK medan revisionsbolaget som gjort sig skyldig till att ha fundamentalt åsidosatt sitt uppdrag gjorde en vinst på drygt 400 000 kr.

Detta kan enligt mitt förmenande inte vara en god ordning att den ansvarige på detta sätt gör en vinst på sitt agerande och att den skadelidande i ett fall av så allvarliga fel själv får stå huvuddelen av skadan.²² Enligt mitt förmenande beror utgången på att skiljenämnden verkar ha sett det hela som ett kommersiellt leveransavtal med köprättsliga riskövergångar som båda parter kan hantera eller möjligen tillåtit sig utföra analysen på ett metaplan och inte beaktat att fråga var om ett i hög grad praktiskt inriktat rådgivningsuppdrag där uppdragstagaren hade mycket goda försäkringsmöjligheter medan klienten helt saknar möjligheter att skydda sig mot förlusten. Det märkliga är således att skiljenämnden omnämner försäkringsfrågan och på i vart fall ett ställe i domen ger intryck av att detta är något som skall vägas in vid bedömningen av den skäligena riskfördelningen men sedan inte gör det. En professionsutövare skall i praktiken alltid ha en försäkring som täcker de normala ansvarriskerna i verksamheten och många aktörer har ju obligatorisk försäkringsplikt. Det finns då ingen anledning att jämkä under ett belopp som understiger ett rimligt skäligen försäkringsbelopp. Det skapar trygghet för klienten och säkrar uppdragstagarens omsorg om denne.

²¹ Nu bestred även revisionsbolaget klientens beräkning av skadan eftersom man menade att den del av vederlaget som utgjordes av vissa aktier inte hade det i transaktionen åsatta värdet av 600 000 euro och dessutom skulle ha vunnit vissa fördelar vid avvecklingen av sina innehav som skulle avräknas. Då skiljenämnden emellertid aldrig brydde sig om att beräkna den fullständiga skadan – inte ens med stöd av RB 35:5 – eftersom man fann det onödigt när man satte ner ersättningen till 8 MSEK och Revisionsbolagets invändningar inte »om de hade fog för sig »*reducerade* »skadan så mycket att den understiger det jämkade takbeloppet«. Även här är resonemanget märkligt. Revisionsbolaget har angivit att klienten inte hade lidit någon skada alls. Skiljenämnden avstår dock från varje skadeberäkning och med skiljenämndens egendomliga resonemang är det ju inte ens säkert att man faktiskt jämkat skadeståndsskyldigheten överhuvud! Bevisbördan för att vederlaget för aktierna inte motsvarar angiven köpeskilling måste emellertid ligga på revisionsbolaget och med skiljenämndens eget synsätt får i vart fall inte uteslutas att klienten fick bära huvuddelen av skadan själv!

²² Se föregående not.

En sådan jämkning som här skett reducerar ju i praktiken bara försäkringsbolagets ansvar,²³ något som knappast ens ligger i uppdragstagarens intresse eftersom denne får antas ha ett betydande intresse av att skydda klienten i vart fall om någon anställd gjort fundamentala fel vid utförandet av uppdraget. I själva verket kan påståendet endast motiveras av att uppdragstagaren inte kan teckna försäkring eller kostnaden för denna skulle bli orimligt hög. Det finns inget i skiljedomen som antyder något sådant argument från revisionsbolagets sida och den påstådda skadan är med dagens synsätt knappast anmärkningsvärd med hänsyn till revisionsbolagets storlek och den typ av skador som kan tima i due diligence-förfaranden. Det gör att skiljemännen enligt mitt förmenande aldrig hanterar riskbalansen på ett sätt som framstår som rimligt med hänsyn till vad man faktiskt lagt revisionsbolaget till last under rådgivningen och den uppgivna skadans storlek. Skadan är en följdskada till att uppdraget utfördes med fundamentala brister inom åtagandets kärnområde. Återbetalningen av arvudet skall då enligt mitt förmenande hållas isär från följdskadan och bedömas med hänsyn till graden av fel i detsamma, vilket med nämndens eget synsätt måste betraktas som fullständigt. Värdet av uppdraget är därmed obefintligt.

För den som sysslat med professionellt rådgivaransvar under närmare 35 år framstår utgången som minst sagt oväntad och knappast förenlig med vad komparativa studier utvisar,²⁴ men har rönt positiv uppmärksamhet i Sverige. Helt oberoende av detta framstår emellertid den mest intressanta frågan om domen har i väsentlig grad påverkat det länge emotsedda avgörandet NJA 2017 s. 113. Där gällde frågan om en ansvarsbegränsning vid utföranden av s.k. överlåtelsebesiktning i konsumentförhållanden och frågan om ansvarsbegränsningen borde jämkas. Sedan köparna hade framställt skadeståndsanspråk med anledning av ett antal fel om sammanlagt 1,9 MSEK åberopade besiktningsföretaget sina allmänna villkor där det fanns en bestämmelse om ansvarsbegränsning med ett »*takbelopp*« om 636 000 kr. HD hade för sin

²³ Se mer principiellt om försäkrings inverkan på ansvaret för immateriella tjänster, Kleineman, Adjustment of the tortious liability of professionals – some reflections on current legal development i Essays in honour of Hugo Tiberg, 1996. A.a. s. 401 ff särskilt s. 415 ff.

²⁴ Här vill jag då särskilt hänvisa till den kritik som också framförts av Jori Munukka i dennes uppsats i JT 2017–18 s. 393 ff och som behandlas längre fram. Jfr härtill även Mads Bryde Andersen, Praktisk aftaleret, Aftaleretten II, Köbenhavn 2015 s. 429, med hänvisning till det »klassiska« danska rättsfallet U 1929.707 H.

bedömning att utgå från att besiktningsmannen hade varit vårdslös²⁵ genom att i besiktningsutlåtandet underlåta att ta upp de fel i fastigheten som hovrätten funnit klarlagda samt att det därigenom hade uppkommit en skada på drygt 1,8 MSEK.

Högsta domstolen noterar att besiktning är en immateriell tjänst som faller utanför konsumenttjänstlagens tvingade tillämpningsområde och att »*allmänna kontraktsrättsliga principer*« istället blir tillämpliga. Grunden för ansvaret är därför ett »*vanligt vårdslöshetsansvar*« vilket medför att det inte finns något principiellt hinder mot en besiktningsman »*som är näringsidkare*« att gentemot konsument »*avtalsvis begränsa sitt ansvar.*«²⁶ Trots åtskilliga uttalanden i lagmotiv²⁷ och doktrin om att friskrivningar avseende grov oaktsamhet inte anses kunna göras gällande mot konsument, så lägger domstolen tonvikt vid att bedömningen av sådana bestämmelser bör ske med 36 § AvtL, eftersom »*det ger möjligheter till en mer flexibel tillämpning, anpassad efter förhållandena i det enskilda fallet, än en bedömning som baseras på enbart allvaret i den skadeståndsskyldiges beteende*«²⁸ och det konstateras därefter »*[a]tt kontrollen av ansvarsbegränsningar ska ske utifrån en värdering av alla föreliggande omständigheter stämmer väl överens med rättsläget internationellt på det*

²⁵ Det är viktigt att notera att hovrättens bedömning innefattade att oaktsamhet förelåg men att det däremot inte förelåg grov vårdslöshet. Här skiljer sig således prövningen i prejudikatet från prövningen i Profilgruppsdomen där ju skiljemännen ansåg det sakna relevans att fastställa eventuell grov oaktsamhet.

²⁶ Här kan nämnas att Bernitz som var utredningsman beträffande förslaget till konsumenttjänstlag i sin framställning Standardavtalsrätt, förefaller se saken annorlunda. Bernitz omnämner där t.ex. den analogiska tillämpning av 42 § konsumenttjänstlagen om avbeställningsrätt som HD tillämpade i NJA 2002 s. 644 samt även NJA 2011 s. 600. Bernitz framhåller (a.a. s. 120) att de tvingande reglerna får anses ha »stor betydelse för bedömningen av vad som utgör oskäliga avtalsvillkor enligt 36 § AvtL och vad HD sade om den saken i NJA 2008 s. 24 nämligen att »*[d]e skyddsaspekter som den tvingande karaktären hos lagens bestämmelse skall tillgodose kan vid tvist om ett avtal utanför lagens tillämpningsområde beaktas med stöd av 36 avtalslagen.*« Domen synes inte ha inverkat på bedömningen i 2017 års avgörande.

²⁷ Att HD noterar att man i propositionen till 1973 års konsumentköplag hade motsatt sig en explicit regel om att rätt till full ersättning alltid skulle föreligga vid grov oaktsamhet inte därför att det var för långtgående utan tvärtom inte gav konsumenten något ytterligare skydd därför »det redan fick anses gälla att en friskrivning från skadeståndsansvar inte kan åberopas när uppsåt eller grov vårdslöshet ligger den skadevällande till last« är anmärkningsvärt eftersom man mot dessa uttalanden ställer andra doktrinuttalanden men inget mer auktoritativt uttalande i lag eller lagmotiv. Se domen p. 20 med hänvisning till Prop. 1973:138 s. 138.

²⁸ Se domen p. 25.

kontraktsrättsliga området.²⁹ Här åberopar domstolen något oväntat bl.a. att DCFR skulle bygga på ett synsätt som inte satte frågan om graden av oaktsamhet i förgrunden utan allmänna skälighetsbedömningar. Min minnesbild var den motsatta och jag noterar att Munukka i sin analys av rättsfallet har citerat en rad relevanta avsnitt ur DCFR som visar att en rad avtalstyper utgår från att det föreligger oskälighet vid grov vårdslöshet och att bedömningen då är att ansvarsfriskrivningen inte kan göras gällande, d.v.s. en binär modell. Munukkas³⁰ slutsats är bestämd:

»Någon universell inställning om att grov oaktsamhet inte ska utgöra en ensamt gällande tillräcklig grund för åsidosättande av ansvarsbegränsningar avseende annat än personskada kan därför inte utläsas av dessa instrument, vilket dock HD:s åberopande ger intryck av.«

Vad Munukka påvisar stärker således min tidigare framförda ståndpunkt, att det finns en internationell uppfattning nämligen att grov oaktsamhet innefattar *i vart fall en presumtion* för att en ansvarsfriskrivning skall anses så oskäligen, att den inte skall tillämpas. Nu anför emellertid HD å den ena sidan »att *grövre oaktsamhet på löftesgivarens sida vid en jämkningsprövning skulle kunna vara skäl nog för att helt sätta åt sidan en ansvarsbegränsning*«³¹ samtidigt som man anger att det »*på den andra sidan [inte] är ... givet att vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter en påtaglig oaktsamhet ska leda till att ett sådant villkor jämkas ens i någon mån*«. Mitt intryck är – men det kan röra sig om en övertolkning – att HD trots allt distanserat sig något från det mer kategoriska synsätt som uttrycktes i Profilgruppsdomen.

Att avsaknad av uppsåt³² eller grov oaktsamhet kan medföra jämkning anges som en följd av den nya formeln men istället för att närmare utveckla hur denna nya formel konkret skall tillämpas, gör domstolen en ingående analys av de generella jämkningsrekvisiten i 36 § AvtL samt därtill anknuten övrig lagstiftning, varefter domstolen övergår till allmänna synpunkter på karaktären av överlåtelsebesiktningar för att slutligen komma fram till frågan

²⁹ Se domen p. 26.

³⁰ Se Jori Munukka, 36 § avtalslagen som universalverktyg mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar i JT 2017–18 s. 393 ff särskilt s. 401.

³¹ Se HD:s dom p. 27.

³² På samma sätt som principalansvar för anställdas uppsåt faktiskt kan medföra att en ansvarsbegränsning kan bli bestående, så måste det fortsättningsvis vara uteslutet att eget uppsåt – till vilket jag också vill räkna motsvarande beteende hos organföreträdarna för t.ex. ett aktiebolag – skulle vara möjligt att friskriva sig helt eller ens delvis från. Se t.ex. rättsfallet NJA 2014 s. 760 men även NJA 2000 s. 462.

om hur skälighetsbedömningar av ansvarsbegränsningar skall ske vid överlättelsebesiktningar.

Mot köparens skyddsbehov ställer HD »besiktningsmannens befogade intressen«. Här framhålls något överraskande att denne som ju »kanske genomför hundratals besiktningar under ett år, kan ha ett beaktansvärt behov av att inte bli indragen i många tvister om smärre belopp»³³ varför en konsument typiskt sett tydligen skulle kunna »acceptera en ansvarsbegränsning som innebär att det inte finns någon rätt till ersättning när skadan understiger en viss rimlig nivå.« Varför HD här tar som utgångspunkt vad som inom skadeståndsrätten brukar betecknas som bagatellskador för den fortsatta analysen är inte heller lätt att följa, men i och för sig brukar ju anföras att just sådana skador inte borde medföra ersättningsrätt men detta mer därför att transaktionskostnaderna då inte står i rimlig proportion till det önskade utfallet. Jag tror däremot att denna ståndpunkt inte bör leda till större ifrågasättande, men för en konsument som just köpt en villafastighet och kraftigt skuldsatt sig kanske inte gränsen för vad som uppfattas som en bagatell är lika lätt att fastställa. Att ta ett extra topplån för att ordna en skada mellan 25 000 och 50 000 kr kan nog för relativt många konsumenter i just den situationen uppfattas som mer än en bagatell. Även dessa synpunkter lyfter HD också fram i den fortsatta analysen. Märkligt nog framhävs därvid vad domstolen nyss hade närmast distanserat sig från nämligen följande:

»Vid den helhetsbedömning som ska göras har naturligtvis arten och graden av den oaktamhet som har utlöst besiktningsmannens skadeståndsansvar betydelse (jfr prop. 1975/76:81 s. 141). Ju mer besiktningsmannen är att klandra, desto större är skälen för jämkning. Det hänger bl.a. samman med att en besiktningsman genom det mått av omsorg med vilket han utför uppdraget kan påverka risken för skada.«³⁴

Det sistnämnda resonemanget visar enligt mitt förmenande att HD även tycks fästa större vikt vid graden av oaktamhet än vad skiljenämnden gjorde

³³ Det är enligt mitt förmenande svårt att se det anförda som ett argument mot jämkning. Skall frekvensen av utförda uppdrag utgöra ett argument för att tillåta professionsutövare att vara slarvigare än de som utför uppdrag mera sällan? Ur kundens synvinkel borde väl snarare frekvensen av uppdrag ses som ett uttryck för förevaro av expertis som borde leda till en rätt att visa mer tillit än eljest. Argumentet är lika tveksamt som att se frågan om hur många basbelopp som skall utgöra skäligen ansvarsbegränsning där ju enligt mitt förmenande det argumentet bör underställas förevaron av ansvarsförsäkring och relevant försäkring.

³⁴ Se HD:s dom p. 41.

i Profilverbudsdomen. Där hade skiljenämnden uttryckt sig minst sagt motsatsvis nämligen att bedömningen skulle ske »med utgångspunkt i, inte främst hur klandervärd skadegöraren är utan vad som med hänsyn till samtliga omständigheter framstår som en rimlig (eller, sett från andra hållet, orimlig) riskavvägning«. Personligen fäster jag stor vikt vid denna skillnad och anser att vad HD anför i högre grad speglar komparativt relevanta omständigheter något som jag tror är viktigt att påpeka, eftersom professionsansvar ofta uppträder i gränsöverskridande förhållanden.

Sedan nämns om än i korthet och utan närmare konkretisering i pre-judikatet betydelsen av den »utsträckning respektive part har haft möjlighet att skydda sig genom försäkring«³⁵ eftersom man nöjer sig med att konstatera följande:

»Om en besiktningsman men inte hans uppdragsgivare till en rimlig kostnad hade kunnat skaffa sig ett adekvat försäkringskydd, så talar det för att jämkning ska ske. Skulle ingen av parterna ha tillgång till försäkringskydd kan det i konsumentrelationer finnas anledning att beakta att en professionell besiktningsman i allmänhet har lättare att bära de ekonomiska konsekvenserna av sin oaktsamhet än vad den som anlitar honom i och för ett köp av en fastighet för eget boende har. En besiktningsman med många uppdrag har genom bl.a. sin arvodessättning typiskt sett lättare att hantera de ekonomiska konsekvenserna av den skada som han någon gång kan orsaka, än en konsument, som kanske endast en gång i livet förvärvar en bostadsfastighet och då på grund av besiktningsmannens oaktsamhet gör ett mycket oförmånligt köp.«

Personligen har jag aldrig hört talas om att konsumenter skulle kunna skydda sig mot skador förorsakade av besiktningsmän medan dessa kan och bör teckna ansvarsförsäkringar för att skydda sina kunder mot oaktsamheter begångna vid utförande av uppdraget. Det handlar ju inte om att besiktningsmännen bär något strikt ansvar för dolda fel i fastigheten utan om besiktningsmän som av oaktsamhet förorsakar sina kunder skador genom att på ett oaktsamt sätt avvika från den standard som en besiktningsman har att iakttaga vid uppdragets utförande. I skiljedomen diskuteras – som påpekats ovan – på i vart fall två ställen »uppdragsgivarens möjlighet att skydda sig genom ansvarsförsäkring«. Det är möjligt att skiljenämnden här skrivit fel och menat (domen s. 39) uppdragstagaren (vilket ju är konsulten) när man angivit uppdragsgivaren (vilket ju är kunden).³⁶

³⁵ Se HD:s dom p. 42.

³⁶ Frågan berördes ovan vid not 19.

Även den preciseringsmöjlighet av uppdraget som en besiktningsman kan göra ser HD som skäl för att inte jämka »i fall när uppdragsgivarens skada är hänförliga till en risk som besiktningsmannen särskilt har upplyst uppdragsgivaren om«. Påpekandet förefaller mig självklart men förvånar mig. Har besiktningsmannen emellertid upplyst köparen om en risk hur kan den förre då överhuvud varit vårdslös i den delen?

HD konstaterade att hovrätten funnit att besiktningsmannen

»förbisåg många och allvarliga fel, varav flera var förhållandevis lätta att uppträcka för en besiktningsman. Även om oaktsamheten inte i sig är tillräckligt allvarlig för att ansvarsbegränsningen ska åsidosättas eller jämkas, rör det sig inte om något enstaka misstag i närheten av den nedre gränsen av vad som är att betrakta som ett vårdslöst agerande. Med utgångspunkt i vad hovrätten har funnit uppgick kostnaden för åtgärdande av felet till ungefär 1,8 miljoner kr. En tillämpning av begränsningsvillkoret innebär alltså en risköverföring från IBAB till köparna svarande mot närmare 1,2 miljoner kr. Även i betraktande av att köpeskillingen uppgick till 9 miljoner kr innebär ett upprätthållande av denna riskfördelning en beaktansvärd fördyring av köparnas boendekostnad. Ett rättvisande besiktningsutlåtande skulle ha gett köparna en möjlighet att föra en informerad förhandling med säljaren om de fel och risker som borde ha påpekats i utlåtandet. Det har i målet inte framkommit att köparna på något annat sätt än genom en besiktning kunde ha skyddat sig mot risken för en sådan fördyring.«

Kommen så långt förefaller domstolen närmast hågad till att jämka bort ansvarsbegränsningen, men kommer sedan med en överraskande tilläggsargumentation som leder till motsatt slutsats. Besiktningen hade nämligen utförts på säljarens beställning och en sådan besiktning tar inte sikte på den typiska köparrisken, utan »på säljarens situation« samtidigt som domstolen konstaterar att köparen har rätt till ersättning enligt avtalet »för skada som de har lidit till följd av sådana fel eller risker som besiktningsmannen av oaktsamhet har underlåtit att anmärka i det övertagna besiktningsutlåtandet (se p. 13)«. Trots detta lyfts köparens bristande ställning som ursprunglig avtalspart fram som ett skäl för att denne inte haft anledning att fästa tillit i samma utsträckning som säljaren om denne hade lidit skadan. Nu framstår denna den slutliga argumentationen för att *inte* jämka ansvarsfriskrivningen som särskilt svårbegriplig.³⁷

³⁷ Det framgår nämligen i referatet från tingsrättsdomen följande: »Efter det att köpekontraktet hade upprättats men innan makarna R. tillträdde fastigheten träffade de ett avtal med I Besiktning AB, genom vilket de övertog överlåtelsebesiktningen och M.J:s rättigheter och skyldigheter gentemot I Besiktning AB och besiktningsförrättaren.«

Detta eftersom besiktningsföretaget tillät köparen att förvärva rätten till besiktningsutlåtet. Skall då inte den förre ansvara på samma sätt som mot säljaren eller skall man kunna »sälja« utlåtet till köparen utan att ta samma ansvar?

Hade köparen mindre anledning att fästa tillit till besiktningen när professionsutövaren på detta sätt »sålde« besiktningen en andra gång än vad säljaren hade? Vilken kontraktsrättslig relevans hade då professionsutövarens åtgärd att medverka till överlåtelse av besiktningen till köparen? Var besiktningsföretagets oaksamhet av annan beskaffenhet mot bakgrund av att säljaren hade andra kunskaper än vad köparen hade och skulle verkligen konsumenten stå risken för det?

Vad som nu motiverar dessa två rättsfallsgenomgångar är i vad mån HD genom skiljedomens nytänkande också kommit in på andra spår än vad jag och förmodligen många med mig trodde var gällande rätt. På en punkt tror jag alla kan vara eniga. En ansvarsbegränsning som används av en professionell rådgivare kan inte vara ogiltig om inte densamma strider mot tvingade lag som fallet kan vara enligt t.ex. den svenska konsumenttjänstlagen. Det betyder att en sådan klausul för att få ändrat innehåll måste jämkas och att det betyder att 36 § AvtL för svensk rätts del måste tillämpas. Varför man tidigare ofta tycks ha uttryckt sig så, att vissa typer av klausuler utan att vara stridande mot tvingade lag inte skulle gå att göra gällande eller liknande är svårt att förklara, men på just denna specifika punkt är skiljedomen och prejudikatet tydligt, självklart är det 36 § AvtL som skall brukas för några andra normer finns inte att tillgå. Någon allmän kontraktsrättslig princip finns inte att tillgå med innebörd att sådana avtal skulle vara ogiltiga.

I prejudikatet finns en lång utläggning kring principerna för tillämpningen av 36 § i allmänhet och det framhålls att detta »ger möjligheter till en mer flexibel tillämpning, anpassad efter förhållandena i det enskilda fallet, än en bedömning som baseras på enbart allvaret i den skadeståndsskyldiges beteende och som bara kan resultera i att villkoret anses vara antingen giltigt eller ogiltigt.«³⁸ Just detta uttalande tycks framstå närmast som ett universalverktyg³⁹ som Munukka beskriver det hela. Inte heller detta finns det anledning att enligt mitt förmenande kritisera men vilka konkreta konsekvenser för det med sig?

På samma sätt menar jag att det är en mycket klok generell utgångspunkt i domen – hämtad från skiljedomen – att den generella skälighetsfrågan skall

³⁸ Se ovan vid not 9.

³⁹ Se ovan vid not 26.

utgå från vad som får uppfattas som en acceptabel riskfördelning mellan en oaktsam rådgivare och dennes klient. Vad jag däremot reagerar över är den även fortsättningsvis generella attityd till problematiken vilken redogörs för i domen liksom det faktum att HD inte konkretiserar bedömningen utifrån att fråga är om en besiktningsmans professionsansvar. I likhet med en revisor som gör en due diligence i ett renodlat kommersiellt förhållande menar jag att det hade varit lämpligt att lyfta fram de konkreta relevansfaktorerna i sådana fall eftersom det hade minskat möjligheterna att lägga alltför många och disparata tolkningar till grund för frågan om jämkning skall ske och i så fall till viss del eller så att ansvarsfriskrivningen ej kan tillämpas. Något »ömkansvärde« kan inte tillräknas oaktsamma professionsutövare så länge de kan skydda sig med egna ansvarsförsäkringar.

I likhet med skiljedomen – på vilket nog prejudikatet får anses vara utformat som råmodell⁴⁰ – nämns visserligen möjligheterna att försäkra sig, men trots att frågan utvecklas betydligt tydligare i prejudikatet än i skiljedomen, så ställs i domen aldrig rent konkret det faktum att revisorer och besiktningsmän⁴¹ har tämligen goda försäkringsmöjligheter mot ansvarsbegränsningars konsekvenser för de skadelidande. I prejudikatet har skadan varit given vid prövningen i HD och uppges vara ca 1,8 MSEK⁴² och domstolens beslut att – i det enskilda fallet – inte jämka friskrivningen leder ju fram till att köparen får stå 2/3 av skadan vilket HD insiktsfullt beskriver som framgår av citatet ovan så, att köpeskillingen som således uppgick till 9 miljoner kr medför att upprätthållandet av den valda riskfördelningen leder till en påtaglig fördyring av köparnas boendekostnad och detta framstod som än mer anmärkningsvärt då det saknades annan möjlighet för köparna än genom en besiktning att kunna ha skyddat sig mot risken för sådan påtaglig och därmed oförutsebar kostnadsökning.

⁴⁰ Föredragande justitiesekreterare hänvisar t.o.m. till skiljedomen som framgår av referatet i arkivet p. 12.

⁴¹ På nätet kan man t.ex. finna följande information: »SBR Ansvarsförsäkring för överlåtelsebesiktning kan tecknas av de plusmedlemmar som är anslutna till SBRs överlåtelsebesiktningsgrupp och som har tecknat SBR Kontors- och Konsultansvarsförsäkring. Försäkringen gäller under förutsättning att SBRs uppdragsbekräftelse för överlåtelsebesiktning använts.« En intressant iakttagelse är dock att just denna ansvarsförsäkring gör undantag vid grov vårdslöshet. Man bör således som ombud avstå från att påstå grov vårdslöshet eftersom i vart fall uppdragsgivaren då kommer att motsätta sig alla anspråk. Se www.sbrförmånsförsäkringar.se.

⁴² Se HD:s dom p. 11.

Det hela innebär således att skadevällaren endast drabbas av en mindre kostnad, nämligen självriskan för försäkringen, medan köparen fick stå merparten av den utgift som enligt HD:s egen beskrivning var förorsakad av besiktningsmannens vårdslöshet. Den uppenbara vinnaren i detta fall är således förmodligen ett försäkringsbolag. Medan skadan får antas vara täckt av en normal ansvarsförsäkring, den var ju inte särskilt stor – med de mått man i dag får mäta t.ex. det utomobligatoriska skadestånd som en revisor ålades i den s.k. Prosolvia-domen om närmare 2000 MSEK⁴³ – blir det därmed försäkringsgivarna som i sådana fall har det egentliga intresset av att ansvarsbegränsningar upprätthålls. Var oaktsamheten emellertid inte grov vilket i vart fall hovrätten inte ansåg vara fallet, framstår bedömningen i det hänseendet som acceptabel eftersom det varken rörde sig om en total ansvarsfriskrivning eller ett orimligt lågt ansvar.

Ett särskilt problem är emellertid att försäkringsgivare tenderar till att göra undantag för skada förorsakad genom grov oaktsamhet.⁴⁴ Det bör enligt mitt förmenande branschorganisationerna inte godta när fråga är om yrkesförsäkringar. Här bygger ju skadan på ett objektiverat s.k. principalansvar. Det finns dock en viss ironi i försäkringsgivarnas strävan att undvika skadereglering. Avstår domstolarna under intryck av denna dom från att vid jämkning uttala sig om frågan om oaktsamheten är grov minskar ju relevansen av de förekommande undantagen.

Frågan är emellertid knappast sådan, att domstolarna av dessa skäl bör avstå från att slå fast förevaro av grov oaktsamhet och en kvarstående viktig fråga blir när domstolarna helt bör undanröja en ansvarsfriskrivning vid professionsansvar.⁴⁵ Enligt mitt förmenande bör det föreligga en presumtion för att vid grov vårdslöshet undanröja friskrivningarna när den skadelidande saknar egna försäkringsmöjligheter. Vid konsumentrelationer bör analogiseras från konsumenttjänstlagens principer om inte det föreligger faktiska

⁴³ Se närmare om domen, t.ex. Torkel Gregow, i SvJT 2013 s. 1032 ff.

⁴⁴ Så t.ex. den försäkring som nämns ovan under not 33.

⁴⁵ Det är viktigt att som Mads Bryde Andersen gör, skilja mellan total »ansvarsfraskrivelse» och »ansvarsbegränsningar». Denne uttalar att »[s]elv om dette spørgsmål i nogle henseender svarer til spørgsmålet om ansvarsfraskrivelse, er den der principielt og reelt tale om en anden problemstilling.» (A.a. s. 759). Åtgärder som strider mot professionsutövarns grundläggande etiska förpliktelser liksom grov oaktsamhet hänför till kretsen otillåtna »ansvarsfraskrivelser» som framgår i inledningen till denna uppsats. I likhet med vad som Bryde Andersen uttalar om dansk rätt menar även jag att ansvarsbegränsningen i fall som de föreligga skall knytas till föreliggande ansvarsförsäkringar inte till rent diskretionära bedömningar.

försäkringsmöjligheter som t.ex. brandförsäkringar om ansvarsfriskrivningen framstår som betungande för konsumenten.

Frågan om undanröjande av ansvarsbegränsningar vid professionsansvar har emellertid knappast fått en klargörande bedömning genom NJA 2017 s. 133. Domen bygger visserligen på det betydligt mer långtgående skiljeavgörandet men synes utandas betydligt större försiktighet. Till att börja med utesluter inte prejudikatet att grov oaktsamhet kan vara den avgörande faktorn vid jämkning och det framstår enligt mitt förmenande vara tämligen säkert att vid uppsåt – även om uppsåtet är en fråga om principalansvar och inte personligt uppsåt – en sådan ansvarsbegränsningsklausul inte bara skall jämkas utan även att den skall undanröjas om inte konkreta försäkringslösningar pekar i motsatt riktning. Vidare utgör grunden för HD:s bedömning av vårdslöshet vad hovrätten kommit fram till och då hovrätten inte fann det föreligga grov vårdslöshet blir frågan hur allvarligt HD såg på de faktiska bedömningar som hovrätten lade till grund för culpaanalysen.⁴⁶ HD noterade att hovrätten funnit att besiktningsmannen visserligen hade förbisett »många och allvarliga fel, varav flera var förhållandevis lätta att upptäcka för en besiktningsman«.

Vad gäller graden av oaktsamhet finns emellertid inget heller i HD:s ställningstagande som utvisar att man självständigt skulle ha gjort en annan bedömning i vårdslöshetsdelen.⁴⁷ Det rör sig inte heller om något »enstaka misstag i närheten av den nedre gränsen av vad som är att betrakta som ett vårdslöst agerande« men det saknas de kraftuttryck som skiljenämnden hade använt när man i subjektivt hänseende kritiserade revisionsbolaget som ju hade »fundamentalt åsidosatt sitt uppdrag.«⁴⁸ Att HD avstod från att kvalificera den av hovrätten beskrivna oaktsamheten som grov kan således bero antingen på att man ansåg frågan oviktig vid bedömningen av om 36 § AvtL skulle användas för att jämka ansvarsbegränsningen d.v.s. med samma syn-

⁴⁶ HD anför i den delen följande: »HD har med utgångspunkt i hovrättens bedömningar i vissa angivna hänseenden meddelat prövningstillstånd rörande frågan i vad mån ansvarsbegränsningen i parternas avtal till 15 prisbasbelopp ska anses vara verksam. Av de hovrättens bedömningar som ska ligga till grund för prövningen följer att HD har att utgå från att besiktningsmannen av vårdslöshet har underlåtit att i besiktningsutlåtandet notera de fel i fastigheten som hovrätten funnit klarlagda och att detta har orsakat köparna skada motsvarande 1 802 558 kr. Graden av vårdslösheten är dock öppen för prövning.«

⁴⁷ Jag menar att det är en tradition i svensk rätt att vid bedömningen av om grov oaktsamhet föreligger ställa betydande krav på att beteenden innebär ett tydligt och tveklöst undantag från oaktsamhet inom den »normala« bedömningen.

⁴⁸ Jfr härtill Munukka i JT 2017–18 s. 393 ff, särskilt s. 412.

sätt som skiljedomen hade lanserat eller att man inte hade grund för att göra en sådan bedömning. Det hade ju då blivit fråga om att kvalificera oaktsamhetsbedömningen med stöd av tilltrosparagraferna på annat sätt än hovrätten hade gjort.

Vad som bekymrar mig med såväl skiljedomen som med prejudikatet är att någon egentlig prövning av varken tillgänglig försäkring eller försäkringsmöjligheter blir den centrala frågan. Även vid normalgraden av oakt-samhet förefaller en ansvarsbegränsningsklausul något som framstår som typiskt oskäligt mot i vart fall konsumenter om professionsutövaren har en ansvarsförsäkring och effekten blir betungande för konsumenten. Varför skall försäkringsbolaget gynnas på bekostnad av den skadelidande som ju själv inte kan skydda sig genom egen försäkring för den typen av skador? Det bör betonas att professionsutövare själva ofta har ett betydande kommersiellt intresse att skydda sina klienter genom ansvarsförsäkring och att det snarare är försäkringsgivarna som driver fram tvister eftersom professionsutövarna själva avstår från den bad-will som ligger i att få omfattningen och ansvaret för eventuell oaktsamhet prövad i domstol. På det sättet kan domen i värsta fall vara kontraproduktiv såväl ur den försäkrades synvinkel som ur konsumentens genom att den motverkar uppgörelser.

Det finns enligt mitt förmenande inte särskilt många faktorer som bör vägas in vid bedömningen av skäligheten i en professionsutövares ansvarsbegränsningar. I första hand är det graden av oaktsamhet och skadans storlek relaterad till tillgängligt försäkringsskydd. Klientens skyddsbehov är typiskt sett större än uppdragstagarens behov att undgå ansvar för sin oaktsamhet, eftersom den förre inte kan skydda sig genom egen försäkring för den skada han orsakats av uppdragstagaren. Den helt avgörande skälighetsfrågan som man har att ställa sig är varför den skadelidande skall få bära kostnaden för konsultens oaktsamhet när skadevällaren normalt kan skydda sig genom ansvarsförsäkring. En jämkning som reducerar skadevällarens ansvar blir i det läget en besparing för en försäkringsgivare medan konsulten likväl får betala en försäkringspremie som måste beakta risken att ansvarsbegränsningen i det enskilda fallet befinns oskälig.

En tanke som uttrycks i prejudikatet har jag särskilt svårt att ta till mig. Det är utsagan att, som en del av professionsutövarens skyddsbehov skulle föreligga »ett beaktansvärt behov av att inte bli indragen i många tvister om smärre belopp«⁴⁹ ett argument som sammanhänger med domstolens analys av

⁴⁹ Se HD:s dom p. 39.

s.k. bagatellskador. Här fungerar nog oviljan att framträda i skadeståndsprocesser i och för sig som ett betydande förlikningsargument, medan särskilt konsumenter med hänsyn till reglerna om kostnadsansvar i mindre tvister nog snarare erhåller ett incitament för att inleda en tvist. Emellertid framstår i detta sammanhang prejudikatet knappast som något som reducerar någons processbenägenhet, utan dessvärre kan prejudikatet skapa osäkerhet vad avser försäkringsbolagens vilja att skadereglera utan att först få frågan bedömd om räckvidden av ansvarsbegränsningar även vid mycket kvalificerade fall av oaktsamhet hellre än att förlika på en nivå över ansvarsgränsen.

Försäkringsbolag kan således antas bli mindre benägna att utbetala belopp som överstiger de ansvarsbegränsningar som gjorts – ofta på deras egen tillskyndan – även när försäkringstagaren varit påtagligt oaktsam. Detta gynnar varken rådgivarna eller deras klienter utan försvårar uppgörelser utom rätta. Klienterna kommer däremot att ta fasta på punkt 41 i domen:

»Vid den helhetsbedömning som ska göras har naturligtvis arten och graden av den oaktsamhet som har utlöst besiktningsmannens skadeståndsansvar betydelse (jfr prop. 1975/76:81 s. 141). Ju mer besiktningsmannen är att klandra, desto större är skälen för jämkning. Det hänger bl.a. samman med att en besiktningsman genom det mått av omsorg med vilket han utför uppdraget kan påverka risken för skada.«

Här är enligt mitt förmenande en annan och ur skälighetsperspektivet tydlig avvikelser från vad skiljemännen uttalade. I skiljedomen angavs ju att det »*inte främst*« var hur »*klandervärd skadegöraren är utan vad som med hänsyn till samtliga omständigheter framstår som en rimlig ... riskavvägning.*« I skiljedomen betonas tvärtom »*aktörens befogade intresse av att skydda sig mot följderna av sådana förbiseenden och oundvikligt förbundna med verksamheten även om de i och för sig skulle vara att klassificera som vårdslösa.*«⁵⁰

Det är för mig omöjligt att kvalificera professionsutövares vårdslösa beteenden som förorsakar klienterna skada som *oundvikliga förbiseenden* som dessa har befogade intressen att övervältra på klienterna istället för att teckna en ansvarsförsäkring som skyddar klienterna mot skador förorsakade i verksamheten. Tvärtom menar jag att vårdslösa beteenden är närmast oundvikliga beteenden som konsulterna har att vid *s.k. legalt management* räkna in som en kostnad i verksamheten som täcks av vederbörliga – ofta obligatoriska – ansvarsförsäkringar. Någon motsvarande utsaga har jag *dessbättre* inte

⁵⁰ Se skiljedomen s. 38.

hittat i prejudikatet vilket gör att man enligt min mening bör avstå från att fortsättningsvis söka vägledning i skiljedomen på sätt som varit vanligt sedan avgörandet råkade bli offentligt. Särskilt den tumregel som skiljenämnden valde för jämkning, d.v.s. 10–25 gånger uppbygget arvode är ju taget ur luften och varför arvodet skall påverka ersättningens belopp framgår inte lika lite som det belopp nämnden verkar ha tagit ur tomma luften.

Normalt skall ju utgångspunkten för beräkning av skadeståndet vara att skadevällaren orsakat en skada genom oaktsamhet och inte vad han tagit betalt för uppdraget. Än en gång tror jag dock att försäkringsgivarna applåderar eftersom det är just de som är vinnare. Någon anledning att sätta ner premierna finns emellertid inte eftersom man aldrig vet hur mycket som faller ut i det enskilda fallet med *en så normlös norm*. I prejudikatet jämkades inte friskrivningen varför HD inte hade anledning att gå in på den frågan och inte heller ägnade sig domstolen åt den form av frihandsteckning som skiljenämnden förefaller ha gjort vad gäller skäligen skadestånd. Att HD överhuvud inte jämkade ansvarsbegränsningen berodde ju slutligen på tämligen speciella förhållanden som avslutade domstolens bedömning, nämligen själva avtalsituationen.

Det är i och för sig lätt att instämma med Bertil Bengtsson när han i en nyligen publicerad översikt om allmänna skadeståndsprinciper⁵¹ uttalade att man inte har anledning att »sörja« den grundsats som HD genom NJA 2017 s. 113 tydligen önskade gravsätta. Emellertid menar jag att man har att skilja mellan frågan om grov oaktsamhet är en jämkningsgrund i sig och frågan om man skall kunna beakta även andra omständigheter än graden av oaktsamhet vid avtalsjämkning. Självfallet bör det alltid finnas möjlighet att jämkna på olika grunder i såväl kommersiella som konsumentinriktade avtal, men hanterar man professionsutövers ansvarsbegränsningar behöver man inte söka stöd i en mängd olika variabler för skäligheten vilket såväl skiljedomen som HD tycks utgå från. Oviljan att betala skadestånd är aldrig relevant, liksom inte heller förmågan att betala när fråga är om professionsutövare som har tillgång till relevanta ansvarsförsäkringar. Fördelningen av risk bör då begränsas vid skälighetsprövningen -till graden av oaktsamhet sedan innebörden i uppdraget först fastställts jämfört med omfattningen av skadan och effekten av att ansvarsbegränsningen jämkas ur såväl konsultens som kundens synvinkel. Särskild hänsyn till konsumenter och ansvarsbegränsningens ekonomiska konsekvenser måste alltid tagas.

⁵¹ Bengtsson, JT 2017–18 s. 265 ff. på s. 269.