

Finansiell rådgivning och professionsansvaret – några exempel i senare engelsk rättspraxis

LARS GORTON*

1. Bakgrund

Jan Kleineman har som jurist haft många järn i elden. Hans verksamhetsområde har fr.a. varit inom civilrätten främst inom ersättningsrätten. Hans avhandling ”Ren förmögenhetsskada” utkom 1987. Där behandlar han centrala skadeståndsrättsliga frågor, som på den tiden inte hade varit föremål för någon inträngande undersökning i svensk rätt. Flera av de spörsmål som han diskuterade i sin avhandling har han även haft anledning att återkomma till senare i olika sammanhang.¹

Vid sidan av verksamheten som professor vid Stockholms universitets juridiska fakultet, som tillskyndare av tillkomsten av Juridisk Tidskrift och som oförtruten pådrivare beträffande tillskapandet av Stockholm Centre for Commercial Law, vars föreståndare han därefter varit under många år, har han varit livligt verksam som skiljedomare. Därutöver engagerade han sig i det europeiska civilrättsliga lagstiftningsarbete som så småningom utmynnade i DCFR (Draft Common Frame of Reference). Han har också i olika sammanhang haft nära kontakt med anglo-amerikansk rätt, inte minst genom kopplingen till Centre for Commercial Law vid Queen Mary, London University, och sedan som tillskyndare av Stockholmsfakultetens samarbete med Oxford University.

Jan och jag har en del gemensamma överlappande rättsliga intresseområden främst avseende avtals- och kontraktsrätten, men även när det gäller frågor om finansiell rådgivning, och det är mot den bakgrunden inte så märkligt att jag i en festskriftsartikel till honom valt ett ämne, som rör professionsansvar särskilt i ett engelskrättsligt perspektiv.²

* Prof. em. i bankrätt, knuten till Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ I det finansiella sammanhanget kan också hänvisas till bl.a. en del av de artiklar som återfinns i samlingsvolymen Studier i kontraktsrätt och skadeståndsrätt. Stockholm 2011.

² Så var det exempelvis i samband med tillkomsten av den svenska lagstiftningen 2003:862 om finansiell rådgivning till konsumenter. Noteras måste i sammanhanget vidare betydel-

I sammanhanget kan erinras om, att anglo-amerikansk rätt efter andra världskriget kommit att spela en allt större roll vid utarbetande av flera internationella kommersiella avtal också inkluderande avtalsrättsliga kontraktstyper inom det finansieringsrättsliga området.³ Vidare har engelsk rätt kommit att få stor betydelse, när det gäller internationella kommersiella avtal, där lagvals- och jurisdiktionsklausuler ofta utpekar engelsk rätt som tillämplig på avtalet.⁴

Om svensk rätt skulle vara tillämplig på ett avtal, som baserar sig på ett formulär med sin bakgrund i engelsk rätt kan frågan uppkomma, om engelsk rätt utan att vara tillämplig ändå kan anses ha betydelse för tolkningen och tillämpningen av avtalet. Detta är en fråga, som diskuterats i olika sammanhang, och mycket generellt men med försiktighet kan man våga anta, att även om engelsk rätt inte är tillämplig på avtalet, kan viss ledning hämtas från engelsk rättspraxis, i samband med en tvist under ett avtal, som har sin bakgrund i engelsk rätt. I ett sådant fall kan engelsk rättspraxis tjäna som inspirationskälla vid bedömningen av en tvist avseende förståelsen av avtalet eller en avtalsbestämmelse i detta, även om avtalet är underkastat svensk rätt. Sådana överväganden får då ske på den grunden att avtalsformuläret har sin bakgrund i engelsk rätt, och om tillämplig rättspraxis saknas i svensk rätt kan det finnas anledning för domstolen att i sin bedömning väga in den argumentation som förekommit i engelsk rätt.⁵

Det är mot denna bakgrund, som jag valt att i denna festskriftsartikel försöka fånga något lite av det mönster i senare engelsk rättspraxis rörande vad som kommit att kallas professionsansvar i synnerhet när det gäller finansiell rådgivning.

sen av de EU-regler som tillkommit med avseende på regleringen av finansiella marknader och finansiella aktörer.

³ Pekas kan på det sjörettsliga området, inte minst befraktningsrätt, skeppsbyggnadskontrakt o.dyl. men också på sådana företeelser som derivatavtal, syndikerade lån etc.

⁴ Betydelsen av Brexit i bl.a. detta avseende kommer med tiden att visa sig.

⁵ Frågan har diskuterats av exempelvis Schmidt m.fl., Huvudlinjer i svensk frakträtt. 2 uppl. Stockholm 1962 s. 48, Selvig, Tolkning etter norsk eller annen skandinavisk rett av certepartier og andre standardvilkår utformet på engelsk. Tidsskrift for Retsvitenskap 1986 s. 1, Grönfors, Tolkning av fraktavtal. Göteborg 1986 s. 59 och 63 ff., Gorton, The reception of Anglo-American contract practice into Swedish law: Some points on charter parties and syndicated loans. Liber amicorum Guido Alpa. Private law beyond the national systems. Ed by M. Andenæs and others, London 2007 p. 475 et seq.

2. Professionsansvar inom och utom kontrakt samt förhållandet till en tredje person

Jan Kleineman har i olika sammanhang diskuterat bl. a. det välkända engelska rättsfallet Hedley Byrne⁶, som kan tas som en utgångspunkt för nedanstående betraktelse. I detta fall tog House of Lords (numera Supreme Court) upp till bedömning frågan om "negligent misrepresentation" (ungefärligen vårdslös informationsgivning). Frågan i fallet gällde om en långgivare, som förlitat sig på information, som lämnats av annan än låntagaren, men som hade betydelse med avseende på låntagarens finansiella ställning, skulle kunna utkräva ansvar av informationsgivaren för vårdslös, felaktig eller missledande information, oavsett avsaknaden av en kontraktsrelation mellan långgivaren och informationsgivaren. Domstolen ansåg, att detta vore möjligt, men svaranden "räddades" i fallet av en ansvarsfriskrivningsklausul. Senare gjordes också en hänvisning till Hedley Byrne-fallet och den där etablerade principen i Caparo Industries plc v. Dickman.⁷ I detta senare fall fastslogs, att det under vissa omständigheter finns en "duty of care", som kan innefatta vårdslöst given information, om en special relation baserad på tilltro föreligger, att informationsmottagaren har förlitat sig på den lämnade informationen, och att en förutsebar förlust därvid uppkommit.

Även om engelsk rätt normalt inte är avgörande för svenska domstolar, med mindre engelsk rätt är tillämplig på avtalet, kan där gjorda bedömningar ha intresse, när det gäller likartade frågeställningar som aktualiserats i svensk rätt. I anslutning till utvecklingen efter de båda nämnda rättsfallen vill jag därför här ta upp några engelska fall från de senaste åren, som i detta sammanhang kan ha visst intresse. I de valda fallen belyses några olika spörsmål i anslutning till en tidigare diskussion, vilken sedan åter kan bli föremål för tvister.

Det ska understrykas, att det finns vissa grundläggande skillnader mellan svensk och engelsk rätt med avseende på de berörda frågeställningarna, både när det gäller rättsförhållanden inom kontrakt och utom kontrakt, och det kan diskuteras om, och i så fall i vilken grad, sådana exempel i engelsk rätt kan tjäna till ledning för bedömningar beträffande motsvarande förhållanden i svensk rätt. Eftersom finansiella transaktioner utvecklats tidigare i engelsk rätt än i svensk, och engelska domstolar i högre grad fått

⁶ [1964] AC 465. Se diskussionen hos Kleineman i hans ovan nämnda avhandling s. 344 ff. Vidare kan i sammanhanget även uppmärksammas hans artiklar Kreditgivaransvar – professionsansvar under utveckling. Juridisk Tidskrift 1993/94 s. 172 ff., Rådgivarens informationsansvar – en probleminventering. Svensk Juristtidning 1998 s. 185 ff., Reklamationsplikt vid rådgivningsansvar. Festskrift Torgny Håstad Uppsala 2010 s. 333 ff. samt Revisorsansvaret – metodfrågor mellan bolagsrätt och skadeståndsrätt bl. a. återgiven i SCCL's Årsbok IX 2018 s. 153 ff.

⁷ [1990] AC 605.

tillfälle att hantera frågeställningar av hithörande slag, kan det dock finnas anledning att snegla mot hur man där bedömt vissa nu berörda frågor. Det kan också understrykas, att engelsk rättspraxis inom området också är betydligt mera omfattande än motsvarande rättspraxis i svensk rätt.⁸ Dock kan engelsk rättspraxis knappast tjäna mer än som inspirationskälla för argumentationen.

3. Några övergripande frågor rörande professionsansvaret i engelsk rätt fr.a. med avseende på finansiell rådgivning

Även om svensk rätt i högre grad än engelsk rätt är baserad på lagstiftning finns här, lika lite som i engelsk rätt, någon övergripande allmänt gällande "professionslagstiftning". I svensk lagstiftning finns dock en del privaträttsliga regler avseende vissa aktörer och deras verksamhetsområden. Sådana regler har utvecklats successivt dels genom viss lagstiftning dels genom rättspraxis, och gradvis har nya regler tillkommit med avseende på nya aktörer inte minst när det gäller konsumenträttsliga regler.⁹ Trots avsaknaden av en övergripande svensk lagstiftning som innefattar flera olika professioner, möter man numera ofta uttrycket "professionsansvar", som förefaller kunna vara baserat på såväl kontraktuella som utomkontraktuella överväganden.¹⁰ Vid sidan av de privaträttsliga reglerna har successivt ett betydande antal regler tillkommit av administrativrättslig karaktär, varigenom bestämmelser tillkommit som från en annan utgångspunkt sätter standarder för utövandet av vissa "professioner".¹¹

På motsvarande sätt möter man sedan flera decennier i engelsk rätt uttrycket "professional negligence".¹² Detta begrepp motsvarar ungefärligen

⁸ I sammanhanget kan i förbigående också noteras en stämningsansökan som nyligen inlämnats till Stockholms Tingsrätt. Ansökan om stämning den 8 september 2020 (Scandinavian Credit Fund I AB v. JOOL Markets AS (982 157 609), Filial Sverige. Jag ska inte nedan vidare beröra detta fall, utan noterar endast den där aktualiserade problemställningen.

⁹ Hänvisas kan exempelvis till det rättsområde som i svensk rätt ofta går under beteckningen speciell obligations- eller kontraktsrätt, se bl.a. Hellner m.fl. framställningar i form av volymerna Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 1. Häftet Särskilda avtal och 2. häftet. Allmänna ämnen.

¹⁰ I sin avhandling Rådgivningsansvar: särskilt vid finansiell rådgivning och investeringsrådgivning, Stockholm 2010 valde Fredrik Korling att behandla frågan uteslutande i ett kontraktsrättsligt perspektiv. I bl.a. norsk rätt förefaller det vara klart, att såväl en kontraktuell som en utomkontraktuell väg är möjlig, se exempelvis Hveem, Bankers rådgivningsansvar overfor forbrukere – aktsamhetsnormen. Akad. avh., Bergen 2020, på flera ställen.

¹¹ Se exempelvis Hveem s. 97 ff.

¹² Uttrycket "professional negligence" har använts i såväl engelsk rättspraxis som i flera

vad som i nordisk rätt kommit att benämnas ”professionsansvar”.¹³ Det är m.a.o. frågan om vissa yrkeskategorier (inte bara inom det finansiella området), till vilka knyts vissa rättsregler av lite olika slag. Här ska jag främst inrikta mig på denna typ av frågor i anslutning till finansiell rådgivning av lite olika art. I det sammanhanget kommer också gränsdragningen mellan rådgivning och information att något beröras.

I sammanhanget ska också nämnas, att engelsk rätt vid sidan av EU-rättslig reglering (MIFID I resp. MIFID II och MIFID III) i stort sett saknar särskild privaträttslig lagstiftning beträffande finansiella rådgivare i B2B-förhållanden.¹⁴ Med mindre det finns särskild lagstiftning, som reglerar den speciella relationen, får man då falla tillbaka på förhållanden i common law, såväl när det gäller ”contract law” som ”tort law”. I engelsk liksom i svensk rätt kan då frågan uppkomma ifall en finansiell rådgivare gentemot sin kund kan bli ansvarig enligt kontraktuella eller utomkontraktuella rättsregler. Här kan då också frågan uppkomma, huruvida verkan av en friskrivningsklausul kan erkännas även i relation till en tredje person i ett förhållande, t.ex. en ekonomisk rådgivare som inte är bunden av kontraktet mellan kunden och den finansiella rådgivaren men som bistått med information eller råd och dåd med avseende på den finansiella rådgivarens aktivitet.¹⁵ I vad mån spelar det då någon roll ifall den utomstående rådgivaren är väl medveten om kontraktsbestämmelserna men själv inte är avtalspart?

Det kan m.a.o. konstateras, att finansiell rådgivning naturligt nog baserar sig på ett avtal mellan rådgivaren och kunden. Det är också den utgångspunkt som Fredric Korling använde sig av i sin ovan i fotnot 10 nämnda studie. I sin anmälan av avhandlingen kritiserade Stefan Lindskog avsaknaden av en diskussion av professionsansvaret i ett bredare perspektiv, och noteras bör, att i exempelvis norsk rätt professionsansvaret när det gäller finansiell rådgivning tycks kunna följa såväl en kontraktsrättslig som en utomkontraktsrättslig väg.¹⁶

Som belysning på de här berörda frågeställningarna ska jag här utgå från några under senare år avdömda engelska rättsfall, som berör några olika

olika engelska juridiska framställningar, exempelvis Patten, *Professional negligence in construction*. 2 ed. London 2018.

¹³ I svensk rätt har Jan Kleineman, som nämnts ovan, använt uttrycket i artikeln Kreditgivaransvar – professionsansvar under utveckling. *Juridisk Tidskrift (JT)* 1993–94 s. 172 ff.

¹⁴ När det gäller B2C-förhållanden finns en del lagstiftning som skulle kunna aktualiseras i sammanhanget fr.a. till följd av EU-rättslig reglering, *Consumer Credit Act* 1974, ändrad 2006 och *Financial Services and Markets Act* 2000 och vissa andra regleringar.

¹⁵ Även om i och för sig motsvarande frågor i norsk rätt inte diskuteras här kan hänvisning ske till viss norsk rättspraxis, där frågorna behandlas, bl.a. *Norsk Retstidende (Rt)* 2012-355 (Lognvik), *Rt* 2013-388 (Röeggen) och *Rt* 2012-1926 (Focus Bank). Dessa fall spelar stor roll i Hveems framställning, och som exempel på hur argumentationen kan göras i sammanhanget kan de ha intresse även för en svensk jurist.

¹⁶ *Juridisk Tidskrift (JT)* 2010 s. 743 ff.

infallsvinklar med avseende på i sammanhanget uppkommande spørsmål. De nämnda avgörandena har valts slumpmässigt och urvalet kan givetvis då kritiseras, men noteras ska att avsikten endast är att illustrera den frågeställning som förekommit, och de lösningar som nåtts i några olika hänseenden. I något av de nämnda fallen kan avgörandet komma att överklagas, och i ett fall har inte huvudfrågan slutligt avgjorts.

En fråga som berörs i några av fallen rör, i vad mån en skillnad ska göras mellan vad som kan hänföras till rådgivning jämfört med information. En vidare utgångspunkt kan sägas vara, att rådgivning innebär att rådgivaren ska tillvarata klientens intressen genom att lämna kompetenta och allsidiga råd. Om rådgivaren inte gör detta eller inte alls lämnar råd, trots att ett sådant kan förväntas, kan detta vara att betrakta som "negligence" (vårdslöshet) och då leda till ersättningskyldighet.¹⁷

4. AssetCo plc. v. Grant Thornton LLP¹⁸

I fallet AssetCo v. Grant Thornton rörde frågan ansvar för revisionsfirman Grant Thornton som en följd av dess vårdslöshet (negligence) i samband med revidering av AssetCos räkenskaper. AssetCo var holdingbolag i en affärsgrupp som tillhandahöll olika tjänster rörande brand och räddning (fire and rescue). Enligt AssetCo hade Grant Thornton (GT) till följd av vårdslöshet inte upptäckt företagsledningens ohederlighet i samband med framtagande av företagets räkenskaper, och man hade därmed inte upptäckt den risk som fanns för det reviderade bolagets insolvens. För denna brist var revisionsfirman ersättningskyldig.

I sin bedömning använde sig domstolen av motsvarande resonemang som förekommit i ett tidigare avdömt fall, South Australia Asset Management Corporation v. York Montague Ltd (SAAMCO), där en "professional" lämnat råd men på basis av "information only" med avseende på transaktionen.¹⁹

I det nu aktuella fallet hade AssetCo's finanschef (CFO) agerat ohederligt vid framtagande av räkenskapshandlingarna även innefattande osanningar

¹⁷ Frågan var uppe till bedömning i Halsall and others v. Champion Consulting Ltd and others [2017] EWHC 1079 (QB), där just skillnaden mellan rådgivning och information var föremål för bedömning, medan i Solicitors Regulation Authority v. David Hayhurst [2020] case number 120272-2020, spørgsmålet avsåg huruvida och hur långt en "retainer" innefattade rådgivning.

¹⁸ [2020] EWCA Civ. 1151.

¹⁹ I fallet [1997] AC 191 ansågs en revisor ansvarig för förlust som uppkommit för bolaget till följd av att revisorn inte upptäckt, att bolagsledningen vidtagit ohederliga åtgärder för att dölja bolagets insolvens. I fallet gjordes en skillnad mellan information och rådgivning, och Lord Hoffman meddelade här en dom avseende frågan om gränsdragningen mellan "advice" och "information only". Denna dom har vägledande karaktär.

till revisorerna. Detta hade GT således inte upptäckt beträffande redovisningsåret 2009, vilket man borde ha gjort vid en kompetent genomförd revision. Likaså borde man ha upptäckt den uppkomna insolvensen med avseende på åren 2009, 2010 och 2011. I stället för att påtala det bedrägliga förfarandet och insolvensrisken hade GT lämnat en ren rapport som utvisade, att bolaget var vinstgivande. Om revisorn informerat bolaget beträffande situationen skulle bolaget ha kunnat vidta åtgärder, varigenom förlusterna skulle ha kunnat undvikas.

I första instans kom domstolen fram till att GT skulle betala ersättning till AssetCo om drygt 22 miljoner pund (en reduktion med 25 % gjordes till följd av AssetCo's medverkan). Underrätten fann, att de förluster som AssetCo hade gjort föll inom ramen för den omsorgsskyldighet som åvilade GT under omständigheterna, och att det ansvarsgrundande kontraktsbrottet utgjorde en "legal and effective" orsak till den uppkomna förlusten.

Den förlust som AssetCo krävde täckning för, avsåg medel som förskoterats till ett förlustbringande dotterbolag. AssetCo gjorde gällande, att den vårdslöshet som GT gjort sig skyldigt till, medfört att bolaget inte fått möjlighet att i tid vidta sådana omstruktureringsåtgärder, som annars skulle ha kunnat göras till undvikande av de uppkomna förlusterna.

GT överklagade domen på tre grunder, däribland (och det var detta som i nu föreliggande sammanhang var det mest intressanta), att de uppkomna förlusterna inte var en följd av något som föll inom ramen för revisorns akt-samhetsansvar (duty of care). GT hävdade med hänvisning till den princip som fastställts i det ovan nämnda SAAMCO-fallet bl.a. att AssetCo inte visat, att den uppkomna förlusten föll inom ramen för GT's omsorgsskyldighet, och att GT därmed inte hade något ansvar i det avseendet. Ingen av parterna hade i första instans åberopat SAAMCO-avgörandet.

I sin dom klargjorde Court of Appeal både frågan om orsak och ansvarsskyldighet. Särskild hänsyn togs till de generella principerna om omfattningen av ansvarsskyldigheten och den rättsliga orsaken. GT hade inte upptäckt, att bolagsledningen medvetet dolt bolagets verkliga ekonomiska situation, en vårdslöshet som inneburit att bolaget inte fått möjlighet att vidta de åtgärder som annars skulle ha kunnat göras för att motverka effekten av detta. GT hade därmed inte fullgjort den skyldighet som kunde förväntas av en revisor i sammanhanget. Detta följde av tillämplig lagstiftning.²⁰ Trots att SAAMCO-avgörandet inte åberopats av någon av parterna, ansågs GT's vårdslöshet vara den grundläggande anledningen till de förluster som AssetCo hävdade, att man gjort i sammanhanget.²¹

²⁰ Även om svensk lagstiftning skiljer sig från engelsk i nu aktuellt avseende, så är såvitt jag kan förstå principerna i detta avseende likartade.

²¹ Understrykas kan, att en fråga avskildes, nämligen den som innebar, att det belopp om 1,5 milj. pund, som AssetCos CEO hade förskingrat för eget bruk inte låg inom ramen för revisorns ansvarsområde. I det avseendet ansågs en "causal link" saknas.

Två slutsatser kan dras av fallet. En kärende kan göra gällande att en vårdslös revisor kan bli skyldig att ersätta investerings- och tradingförluster, om man kan visa, att ledningens hantering med avseende på förlusterna skulle ha kunnat stoppas med hjälp av en kompetent utförd revision. Å andra sidan kan SAAMCO-principen utgöra en begränsande faktor med avseende på de ersättningsgrundande förlusterna. Det måste nämligen gå att visa ett samband mellan den påstådda vårdslösheten och förlusten. Detta framgår också av Court of Appeal-domen.

En tillämpning av SAAMCO-domen kräver noggranna överväganden, och användningen beror på omständigheterna i fallet. Som Court of Appeal påpekade, ger inte SAAMCO-fallet "a rigid rule of law" men snarare "simply a tool" för att bestämma den förlust som följer av vårdslöst given information.

5. Golden Belt Sukuk 1 Company B.S.C. © v. BNP Paribas and others²²

Det nu rubricerade fallet är av lite annorlunda karaktär. Här var det frågan om användningen av s.k. Sukukcertifikat, som skulle utges av en Special Purpose Vehicle (SPV, ett för ändamålet tillskapat bolag), med firma Golden Belt.²³ Genom certifikatet (med egenskaper som liknar en "promissory note", som ungefärligen motsvarar ett svenskt skuldebrev), skulle USD 650 millioner göras tillgängliga för ett saudiarabiskt företag, Saad Trading. I anslutning till transaktionen skulle Saad Trading utfärda en "promissory note", varigenom innehavarna av Sukuk-certifikaten garanterades omedelbar betalning, ifall de inte fick betalt enligt huvudförpliktelsen.²⁴ Enligt saudisk rätt fanns ett krav på att skuldebrevet skulle underskrivas med användningen av en "wet ink"-underskrift (dvs. i original av traditionell typ). Trots kravet kom underskriften att ske med användningen av laser.

Beskrivningen av de tjänster som arrangören skulle tillhandahålla Saad innefattade bl.a. hjälp med dokumentationen. Domstolen fann, att arrangören under alla omständigheter hade skyldighet att ombesörja "proper execution" av dokumentationen, något som var att se som en integrerad del av arrangörens skyldigheter.

I och för sig innehöll cirkuläret avseende erbjudandet ("the offering circular") detaljerade riskvarningar och en bestämmelse om ansvarsfri-

²² [2017] EWHC 3182 (Comm).

²³ Sukuk är en slags värdepapper, ett mellanting mellan en obligation och en aktie, som utges i enlighet med sharialagar.

²⁴ En "promissory note" i engelsk rätt påminner om ett svenskt skuldebrev, men i engelsk rätt saknas en särskild skuldebrevslag, utan den närmaste lagstiftningen är växellagen (Bill of Exchange Act 1882).

skrivning, men varken i riskvarningen eller i friskrivningen återfanns något specifikt omnämnande av "execution".

Den engelska "legal opinion" som utfärdades och som hänförde sig till "the Sukuk" berörde inte det saudiska skuldebrevet, eftersom i det hänseendet det saknades ett element av engelsk rätt.²⁵ Den "legal opinion", som utfärdats med avseende på saudisk rätt, tog däremot upp frågor, som hänförde sig till skuldebrevet. De antaganden på vilka yttrandet hänförde sig inkluderade, att de dokument som överlämnats till den saudiska advokatfirman var autentiska och korrekta, och att alla signaturer vara äkta. Ingen av de avgivna "legal opinions" innehöll, som nämnts, något uttalande avseende "proper execution".

Avsikten hade varit, att Saads ordförande, Mr Al-Sanea, skulle skriva under skuldsedeln. I stället hade underskriften skett med laser. Att det inte var frågan om en underskrift med "wet ink" kunde inte upptäckas utan förstoringsglas. Det gjordes inte gällande, att arrangören hade skyldighet att undersöka underskriften på ett sådant sätt. Det påstods, att Mr Al-Saneas underskrift hade bevittnats, men det stod också klart, att vittnena inte var i god tro.

Enligt domstolen var den ansvarsstandard som skulle användas, den som kunde förväntas av en rimligt kompetent banktjänsteman med insikter beträffande den aktuella transaktionstypen. De faktorer som domstolen fr.a. tog hänsyn till för att bestämma om arrangören mött den standarden var,

att det var arrangören som ordnat med underskriften på skuldsedeln, och att information hade utväxlats med avseende på underskriften.

Från början hade tanken varit, att undertecknandet skulle ske på arrangörens kontor, men när en representant från Saad meddelade arrangören, att Mr. Al-Sanea inte skulle ha möjlighet att delta vid en fysisk underskriftceremoni i Bahrein accepterades detta utan att några vidare frågor ställdes. Saad föreslog, att en advokatfirma i Al Khobar (där Saad hade sitt kontor) kunde tillhandahålla vittnen, men denna advokatfirma var inte känd för arrangören eller dess advokater.

Arrangören uppmärksammades av sin saudiska juridiska rådgivare på att det krävdes en "wet ink"-underskrift på skuldsedeln och vidare att det behövdes en bevittning av någon som var oberoende av Saad och som skulle kunna vara tillgänglig för att intyga att underskriften var korrekt, om det uppstod en tvist. Domstolen fann, att arrangören uppdragit åt Saad att ombesörja arrangemanget i samband med underskriften. Det fanns en

²⁵ Uttrycket "legal opinion" synes vara den term som även används i svensk rätt, även om i svensk rätt benämningen yttrande eller utlåtande kan ses som närbesläktat. I engelsk rätt se exempelvis Wood, International loans, bonds, guarantees, legal opinions. 3 uppl. London 2019, Part V.

signatur, som framställts med laser, och som det framstod, hade denna bevittnats av två personer med knytning till Saad.

Frågeställningen i fallet rörde alltså inte giltigheten som sådan av den elektroniska underskriften utan gällde den omsorg som arrangören förväntades använda för att se till att skuldebrevet utfärdades på ett korrekt sätt. Enligt domstolen var det således en del av arrangörens skyldigheter att försäkra sig om att skuldebrevet utfärdats korrekt. Arrangören hade alltså skyldighet att iaktta aktsamhet, när det gällde dessa skyldigheter, både med avseende på primära och sekundära marknadsinvestorare. Underlåtenhet att möta denna "normalstandard" för en bank som var engagerad i transaktioner av detta slag utgjorde "negligence", och därmed befanns arrangören ansvarig i detta avseende.

Arrangörens och Saads kontakter hade löpt över 15 år. Med tanke på skuldsedelns betydelse i sammanhanget godtog domstolen inte, att det skulle kunna framstå som pinsamt eller opraktiskt för arrangören att insistera på att Mr Al-Saneas underskrift skulle bevittnas av representanter för dess saudiska rådgivare eller av dess egna representanter. I domen uttrycktes det:

"In all circumstances this was a necessary and entirely practical precaution, which needed to be taken and [the arranger] was negligent for failing to take it."²⁶

6. Halsall and others v. Champion Consulting Ltd and others²⁷

I det i nu under ifrågavarande rubrik nämnda fallet hade käranden, en advokatfirma ("solicitors"), instruerat svaranden (en skatterådgivare) att lämna råd med avseende på två skatteupplägg. Käranden ansåg, att svaranden vårdslöst fått dem att använda sig av två upplägg, varav ett blev föremål för skattemyndighetens (HMRC) prövning. När det gällde det andra fallet hade käranden påstått, att svaranden lämnat rådet att det fanns 75–80 % chans att det upplägget skulle godkännas, men man hade inte informerat om att kostnaderna skulle kunna överstiga den initiala investeringen, ifall det inte godtogs.

²⁶ Även om det inte är aktuellt i fallet skulle frågan kunna ställas om ett liknande synsätt skulle kunna användas beträffande arrangörens roll och ansvar vid syndikerade lån eller i samband med obligationslån. I LMA-avtalet finns en bestämmelse om ansvarsfriskrivning. Noteras bör då, att en friskrivningsklausul måste formuleras på ett sådant sätt, att den kommer att medföra avsett skydd med avseende på vad som omfattas i skrivningen.

²⁷ [2017] EWHC 1079 (QB).

Domstolen fann med avseende på det första upplägget, att svaranden hade lämnat det rådet till käranden, att man skulle kunna delta i upplägget och därvid försäkrat att skattskyldigheten skulle reduceras, men man hade underlåtit att lämna den informationen, att HMRC skulle kunna ifrågasätta upplägget. Med avseende på det andra upplägget fann domstolen att rådgivningen omfattade vad som påstods i fallet, men att någon information inte lämnats när det gällde den ökade risken för ytterligare kostnader.

Kärnfrågan rörde här, ifall det var fråga om ”information” eller ”rådgivning” (jfr även ovan under 5), där det förra avser skyldigheten att lämna information som ska ge mottagaren möjlighet att ta beslut om en åtgärd, medan den senare avser, att ett råd beträffande åtgärden lämnas. I fallet ansågs rådgivaren ha haft fullt ansvar vid bedömningen av omständigheterna i fallet, och skatterådgivaren hade ”guided the whole decision making process.”

De båda fallen är ytterligare exempel på situationer där professionsansvaret kan uppkomma i rådgivningsfall. De två situationerna tjänar som illustration när det gäller frågan om vad som kan anses omfattas av rådgivning med avseende på det uppdrag som man åtagit sig²⁸, samt vilka omständigheter, som kan innefattas i rådgivning resp. lämnande av information. Mot den bakgrunden är det viktigt att parterna preciserar vad som ska ingå i uppdraget.

7. RSK Environmental Ltd v. Hexagon Housing Association Ltd²⁹

Beträffande det fjärde fallet måste understrykas, att det inte har avgjorts slutligt, men frågan rörde här huruvida, och under vilka omständigheter en ansvarsfriskrivning i ett kontrakt kan få verkan mot tredje man. Fallet har sitt principiella intresse med avseende på huvudfrågan, som alltså inte slutligen lösts i fallet. Den primära principiella frågan i tvisten rörde, om parter i en icke kontraktuell relation kan bli bundna av en friskrivningsklausul i ett kontrakt.

Förhållandena i fallet var kortfattat följande. En fastighetsexploatör, Skillcrown, avtalade med RSK om framtagande av en geoteknisk rapport avseende en byggplats. I den slutliga rapporten angav RSK både Skillcrown och Hexagon som sin ”Client”, något som Hexagon kände till.

Hexagon köpte byggplatsen, och byggarbetena påbörjades. Det uppstod därefter en markkollaps, varigenom en förlust uppkom för Hexagon. Krav

²⁸ I fallet uttryckt som ”incidental to the retainer”.

²⁹ [2020] EWHC 2049 (TCC – Technology and Construction Court).

framställdes av Hexagon mot Skillcrown jämlikt kontraktet och mot RSK för vårdslöshet på utomkontraktuell grund. Trots avsaknaden av avtal mellan dem hävdade Hexagon, att RSK var ansvarigt gentemot Hexagon i enlighet med föreliggande omständigheter.

Avtalet mellan RSK och Skilltown innehöll flera klausuler, bl.a. bestämmelser om ansvarsbegränsning.³⁰ RSK hävdade, att de aktuella avtalsbestämmelserna innebar, att dess ansvar för vårdslöshet begränsats genom avtalet, och att denna begränsning också gällde i förhållande till Hexagon. Parterna var eniga om att, ifall vårdslöshetsansvaret skulle anses sammanfalla med det kontraktuella ansvaret, då skulle Hexagons krav utom kontrakt anses vara detsamma som det kontraktuella kravet.

Det hade inte visats, att Hexagon erhållit en kopia av RSK's standardavtal, som innehöll friskrivningsbestämmelsen. Hexagon hävdade vidare, att ifall det funnits ett avtal mellan parterna, då skulle avtalsbestämmelserna inte ha varit bindande för Hexagon, eftersom man inte fått någon rimlig notis härom. Hexagon menade, att om en kontraktuell bindning inte förelåg då kunde Hexagon inte träffas av avtalsbundenhet, eftersom det var frågan om ett fristående vårdslöshetsansvar utom kontrakt.

RSK gjorde gällande att ett avtal tillkommit i förhållande till Hexagon men accepterade, att med avseende på ett krav enligt Part 8 domstolen skulle utgå från, att det inte fanns något avtal mellan RSK och Hexagon. RSK hävdade, att under alla omständigheter parterna avsett, att ansvarsbegränsningen skulle gälla allt ansvar som RSK påtagit sig.³¹

I domen görs en noggrann genomgång av tidigare rättspraxis i anslutning till de aktuella rättsliga frågorna. Något slutligt avgörande när det gällde det nu berörda spörsmålet kunde inte ske, då domstolen inte ansåg sig kunna avgöra de berörda frågorna i ett "vakuum", dvs. utan att ha gjort en prövning av existensen av ett avtal mellan parterna, och vilka villkor som då gällde och hur de skulle tolkas. Detta kunde inte göras vid en "summary hearing". Under de aktuella omständigheterna var därför kravet "simply not suitable for determination by way of Part 8 proceedings", utan de måste bli föremål för bedömning vid slutligt avgörande av tvisten, en fortsättning som med all säkerhet kommer att följa.

8. Några avslutande kommentarer

De fyra fallen kan användas som illustration till olika frågeställningar som också skulle kunna uppkomma under svenska rättsförhållanden. De

³⁰ Avtalet innefattade "RSK Group Terms & Conditions" jämte anbudet.

³¹ RSK hänvisade i sammanhanget till andra rättsfall där frågan om kontraktuella ansvarsbegränsningsbestämmelser även kunde gälla i utomkontraktuella relationer.

engelska och svenska regelsystemen är inte desamma, avtalsförhållandena kan variera, men samtidigt kan det finnas likheter mellan de rättsliga överväganden som kan aktualiseras i sammanhanget. Jag vill också understryka, att det i betraktelsen är frågan om tämligen avgränsade delar av vad som går under beteckningen professionsansvar. De här aktuella domstolarnas överväganden kan inte utan vidare översättas till och tillämpas beträffande svenska förhållanden, men de kan tjäna som illustration till utvecklandet av en argumentation under de olika omständigheterna. I den meningen kan de nämnda fallen ha visst intresse även för en svensk läsare.

Som jag ser det är det viktigt att ta hänsyn till hur olika faktorer kan gestalta sig, och vilka konsekvenser de kan medföra. Det är också mot den bakgrunden variationsrikedomen i olika fall med hänsyn tagen till olika omständigheter kan ha intresse.

När det gäller Sukuk-fallet under 5 kan det vara särskilt värt att fundera över vad som innefattas i arrangörens uppdrag under olika omständigheter, även om vad som diskuterades i det enskilda fallet knappast kan sägas höra till vardagsmat i svensk rätt. Fallet är dock intressant som exempel på hur skilda åtaganden kan bedömas med avseende på de enskilda förhållandena.

