

# Aspekter på reglering av rådgivares ansvar

FREDRIC KORLING

*”The Slave becomes the Master”<sup>1</sup>*

I avhandlingen har många aspekter av rådgivningsansvaret analyserats. Avslutningsvis ska därför tre övergripande frågor behandlas, nämligen:

1. Vad har det rättsliga rådgivningsbegreppet för funktioner?
2. Vad är ett professionsansvar?
3. Leder regleringen av finansiell rådgivning till ett optimalt investerarskydd eller kan regleringen förbättras?

Kapitlet avslutas med en övergripande analys av rådgivningsansvaret utifrån resultaten av ovanstående frågeställningar.

## Det rättsliga rådgivningsbegreppets innebörd och funktion

Rådgivning är ett tämligen vanligt förekommande begrepp i lagstiftningen.<sup>2</sup> Som framgått av analysen i del A (kap. 3–7) föreligger det emellertid inte någon generell definition av begreppet rådgivning. Det rättsliga begreppet rådgivning fungerar i stället som ett samlingsbegrepp för ett antal olika specifika rådgivningsbegrepp, vilka framför allt återfinns i speciallagstiftningen. Även om begreppet inte har någon precis innebörd har det i vart fall en viktig *sym-*

<sup>1</sup> *The End of the Line* av Metallica, från albumet *Death Magnetic*, 2008.

<sup>2</sup> I SFS förekommer ordstammen ”rådgivning” i 91 gällande författningar (per den 21 januari 2010 i databasen Infotorg, ”<http://www.infotorg.se>”). Oftast är termen inte definierad varken i lagtext eller i förarbeten. Slutsatsen är att begreppet rådgivning sällan leder till några tillämpningsproblem – en slutsats som stöds av frånvaron av rättsliga definitioner och domstolspraxis. Vad avser finansiell rådgivning är situationen annorlunda, framför allt eftersom rådgivning utgör den huvudsakliga tjänsten som tillhandahålls uppdragsgivaren. Vikten av en rättslig definition är därför mera betydelsefull, inte minst för ansvarsbedömningen.

*bolisk* och *rättssystematisk* funktion, genom att det är associerat med särskilda krav på handlande.<sup>3</sup> Vid de fåtal tillfällen när rådgivning varit föremål för doktrinär analys, har den främst varit inriktad på de anknutna förpliktelserna snarare än själva begreppet rådgivning.

Eftersom rådgivningsbegreppet saknar en given definition har det kommit att nyttjas på olika sätt i lagstiftningen. Rådgivningsbegreppet kan därvid sägas ha skilda rättsliga funktioner beroende på inom vilket område som begreppet nyttjas. I enlighet med den metod som brukats i del A i avhandlingen är det därför lämpligt att placera den särskilda rådgivningstypen inom sitt respektive rättsområde för att närmare kunna konkretisera rådgivningsförhållandet och innebörden av därvid föreliggande förpliktelser för uppdragstagaren.

### *Det rättsliga rådgivningsbegreppet*

I analysen av rådgivningsbegreppets innebörd, har begreppets användning studerats inom följande rättsområden – straffrätten, offentligrätten och civilrätten. Finansiell rådgivning och investeringsrådgivning har emellertid behandlats separat dels mot bakgrund av att dessa typer av rådgivning reglerats särskilt, dels till följd av att begreppen kan sägas ha ”två sidor” – en offentligrättslig och en civilrättslig. Det är tydligt att rådgivningsbegreppet har olika innebörd inom respektive område och dessutom används med olika syften. Slutsatserna rörande respektive rådgivningsbegrepp ska inte upprepas här men för tydlighets skull ges en kort sammanfattning.

Det *straffrättsliga rådgivningsbegreppet* är resultatfokuserat. Begreppet syftar till att inbegripa ett antal olika handlingssätt snarare än att reglera rådgivning som sådant. Det är inte heller vissa specifika handlingssätt som kriminaliserats utan regleringen tar i stället sikte på resultatet av dessa. Det synes därmed vara mindre intressant för lagstiftaren hur resultatet faktiskt har åstadkommit. Det viktigaste är i stället att lagstiftningen motverkar att vissa typer av handlingar sker, dvs. det är ett visst resultat som åsyftas.

Det *offentligrättsliga (eller snarare rörelserättsliga) rådgivningsbegreppet* torde ha baserats på rådgivningsbegreppets lexikaliska betydelse och har, med undantag för regleringen av s.k. allmänna investeringsrekommendationer, nyttjats för att beskriva tillåten sidoverksamhet för företag som bedriver an-

<sup>3</sup> Se vidare angående begreppen rådgivning, finansiell rådgivning och ekonomisk rådgivning Betänkning om rådgiveransvar, nr. 1362, 1998, s. 111.

nan tillståndspliktig verksamhet. Även inom detta område synes själva innebörden av begreppet rådgivning vara mindre centralt.

För rådgivning tillhandahållen av *det allmänna* har lagstiftaren sökt att exemplifiera rådgivningsbegreppet relativt utförligt. Mot bakgrund av det särskilda förhållandet mellan en enskild och det allmänna utgör detta rådgivningsbegrepp emellertid inte en lämplig utgångspunkt för bestämningen av det privaträttsliga rådgivningsbegreppets innebörd.

Det *civilrättsliga rådgivningsbegreppet* kan primärt sägas formas av föreliggande reglering av ett antal olika yrkesgruppers rådgivningsverksamhet. Någon närmare analys av begreppets innebörd har inte heller skett inom detta område. Rådgivning betraktas helt sonika som en av många tjänster som yrkesgrupperna tillhandahåller. Rådgivning förekommer inte heller uttryckligen inom alla regleringar utan anses ingå ”indirekt” i andra typer av tjänster, som t.ex. advokattjänster. Rådgivning bedöms civilrättsligt följaktligen utan att innebörden av begreppet konkretiserats närmare.

Det rådgivningsbegrepp som har behandlats i störst utsträckning är *finansrådgivningstjänster*. Själva innebörden av begreppen finansiell rådgivning och investeringsrådgivning framgår inte direkt av lagstiftningen. Som framgått ovan är det emellertid möjligt att precisera innebörden av begreppen med hjälp av lagarnas motiv och annat material.

Med undantag för finansrådgivning, är rådgivningsbegreppet förvånansvärt obearbetat.<sup>4</sup> Några legaldefinitioner av begreppen finns inte. Inte heller i motiven har begreppen analyserats eller preciserats närmare. Rådgivningsbegreppet är därmed problematiskt att hantera då det därigenom synes vara dess lexikaliska (utomrättsliga) betydelse som ligger till grund för det juridiska rådgivningsbegreppet. Detta ger inte tillräcklig vägledning när man i praktiska situationer ska dra gränserna mot information, marknadsföring, upplysningar om prestationen vid försäljning m.m. Begreppet förefaller att användas med varierande betydelser, vilket kan förklara en tämligen diversifierad syn på begreppets rättsliga innebörd.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Jfr ovan om de stora skillnaderna mellan rådgivningsbegreppen i biträdesförbudslagen (avsnitt 4.2), rådgivningslagen (avsnitt 7.1) och värdepappersmarknadslagen (avsnitt 7.2). Observera att kapitel- och avsnittshänvisningarna i detta kapitel hänvisar till avhandlingen i dess helhet, dvs. Korling, Fredric, Rådgivningsansvar – särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning, Jure Förlag, Stockholm 2010. För fullständiga litteraturhänvisningar, var vänlig se Korling, Rådgivningsansvar, s. 685 ff.

<sup>5</sup> Se t.ex. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 300: ”Om begreppet ’råd’ finns inte så mycket att säga”. Se även Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, s. 185 f. som synes anse att det finns en risk för att en alltför vid begreppsanalys ”tappar”

### *Doktrinen syn på rådgivningsbegreppet*

Eftersom de rättsliga rådgivningsbegreppen är oklara är det svårt att fastställa vad det i doktrinen diskuterade ”rådgivningsansvaret” egentligen förmodas avse. Är det över huvud taget en lämplig beteckning att använda och vad har den i så fall för innebörd?

Rådgivningsförpliktelserna blandas regelmässigt samman med utförandeförpliktelser, t.ex. då rådgivaren efter genomförd rådgivning bistår kunden med att utföra ett antal aktieaffärer. Detta bidrar inte till rådgivningsbegreppets klarhet. Det är av denna anledning viktigt att vid den rättsvetenskapliga behandlingen hålla isär rådgivning från andra tjänster som rådgivaren kan bistå sin uppdragsgivare med, oberoende av om dessa tjänster ofta tillhandahålls tillsammans med rådgivning inom ett och samma avtalsförhållande.<sup>6</sup> Även om det kan antas föreligga generella rådgivningsförpliktelser går det inte att bortse från att typen av rättsförhållande har betydelse. Rättsvetenskapen bör visa större disciplin i redovisandet av vilka situationer som bearbetas.

En omdebatterad fråga är om den rådgivning som banker och andra finansiella institut tillhandahåller, är att anse som rådgivning eller om det i själva verket är försäljning.<sup>7</sup> Med beaktande av den mängd tjänster som tillhandahålls av framför allt banker under beteckningen ”finansiell rådgivning”, är det inte särskilt förvånande att begreppets innebörd är oklar.<sup>8</sup> Som redovisats anser åtskilliga författare att denna typ av banktjänster över huvud taget inte rättsligt ska kvalificeras som rådgivning. Ett argument för att dessa

kontakten med den materiella rätten: ”Utan att förfalla till någon form av begreppsjurisprudens kan det dock vara värt att försöka identifiera vad vi egentligen avser när vi talar om *rådgivaransvar*. Det finns visserligen numera en definition i skriven lag som man bör uppmärksamma, men som trots detta inte är en självklar utgångspunkt nämligen vad som stadgas i lagen om förbud mot yrkesmässig rådgivning i vissa fall.” Varför definitionen i biträdesförbudslagen inte kan utgöra utgångspunkt för bedömningen framgår emellertid inte av Kleinemans artikel men troligtvis anser författaren att en straffrättslig definition av ett begrepp är för snäv för att kunna ligga till grund för en civilrättslig bedömning. Se också Ingvarsson, Rådgivningsansvar och medvållande, s. 562. Se vidare avsnitt 3.2.

<sup>6</sup> Beträffande finansrådgivning, se överensstämmande Lyngé Andersen & Juul, Et mere loyalt og gennemsigtigt rådgivningsbegreb i den finansielle sektor?, s. 8.

<sup>7</sup> I många avseenden föreligger det föga skillnad mellan ett köp av en bil och en investering i en värdepappersfond. Rättssystematiskt leder detta till intressanta aspekter i och med att en del rättshandlingar som skulle betecknas som köp inte hanteras av den köprättsliga lagstiftningen utan regleras specifikt i t.ex. värdepappersmarknadslagen.

<sup>8</sup> Jfr Faurdal, Rådgivning i et juridisk perspektiv, s. 59 som finner orsaken till att begreppet finansiell rådgivning är oklart i Danmark bl.a i det förhållandet att instituten marknadsför sig som rådgivare.

tjänster skulle vara att hänföra till försäljning, är att instituten kan styras av egna intressen vid förmedlingen av t.ex. finansiella instrument.<sup>9</sup>

Svårigheten vid köp av t.ex. pensionsförsäkringar – i jämförelse med köp av en tv – är att det ofta är svårt för kunden att uppfatta vad köpobjektet egentligen är för någonting. Det är som om kunden skulle köpa en tv endast med utgångspunkt från leverantörens beskrivningar av denna och sedan få tv:n levererad trettio år senare.<sup>10</sup> Detta problem kan lindras genom reglering.

Det är inte endast i Norden som gränserna mellan rådgivning och försäljning varit oklara. Fokus för regleringen i England var länge försäljningsprocessen. Regleringen var inriktad på att tillse att kunden fick information och råd som var relevanta och hjälpte kunden att fatta ett överlagt beslut. Problemet var att regleringen utgick från ”the notion of the informed customer”, vilket skapade problem vid rådgivningsmötet eftersom informationen tillhandahölls av anställda som hänvisades till som ”konsulter” eller ”rådgivare” – de titulerades aldrig ”försäljare”. Utgångspunkten för regleringen var att rådgivaren skulle finnas till för kunden snarare än att sälja produkter. I stället ledde investerarskyddsregleringen till att kunden ofta fick ett ökat förtroende för och tillit till försäljaren och de uppgifter som denne lämnade. Kunden kände sig omhändertagen, vilket utgjorde ett problem eftersom försäljaren var intresserad av att sälja företagets produkter till kunden.<sup>11</sup> Försäljningsmomentet uppmärksammades inte av kunderna. Inte heller framgår det av regleringen av finansrådgivningen att många rådgivningssituationer egentligen innefattar försäljningsmoment. Även Storbritannien har implementerat MiFID-direktivet och rådgivningsprocessen har därför kommit att hamna i fokus.

Huruvida det föreligger någon skillnad mellan en banks finansiella råd och en oberoende finansiell rådgivares råd kan diskuteras. Även om rådets innebörd är olika, är detta inte detsamma som att säga att bankens rådgivning inte skulle vara ”rådgivning i dess rätta bemärkelse”. Lagstiftaren har bestämt – framför allt genom rådgivningslagens och värdepappersmarknads-

<sup>9</sup> T.ex. har Lyng Andersen och Juul föreslagit att en bättre definition av finansiell rådgivning skulle vara ”[i]ndividuel, faglig behandling og vurdering af data, der fremskaffes og foretages af en uafhængig, kvalificeret person, og som sker alene i den konkrete klients interesse med henblik på dennes beslutning.”, se Lyng Andersen & Juul, Et mere loyal og gennemsigtigt rådgivningsbegreb i den finansielle sektor?, s. 20.

<sup>10</sup> Se Clarke, Michael, *The Professionalisation of Financial Advice in Britain*, *The Sociological Review*, vol. 48, 2000, s. 58–79, s. 67.

<sup>11</sup> Se Clarke, *The Professionalisation of Financial Advice in Britain*, s. 68: ”In practice then the customer is induced to feel that they are receiving professional advice when in fact they are being sold a product”.

lagens rådgivningsbegrepp – att denna typ av rådgivning *är* att betrakta som rådgivning och *inte* som försäljning. Att bankerna kan ha ett eget intresse i rådgivningen och att den därför riskerar att motverka kundens intressen är tydligt med beaktande av den tämligen omfattande reglering som införts för att motverka sådana intressekonflikter. Att en intressekonflikt föreligger gör emellertid inte att den tillhandahållna tjänsten inte skulle vara att bedöma som rådgivning.<sup>12</sup> I stället får denna faktor betydelse för bedömningen av hur rådgivaren utfört sitt uppdrag.

Att klassificera t.ex. bankernas rådgivning som försäljning är kontraproduktivt ur ett investerarskyddsperspektiv. Även om rådgivarna i själva verket i många situationer är att jämställa med försäljare, skulle ett köprättsligt perspektiv knappast gynna investerarna.<sup>13</sup> En köpare har långt större ansvar för att bedöma t.ex. lämpligheten av den valda transaktionen än vad en investerare har som får investeringsalternativ rekommenderade för sig.<sup>14</sup> Kritiken av regelverket får därmed en kundfientlig effekt. Klassificeras situationen som försäljning, och inte som rådgivning gäller t.ex. inte syssломannarättsliga principer. Säljaren har ingen omsorgsplikt att iaktta i förhållande till sin motpart (låt vara att den kontraktuella lojalitetsplikten ställer vissa krav även på en säljare).<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Se vidare Korling, *Investeringsrådgivning och placeringsrådgivning – utbytbara begrepp?*, s. 111 f. Vid t.ex. bankernas kreditgivning avseende bolån har det ifrågasatts om bankerna i tillräcklig mån kan ta tillvara kundernas intressen, se Kjeldahl m.fl., *Hvad forventer forbrugerne af finansiel rådgivning?*, s. 145. Se vidare angående frågan om rådgivarnas möjligheter att samtidigt beakta såväl kundernas som arbetsgivarens intressen, se Hørby Jensen, *Pengeinstitutternes rådgivning*, s. 138 f. Se även Lynge Andersen, Lennart & Juul, Henrik, *Hvor går lånerne hen? Fra standardprodukt til rådgivningstunge lån*, 1. udg., Gjellerup, Kbh., 2005 (Kreditretsprojektet 8), s. 100 ff.

<sup>13</sup> Finansiella tjänster och instrument omfattas inte av KköpL, KkrL och KtjL, se t.ex. prop. 1989/90:89, s. 28 f. och s. 59. Att köp av finansiella instrument undantagits från KköpL, till skillnad från KöpL, torde inte kunna tas som intäkt för att lagstiftaren avsett ett lägre konsumentskydd på detta område i förhållande till andra produkter. Lagstiftaren framhöll emellertid vid lagens tillkomst att skyddsbehovet inte varit tillräckligt starkt i denna del (prop. 1989/90:89, s. 29), vilket i och för sig inte direkt borde undanröja lagens möjliga analoga tillämpning. Ett starkt argument emot förarbetsuttalandet är att utvecklingen har gjort uttalandet föråldrat. Det kan knappast anses ligga i linje med lagstiftarens nuvarande ambitioner att godta ett sämre skydd inom detta område än annars.

<sup>14</sup> Jfr 16 § 2 st. 1 och 2 KköpL och 17 § 2 st. 1 och 2 KöpL. Dessa bestämmelser måste emellertid läsas med förförståelsen att säljaren inte har till uppdrag att tillvarata köparens intresse.

<sup>15</sup> Se vidare kapitel 9 angående den flora av förpliktelser som en rådgivare, i många fall i motsats till en försäljare, har att iaktta.

Oavsett om rådgivaren har utgivit sig för att vara specialist på sitt område, är rådgivaren skyldig att agera i enlighet med de förpliktelser som följer av ett rådgivningsuppdrag.<sup>16</sup> Redan nyttjandet av beteckningen ”rådgivare” skapar tillit hos motparten till att erhålla kvalificerad hjälp inom det område som rådgivaren utger sig för att vara kompetent inom. Uppdragsgivaren behöver inte undersöka rådgivarens kompetens och saknar oftast förmåga att göra detta.<sup>17</sup>

Diskussionen i doktrinen synes alltså ofta utgå från att det finns vissa särskilda kriterier som rådgivningsbegreppet består av. Om andra kriterier är för handen, som att rådgivaren skulle ha ett egenintresse i rådgivningens resultat – och därmed inte uppfyller ”kravet” på *oberoende* – skulle den tillhandahållna tjänsten därför inte vara att anse som rådgivning. Tjänsten skulle således vara något annat, t.ex. försäljning. Grunden för argumentationen är ofta oklar och begreppsanalysen synes belastad av rådgivningsbegreppets lexikaliska betydelse. Diskussionen förefaller även ofta utgå från författarens uppfattning om vad rådgivning borde vara. Rådgivningsbegreppets lexikaliska och rättsliga innebörder åtskiljs därför inte. Kravet på oberoende är inte ett rådgivningsrequisit, det är en förpliktelse som följer med rådgivning.

Rådgivningsbegreppets lexikaliska innebörd har troligtvis ansetts vara tillräcklig och sannolikt varit åsyftad av lagstiftaren i många av de analyserade lagarna.<sup>18</sup> Problemet är att denna betydelse är tämligen oprecis. Då rådgivningsbegreppet är att bedöma i samband med finansrådgivning ställs det andra krav på definitionen. Men det är inte bara i dessa sammanhang som den bristande precisionen är bekymmersam. Av analysen av det straffrättsliga rådgivningsbegreppet framgår att begreppet trots legalitetsprincipen är i det närmaste innehållslöst och därför måste hämta sin innebörd från andra rättsområden.

Begreppet rådgivning är beroende av att ett eller flera råd har konstaterats och utgör därmed ett *övergripande funktionsrequisit*, dvs. att särskilda rättsfakta (råd) måste vara uppfyllda för att rådgivning ska föreligga. Därefter

<sup>16</sup> Se Gorton, *Finansiella institutioners rådgivningsansvar*, s. 310: ”Uttrycket ’rådgivning’ pekar mot att banken i vissa avseenden besitter en viss specialkunskap som används för att tjäna kunder till ledning, på samma sätt som andra yrkesgrupper kan ha en viss specialkompetens som normalt mot betalning ställs till kundens/uppdragsgivarens förfogande.” Se även Brandt & Petersen, *Finansiell rådgivning*, s. 48. Jfr Langsted, *Rådgivning I*, s. 20.

<sup>17</sup> Se Jackson & Powell, *Jackson & Powell on Professional Liability*, s. 563 f.

<sup>18</sup> Dvs. att en person lämnar en rekommendation till en annan person om hur denne bör handla i en viss situation.

krävs det en bedömning av i vilken mån rekommendationen faller in under någon av de i lagstiftningen föreliggande rådgivningsdefinitionerna. Vilka rekommendationer som omfattas av begreppet rådgivning beror därför på inom vilket område som rekommendationerna lämnats. Först när det specifika rådgivningsbegreppets rekvisit är uppfyllda, alternativt att ett (möjligtvis konkludent) rådgivningsavtal konstaterats, är det möjligt att tala om ett rådgivningsförhållande av vilket det följer ett antal förpliktelser för uppdragsgärens att iakttas.

Det är som visats inte möjligt att formulera ett enhetligt rådgivningsbegrepp med någon konkretion. Det är stor skillnad på fastställandet av ett rådgivningsförhållande avseende exempelvis finansrådgivning och revisorers fristående rådgivning. Däremot är det då rådgivning konstaterats möjligt att bedöma olika rådgivartyper tämligen likartat vid en ansvarsbedömning. Av kapitel 9 *Rådgivningsförpliktelser* framgår nämligen att många av de specifika förpliktelser som föreligger enligt rådgivningslagen respektive värdepappersmarknadslagen, även är gällande vid rådgivning lämnad av t.ex. revisorer och advokater. Respektive särreglering ställer i olika omfattning motsvarande krav men det är framför allt genom praxis som rådgivarprofessionerna har kommit att behandlas tämligen lika. Därmed är det möjligt att tala om ett generellt rådgivningsansvar, eftersom rådgivningsprofessionen inte ensamt är avgörande för vilka förpliktelser som professionsutövaren har att beakta. Däremot är det av fortsatt vikt att rådgivningsbestämningen tar sin utgångspunkt i vilken typ av förhållande som rådgivningen har skett inom. Regleringen av rådgivarprofessionerna skulle emellertid främjas av att de skilda rådgivningsdefinitionerna preciseras, framför allt för att underlätta en bestämning av huruvida ett rådgivningsförhållande förelegat.

På ett område torde möjligen en ytterligare precisering kunna undvaras, nämligen inom rörelserätten.<sup>19</sup> En särskild definition av begreppet synes inte behövas då alla aktörer i branschen, inklusive tillsynsmyndigheten som lämnar tillstånd till rådgivningsverksamhet, är överens om vad begreppet innefattar. Föremålet för regleringen – dvs. alla som bedriver en viss typ av verksamhet – skulle kunna beskrivas som utgörande s.k. ”interpretative communities”.<sup>20</sup> Stanley Fish menar att det i princip inte är möjligt att studera något

<sup>19</sup> Se ovan kapitel 5.

<sup>20</sup> Se Fish, *Is There a Text in This Class?*, s. 13–14 och s. 322. Teorin innebär att begrepp i en text saknar betydelse om tolkningen inte sker inom de kulturella och sociala sektorer där det är avsett att nyttjas. Detta gäller även för juridiska begrepp. Det är tillhörigheten till en viss sektor eller gruppering som möjliggör för en person att läsa in en betydelse i ett



utan att göra detta utifrån vissa givna parametrar, tolkningsstrategier.<sup>21</sup> Det är således inte möjligt att bedöma om t.ex. ett rekvisit anses ha en viss betydelse, om det inte på förhand har klargjorts enligt vilka bedömningsgrunder detta sker. Det behöver därmed inte nödvändigtvis vara en lagstiftningsteknisk brist att ett juridiskt begrepp saknar definition om de som träffas av regleringen har en överensstämmande syn på vad begreppet anses innebära.

Alla som bedriver tillståndspliktig verksamhet och därvid regleras av lagen skulle därmed synas dela samma tolkningsstrategier, dvs. alla aktörer är medvetna om hur ett visst begrepp ska tolkas eller begreppets ändamål trots att det från en utgångspunkt kan te sig fullständigt innehållslöst. Det är därför upp till branschens aktörer att definiera begreppet och verka för att dess tillämpning blir koherent. Begreppets betydelse finner nämligen sin konkretion i branschens egen hantering av begreppet. Självregleringen kan ha en viktig funktion i detta avseende. Samtidigt kan det ifrågasättas om det är lämpligt att tillståndspliktiga tjänster definieras så vagt i branscher som medger fritt tillträde till de sökande som motsvarar kraven eftersom detta fordrar att de har en relativt avancerad förförståelse.

### *Avslutningsvis*

Rådgivningsbegreppet som sådant är till största del ett mellanbegrepp och har därtill funktion att verka som en länk mellan vissa fakta och rättsföljder.<sup>22</sup>

begrepp. Fish har emellertid fått kritik för sina teorier som utgörande slutsatsen att ”ord saknar egen betydelse”. Därvid är det av avgörande betydelse att tolka det juridiska rådgivningsbegreppet inom de olika sektorer där det är avsett att nyttjas, för att finna begreppets mening och funktion, t.ex. begreppet corporate finance (som inte är ett juridisk begrepp) får sin betydelse från aktörerna som tillhandahåller dessa tjänster.

<sup>21</sup> Fish, *Is There a Text in This Class?*, s. 171 f. För en analys av Fishs interpretative communities, se Spaak, Torben, *Relativism in Legal Thinking: Stanley Fish and the Concept of an Interpretative Community*, *Ratio Juris*, vol. 21, s. 151–171, s. 151 ff.

<sup>22</sup> Detta har beskrivits på ett mycket klargörande sätt av Alf Ross i den berömda artikeln om tû-tû, eller äganderättsbegreppets funktion i det juridiska systemet som det visar sig senare att artikeln handlar om, Ross, Alf, *Tû-Tû*, *Harvard Law Review*, vol. 70, 1956, s. 812–825, s. 820 f.: ”What has been described here is a simple example of reduction by reason to systematic order. In the final instance it is, to be sure, the task of legal science to undertake this process of simplification, but this task has largely been anticipated by prescientific thought.”, Ross, *Tû-Tû*, s. 821. Se vidare angående sådana begrepp ”On the one hand it is impossible to ascribe to the word 'ownership' an independent semantic reference in the arguments operating with the word. Any attempt to take it as a designation of either legal facts or of legal consequences, of both together, of anything else whatever, is foredoomed to failure.”, Ross, *Tû-Tû*, s. 822 f.

Rådgivningsbegreppet har således två funktioner – *concept of substance* and *concept of function* – dvs. dels en materiell innebörd, dels en systemfunktionalitet.<sup>23</sup> Oftast används emellertid rådgivningsbegreppet som ett s.k. *mellanbegrepp* genom att det för det första måste föreligga vissa omständigheter för att rådgivning ska vara för handen, dvs. det är inte etiketten på rättshandlandet som avgör vilken karaktär handlandet har.<sup>24</sup> Sedan den specifika typen av rådgivning har identifierats, är det möjligt att konstatera vilka förpliktelser som därvid följer.

Även om begreppskärnan framstår som någorlunda klar har begreppet rådgivning inte någon given betydelse. Den lexikala betydelsen (en rekommendation som kommuniceras) utgör ofta ett minimiinnehåll för att rådgivning ska föreligga.<sup>25</sup> Men detta är bara en utgångspunkt. Det är svårt att foga in passivitet i denna definition. Den är således i så måtto alltför snäv för det civilrättsliga begreppet och för finansrådgivningsbegreppet. Utöver den lexikala betydelsen uppställs i vissa regleringar krav på specifika omständigheter, vilka tillsammans utgör grunden för att ett rådgivningsförhållande föreligger. Omständigheter som utgör inskränkningar i förhållande till den lexikala definitionen.<sup>26</sup> Utvidgningarna och inskränkningarna talar för att rådgivning bäst kan beskrivas som ett mellanbegrepp. När sådana omständigheter föreligger att rådgivning av en viss typ är för handen, kan man dra slutsatser om vilka förpliktelser och vilka sanktioner som kan komma i fråga.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Spaak, Torben, *The Concept of Legal Competence: An Essay in Conceptual Analysis*, Uppsala, 1992, s. 38. Angående begreppens funktion anför Spaak: "They fulfil a certain *function* in legal thinking and in legal argumentation, rather than corresponding to anything existing in reality. One ought therefore to ask how concepts function, or ought to function, in legal thinking."

<sup>24</sup> Se Lindahl, Lars, *Deduction and Justification in the Law: The Role of Legal Terms and Concepts*, Ratio Juris, vol. 17, s. 182–202, s. 183.

<sup>25</sup> Se Lindahl, *Deduction and Justification in the Law: The Role of Legal Terms and Concepts*, s. 185: "If a legal term is seen only in its function as a middle term in legal deductions, a *definition* of the term is only a means to facilitate the formulation of inferences from conditioning grounds (the minor term) to legal consequences (the major term). To serve this purpose, the definition must not vacillate between various meanings, with the result that inferences have the flaw of *quaternio terminorum*."

<sup>26</sup> Se Lindahl, *Deduction and Justification in the Law: The Role of Legal Terms and Concepts*, s. 187.

<sup>27</sup> Begreppet kan i detta hänseende sägas vara en "consequence-oriented definition", se vidare Lindahl, *Deduction and Justification in the Law: The Role of Legal Terms and Concepts*, s. 190: "a middle term serves the interest of economy of expression in the formulation of legal rules".

Rådgivningsbegreppet i sig är inte normativt. Rådgivningsbegreppet saknar nämligen en given definition.<sup>28</sup> Mot bakgrund av den alltmer utbredda specialregleringen av rådgivningsprofessioner, är det därför troligt att framtida bedömningar av rådgivningsförhållanden kommer att ta sin utgångspunkt i de specifika rådgivningsdefinitioner som trots allt föreligger. Därigenom utgör finansrådgivning exempel på hur rådgivning separeras från information, marknadsföring och försäljning. Trots finansrådgivningsbegreppets specifika karaktär, torde begreppen säkerligen kunna tillämpas antingen analogvis eller indirekt på andra rättsområden för bedömning av om rådgivning tillhandahållits, t.ex. vid en straffrättslig eller en offentlighetsrättslig prövning av ett rådgivningsförhållande.

## Professionsansvaret som ansvarsnorm

*”Visst finns det somliga som anser att professionsansvar är ett otyg som framför allt initierats av sysslösa jurister och som därför måste hållas tillbaka, men de flesta är nog ense om att kvalificerade yrkesutövare måste ha ett betydande ansvar om de förorsakar klienter och allmänhet skador”<sup>29</sup>*

Professionsansvaret karaktäriseras i doktrinen ofta som ett *strängt* eller *skärpt* ansvar. Härmed måste avses att högre krav ställs på professionsutövaren än på andra.<sup>30</sup> Beskrivningen av ansvaret som skärpt brukar emellertid vanligtvis

<sup>28</sup> Ett överdrivet val av exempel kanske, men för tolkningen av ordet ansikte förefaller rättstillämparen och allmänheten behöva mera vägledning än för tolkningen av rådgivning. Motiven till lagen (2005:900) om förbud mot maskering i vissa fall kostade åtminstone på sig att framhålla att det var ordet ansiktets betydelse ”enligt vanligt språkbruk” som avsågs, se prop. 2005/06:11 Maskeringsförbud, s. 49 f.

<sup>29</sup> Se Kleineman, Recension av Normann Aarum, Styremedlemmets erstatningsansvar i akjeselskaper, s. 569.

<sup>30</sup> Se t.ex. Jørgensen & Wanscher, Professionelt ansvar i skandinavisk ret, s. 425 ff., Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 10 och Häyhä, Liability for Information in Private Law, s. 339: ”The allocation of information resources does affect the use of liability sanctions. The neutral attitude corresponding to the individualistic world view in traditional tort law, where every individual was assumed to be equally well informed, does not give an adequate account of this situation. Liability for specialized skills is stricter than the normal duty of care, and where this is the case, liability for average people is released.” Se också Faurdal, Rådgivning i et juridisk perspektiv, s. 69: ”Revisorhvervet bedømmes erstatningsretlig efter samme principper som advokater, nemlig efter professionsansvaret. Domstolene ser altså på, hvad en almindelig habil revisor ville have gjort i det konkrete tilfælde, herunder hvilke krav der stilles til rådgivning.” Jfr t.ex. NJA 1993 s. 163 och Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 305 f. och Jørgensen & Wanscher, Professionelt ansvar i

innebära något mera specifikt, nämligen att särskilda ansvarsformer har införts för att ersätta ett culpaansvar med presumtionsansvar, kontrollansvar eller annat ansvar oberoende av vållande.<sup>31</sup>

Att professionsansvaret skulle vara förenat med en skärpt ansvarsnorm motiveras på olika grunder i doktrinen.<sup>32</sup> Ett är att anse att ansvarströskeln vid professionsansvar är högre än i jämförelse med sedvanlig culpa.<sup>33</sup> Ett annat motiv för strängare ansvar är att rådgivaren befinner sig i ett *informationsöverläge* i förhållande till uppdragsgivaren och det med hänsyn till omsorgsplikten bör ställas särskilda krav.<sup>34</sup> Ett ytterligare men närliggande skäl är att professionsutövare – oberoende av informationsövertag – typiskt sett besitter specialistkunskaper och förväntningarna på deras prestationer därför skulle vara höga (*expertansvar*).<sup>35</sup> I kap. 9 analyserades de förpliktelser som vanligt-

skandinavisk ret, s. 425: ”Selvom dette i sig selv er en skærpelse av ansvaret, da man ikke anvender bonus patermælestokken, er dette princip i og for sig et udslag av den almindelige culparegel, som i Skandinavien er det grundlæggende princip i erstatningsretten, da det er fast antaget, at man altid, når det drejer sig om at drage en person i en særlig stilling til ansvar, skal sammenligne med en god og ordentlig udøver af den pågældende stilling.”

<sup>31</sup> Se t.ex. Bengtsson, Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden I, s. 282 ff.

<sup>32</sup> Se t.ex. angående konkursförvaltare Andersson, Håkan, *Professor om det stränga ansvaret för konkursförvaltare*, Pointlex 2001-04-10. Se vidare NJA 2001 s. 99.

<sup>33</sup> Se Kleineman, Fastighetsmäklarnas informationskyldighet, s. 214: ”Det kan naturligtvis inte råda någon som helst tvekan om att HD haft rätt att lägga fast culpa-bedömningen på den nivå man funnit lämplig. Det hindrar inte att jag från min utgångspunkt måste dra den slutsatsen att culpa-tröskeln lagts ’lägt’, så tillvida att domstolen sett mycket strängt på mäklaransvaret. Någon ’vanlig’ skadeståndsanalys förefaller inte heller ha utförts. Mäklaren blir ansvarig därför att denne inte tillser att en villkorsklausul förs in i avtalet nästan oavsett vilka argument som mäklaren anför mot att denna skyldighet skulle ha förelegat i det enskilda fallet. Köparna behövde t ex inte styrka att de saknat insikt i skälen till att en sådan klausul borde föras in i det enskilda fallet.” Se även Riese, Försäkringsförmedling, 66: ”Förmedlarens roll som expert – vilken inte är unik för förmedlarrollen utan som gäller vid alla slag av yrkesmässig konsultverksamhet – innebär att graden av vårdslöshet eller försummelse vid utförandet av uppdraget kan sättas relativt låg. Skadeståndsskyldighet kan därmed uppkomma för en skada, som är direkt orsakad av en vårdslöshet eller en försummelse som i andra sammanhang kanske skulle bedömas som lindrig och inte skadeståndsgrundande.”

<sup>34</sup> Se Nygaard, Skade og ansvar, s. 194 f. Jfr Pålsson & Samuelsson, Banks ansvar för ekonomisk rådgivning, s. 560: ”Vi har här redovisat i vilken utsträckning banker bär ett ansvar för ekonomisk rådgivning. Vår slutsats är att de bara bär ett sådant ansvar i mycket begränsad utsträckning och att detta tycks innebära en avvikelse från vad som gäller på andra rådgivningsfält. I påfallande hög grad avviker kraven även från vad som torde gälla i England och Tyskland.”

<sup>35</sup> Se t.ex. Bengtsson som menar att kraven möjligen ställs högre på en advokat som är specialist eller i vart fall uttrycker sig för att vara specialist, Bengtsson, Särskilda avtalstyper 1,

vis är förenade med ett rådgivningsförhållande. I kap. 10 analyserades grunderna för professionsansvaret och vad som karakteriserade ansvaret. Slutsatserna i dessa kapitel leder till frågorna på vilket sätt professionsansvaret kan karakteriseras som ett *skärpt ansvar* och om det är ett *status-* eller *funktionsansvar*.

## Ett skärpt ansvar?

### *Doktrinen syn på professionsansvaret*

På 1990-talet kom många professioners ansvar att prövas i praxis. Det rörde framför allt uppdragstagarens informationsplikt mot uppdragsgivaren och frågan om hur långt ansvaret för att tillse att uppdragsgivaren förstått informationen borde sträckas.<sup>36</sup> I flera fall ansågs höga krav ställas på professionsutövaren. I doktrinen diskuterades därför vilken ansvarsnorm som professionsansvaret egentligen var associerat med och vad som motiverade att ansvaret skulle vara strängt.

### *Fackmässighet och god sed*

Von Eyben & Isager menar att det är möjligt att beskriva professionsansvaret som ett strängt culpaansvar. De framhåller samtidigt att de normer som utgör grunden för ansvarsbedömningen är "baseret på den adfærdsstandard, som kan kræves af en person uden faglige forudsætninger, er imidlertid ikke udtryk for nogen særlig strenghed eller skærpelse af culpanormen, men blot et udslag af culpanormens relativitet, dvs. at kravene til forsvarlig adfærd fastlægges efter forholdene på det livsområde, inden for hvilket den skadevoldene adfærd er udvist."<sup>37</sup> Författarna påpekar också att det inte är ett ut-

s. 173. Se också Andersson, Rättens narratologiska dimensioner – interaktion och konstruktion, s. 36: "Utöver den etablerade förtroenderelationen kan ytterligare anföras att man i culpabedömningen kan ställa högre krav på en professionellt utövande specialist". Jfr t.ex. den tidigare aktsamhetsnormen vid deposition, se Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s. 11: "Vad beträffar deposition hävdades förr i världen, att en depositarie bara behövde ådagalägga en sådan grad av aktsamhet som han visade i förhållande till sitt eget gods, *diligentia quam in suis (rebus)*."

<sup>36</sup> Den s.k. informationsförpliktelsen respektive den pedagogiska plikten. Förpliktelseerna har analyserats i kapitel 9. Därför kommer fokus vid denna analys fästas vid culpaansvarets stränghet och omfattning och inte vid respektive förpliktelses exakta innebörd.

<sup>37</sup> Se von Eyben & Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 89. Se även Jørgensen, Frarådningsspligt – inspiration til dansk ret, s. 133 och Werlauff, Bank og kunde, s. 39: "Såfremt et tab kan påvises, følger det allerede af gældende ret, at banken er erstatningspligtig, og den

tryck för ett strängt ansvar att en uppdragstagare inte kan undgå ansvar genom att ursäktla sig med att denne inte haft förutsättningar att leva upp till den professionsnorm som uppdragstagaren givit uttryck för att följa.<sup>38</sup>

Också Ulfbeck menar att det mot bakgrund av dansk praxis är möjligt att anse att professionsansvaret är ett strängare ansvar än den sedvanliga culpabedömningen eftersom professionsansvarsbedömningen utgår från krav på *fackmässighet* i stället för hur en förnuftig person rimligen borde ha agerat.<sup>39</sup> Vidare menar Ulfbeck att professionsansvaret är ett strängare ansvar eftersom ansvarsbedömningen vanligtvis utgår från branschstandarder, vilket gör att den objektiva sidan av culpabedömningen blir övervägande. Enligt Ulfbeck är ett ytterligare karaktäristiskt drag för professionsansvaret att det vanligen är svårt att genom avtal *friskriva* sig från kravet på fackmässighet – också ett faktum som motiverar en syn på att professionsansvaret skulle vara strängt.<sup>40</sup>

er ved culpabedømmelsen endog underlagt et strengt professionsansvar". Se även Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 16 och Gomard, Moderne erstatningsret, s. 60 f. som angående rådgivningens funktion och utveckling framhåller att det "i de senere år sket en professionalisering af rådgivningsfunktionen. De krav der må stilles til rådgivning i en kompliceret verden er skærpet, og skærpelsen er sket i retspraksis. Hjemmelen er skabt (eller taget) ved en udvidelse og skærvelse af culpareglen." Att culpabedömningen i praxis blir alltmer objektiverad är inte ett hinder mot denna syn enligt Langsted eftersom fokus ligger på de fel och överträdelser som rådgivarna gör under uppdragets gång, se Langsted, Rådgivning I, s. 252 f. Se vidare t.ex. U 1999.574 H, U 2000.521 H och U 2000.1322 H.

<sup>38</sup> Se von Eyben & Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 89.

<sup>39</sup> Samtidigt påpekar Ulfbeck att det inte är att tala om ett presumtionsansvar och inte heller ett expertansvar: "[Det] foretages heller ikke generelt en sammenligning med, hvordan fagets dygtigste udøvere ville have løst den pågældende opgave. Standarden er den almindeligt gode udøver af faget.", Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 16. Se även Truyen, Aksjeanalyse og informasjonsansvar, s. 102: "Profesjonelle aktører møtes vanligvis med en mer presis rolleforventning enn ikke-profesjonelle. Handlenormen vil ofte være kodifisert gjennom lov, forskrift eller bransjebestemte retningslinjer. I mangel av slik regulering vil det i mange tilfeller være mulig å identifisere en sedvanemessig fastlagt bransjenorm for god skikk. Innholdet av en handlenorm vil variere med den konkrete profesjon. Felles for alle er imidlertid at det stilles opp en faglig bestemt norm som det i utgangspunktet skal leves opp til. Dette er en sentral begrunnelse for at culpavurderingen er streng i profesjonelle forhold."

<sup>40</sup> Se Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 16 f.: "I det omfang der sker en sammenmelting af god skik regler/etiske regler og den juridiske forsvarlighedsvurdering, vil dette formentlig ofte føre til en skærvelse af ansvaret, der rækker ud over den skærvelse, der ligger i den almindelige objektiviserings-tendens." Se även Jørgensen & Wanscher, Professionelt ansvar i skandinavisk ret, s. 427: "Det foreligger over for klienten et kontraktforhold af en speciel karakter, som medfører et på flere punkter strengt ansvar, bl.a. den tidligere nævnte objektive karakter af culpaansvaret, hvor den konkrete aftales indhold i ringe grad influerer på culpabedømmelsen." Se även Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 453: "Par-

Även Samuelsson och Søgaard medger att professionsansvaret är ett skärpt ansvar i så måtto att det ”*sigtes der vel i virkeligheden til den omstændighed, at hvis der én gang er påvist en afvigelse fra de normer, der gælder for en god og forsvarlig arbejdspræstation på det pågældende område, da antages der i almindelighed at foreligge culpa, således at ansvarsgrundlaget er til stede ... Det betyder selvfølgelig, at ansvaret kan føles strengt og måske næsten objektivt, men i princippet er ansvaret stadigvæk et culpaansvar*”.<sup>41</sup> Således framhåller också Samuelsson och Søgaard i likhet med Ulfbeck den objektiviserande tendens som branschnormerna för med sig.

Författarna är eniga om att det föreligger ett skärpt ansvar i förhållande till ett sedvanligt culpaansvar. Kraven ställs högre på en professionsutövare beroende på att jämförelsenormen vid ansvarsbedömningen hämtas från andra professionsutövare i stället för från en fiktiv samhällsmedborgare. Professionsansvaret har också motiverats vara strängt mot bakgrund av ansvarsskärpningen rörande produktansvar.<sup>42</sup>

### *Tredjemansperspektiv*

Kleineman har uppfattat professionsnormen vara sträng ur ett annat perspektiv. Professionsansvaret inbegriper nämligen i vissa situationer ansvar i förhållande till en tredje man som professionsutövaren inte står i kontraktsförhållande till, framför allt vid de situationer då tredje man förlitat sig på information från professionsutövaren.<sup>43</sup> I detta avseende är ansvaret strängare, eftersom tredje mans intressen vanligtvis inte skyddas vid rena förmögenhets-

tene kan naturlig nok i sin avtale innskrenke de plikter profesjonsutøveren skal ha, eksempelvis ved at det mot et mindre vederlag enn det sedvanlige skal gjøres en mer begrenset innsats. Men selv et slikt avgrenset oppdrag kan ikke uten uttrykkelig avtale innebære at den faglige standard skal være mindreverdige, jfr prinsippet i håndverkertjenesteloven § 17 (2). Selv om kontrakten således kan sette rammer for oppdraget, vil de faglige forventninger normalt måtte fastlegges ut fra bransjens eller profesjonens standard.” Se vidare Frode, *Almene råd og vejledninger – styring og skøn*, s. 316 ff.

<sup>41</sup> Se Samuelsson & Søgaard, *Rådgiveransvaret*, s. 21 ff.

<sup>42</sup> Se Jørgensen, Stig, *Profession and Function, Tort Liability and Insurance*, Scandinavian Studies in Law no. 41 (Wahlgren, Peter ed.), Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm, 2001, s. 310 f. Se vidare avseende utvecklingen av produktansvaret i Europa, Ebers, Martin, Jansson, André & Meyer, Olaf (ed.), *European Perspectives on Producers' Liability: Direct Producers' Liability for Non-conformity and the Sellers' Right of Redress*, Sellier, München, 2009.

<sup>43</sup> Se t.ex. Kleineman, *Rådgivares informationsansvar – en probleminventering*, s. 187 f.: ”Om någon med fog satt sin tillit till den information som en professionsutövare förmedlat, finns det goda skäl att se strängt på informationsförmedlarens ansvar, i vart fall om den-

skador enligt skadeståndsrättsliga principer.<sup>44</sup> Vissa yrkeskategorier, t.ex. besiktnings- och värderingsmän, är införstådda med att även andra än deras uppdragsgivare kan komma att förlita sig på informationen (något som bl.a. gör att skador som möjligen skulle betraktas vara inadekvata faller inom t.ex. besiktningsmannens ansvar).<sup>45</sup> Informationen har konkretiserats i ett intyg som i sig är tillitsskapande. Samtidigt har även den specifika professionen viss tillitsskapande verkan, vilket innebär att även information som lämnas muntligen i vissa situationer skulle kunna ha motsvarande verkan. Samhällsnyttan av att flera personer kan nyttja sådana intyg har varit tillräckligt stor för att motivera ett skadeståndsansvar. I detta avseende innebär professionsansvaret ett ökat ansvar i förhållande till många andra yrkeskategorier som inte på samma sätt anses tillitsskapande. De professioner som vanligtvis anses tillhöra professionsansvarskategorin har emellertid huvudsakligen förpliktelser i förhållande till en *kontraktspart*.

### *Expertansvar*

Lehrberg har uppfattat HD:s praxis framför allt avseende skatterådgivare så att särskilt höga krav ställs på rådgivare.<sup>46</sup> Lehrberg menar att det är möjligt

ne själv insett eller i vart fall borde ha insett att informationsmottagaren förlitade sig på den förmedlade informationen.”

<sup>44</sup> Se Kleineman, Ren förmögenhetsskada, s. 180 ff.

<sup>45</sup> Se t.ex. NJA 1996 s. 224, där en revisor blev skadeståndsskyldig gentemot en bank eftersom banken lämnat en kredit till ett bolag mot bakgrund av dess årsredovisning, vilken innehöll direkt felaktiga uppgifter avseende tillgångarna i bolaget. Se även NJA 1998 s. 734 där en revisor blev skadeståndsskyldig eftersom en bank lämnat krediter till ett bolag mot bakgrund av att årsredovisningen innehöll felaktig information avseende ett bolags tillgångar. Även om banken enligt HD borde ha ställt frågor till bolaget avseende varulagret, eftersom tillgångarnas värde ändrades väsentligt beroende på marknadskonjunkturen, var denna oaktsamhet av ”väsentligt lägre grad” än revisorns försummelse och någon jämkning avseende bankens medvällande skedde därför inte. Se också TR:n motivering vilken sedermera fastställdes av HovR:n i Svea hovrätts dom 2004-02-17, mål nr T 8535-01: ”Att en beställare normalt sett i praktiken är tvungen att lita på besiktningsmannens utlåtande och till följd av att det kan bli skyldig att fullgöra avtalade prestationer i förhållande till sin avtalskontrahent, är något som måste stå klart för varje besiktningsman av en entreprenad. Det måste därför anses rimligt att en sådan besiktningsman kan bli skyldig att ersätta en beställare för skada, som besiktningsmannen orsakar genom vårdslöshet vid utförandet av sitt uppdrag, även i de fall då han inte står i direkt avtalsförhållande till beställaren.”

<sup>46</sup> Se Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 288 f. Se även NJA 1992 s. 58, NJA 1992 s. 243, NJA 1992 s. 502 och NJA 1994 s. 598. Se vidare Wägheim, Advokatens erstatningsansvar, s. 109 ff.



att identifiera tre faktorer som tillsammans leder till ett skärpt ansvar – nämligen att rådgivningen har tillhandahållits *yrkesmässigt*, att rådgivningen skett i ett *bestående kundförhållande* och att rådgivaren är sakkunnig i *skattefrågor*.<sup>47</sup> Lehrberg framhåller emellertid att HD:s praxis inte är begränsad till att endast avse skatterådgivning utan innebär att ”särskilt höga krav ställs på alla rådgivare som uppträder med anspråk på att vara experter på ett visst område”.<sup>48</sup>

Motsvarande syn har Heuman som, framför allt beträffande advokaters ansvar, har framhållit att professionsansvaret kan anses utgöra ett skärpt ansvar genom att högre krav ställs på en person som utgivit sig för att vara specialist.<sup>49</sup> Heuman förefaller därmed, i likhet med Lehrberg, mena att professionsansvaret inte generellt innebär ett skärpt ansvar. I stället innebär professionsansvaret att höga krav kan ställas på vissa särskilt kvalificerade personer som i förhållande till sin kontraktspart marknadsfört sig som specialist. Rådgivaren behöver inte vara särskilt kvalificerad för att bli skadeståndsansvarig, det avgörande är i stället på vilket sätt som denne marknadsfört sig gentemot uppdragsgivaren.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Se Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 289: ”Yrkesmässigheten torde vara av grundläggande betydelse för att en rådgivare över huvud taget skall kunna göras ansvarig för sina råd”. Lehrberg synes fästa stor vikt vid att rådgivningen tillhandahållits yrkesmässigt. Någon motivering föreligger inte men troligtvis anförts detta argument mot bakgrund av tanken om den skadeståndsrättsliga immuniteten vid råd lämnade inom den privata sfären. Se även Bengtsson, Om strikt ansvar för skadebringande egenskaper, s. 49 angående NJA 1968 s. 285: ”Ett skäl för den stränga bedömningen har synbarligen varit åtagandets yrkesmässiga karaktär: föreningen framstod som den sakkunnige kontrahenten på området.”

<sup>48</sup> Se Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 289 ff. där Lehrberg anför ytterligare tre omständigheter som kan påverka ansvarsbedömningen – nämligen att rådgivningen har skett i ett sammanhang där höga krav ställs på *rådgivarens kompetens*, att rådgivningsuppdraget varit *omfattande* och att rådgivaren har spelat en *aktiv roll* i samband med en transaktion.

<sup>49</sup> Se Heuman, Advokatens rättsutredningar, s. 22 f: ”Advokatens ansvar betecknas ofta som professionsansvar. Därmed avses att advokaten i egenskap av *juridisk expert* bär ett ansvar präglat av de specialkunskaper han förutsätts ha som ledamot av advokatsamfundet. ... Vad beträffar en advokat som utgivit sig för att vara specialist kommer ökade krav att ställas på honom inte på grund av hans förmåga, utan på att det får anses utgöra ett avtalsvillkor att uppdraget skall utföras med särskild skicklighet.” Se även Kersby, Due Diligence – särskilt om advokats ansvar vid dess genomförande, s. 156. Se också Nygaard, Skade og ansvar, s. 194 f. och s. 483 och Normann Aarum, Styrelsemedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, s. 90 f. Jfr t.ex. NJA 1992 s. 502 och NJA 1994 s. 598.

<sup>50</sup> Se även Heuman, Advokatens rättsutredningar, s. 38 där Heuman framhåller att culpabedömningen i vissa disciplinärenden ibland kanske t.o.m. kan bli något strängare än i skadeståndsmål beroende på att hänsyn kan tas till att advokatens förfarande varit till skada för domstol eller annan myndighet. Jfr NJA 1985 s. 856.

### *Kontraktuellt ansvar*

Hagstrøm har observerat att det i norsk praxis föreligger ett strängt professionsansvar. I ett flertal fall har domstolarna framhållit att aktsamhetsbedömningen blir skärpt i de situationer då en professionell yrkesutövare har att utföra en kontraktsförpliktelse.<sup>51</sup> Hagstrøm poängterar emellertid att praxis kan tyckas ge uttryck för en sträng culpabedömning men att ”de kan förklaras med at kontraktsansvaret har andre forutsetninger enn ansvaret for dagliglivets handlinger: Realdebitor har frivillig påtatt seg en kontraktsforpliktelse, og krav og forventninger må ta utgangspunkt i hva kontrakten går ut på, ikke i almene normer for aktsom opptreden”.<sup>52</sup> Hagstrøm framhåller rådgivaransvarets kontraktuella karaktär som grund för en i jämförelse med culpaansvaret skärpt ansvarsbedömning.<sup>53</sup>

### *Sammanfattningsvis*

Som framgår föreligger det i doktrinen olika motiveringar till varför professionsansvaret skulle vara ett strängt ansvar. Frågan är om denna bild överensstämmer med svensk rätts behandling av professionsansvaret? Som framgått av kapitel 9 *Rådgivningsförpliktelser* har många professioner kommit att särregleras och därigenom också fått ett antal detaljerade förpliktelser att iakttas mot uppdragsgivaren som sin kontraktsmotpart. Även om förpliktelserna kan vara omfattande har inte ansvarsnormen som sådan skärpts genom lagstiftning. Utgångspunkten är fortsatt att en rådgivare har att iakttas de förpliktelser som föreligger enligt avtalet, och därigenom också förpliktelserna enligt speciallagstiftningen.

<sup>51</sup> Se t.ex. Rt. 2000 s. 679, s. 688: ”Vurderingen av hvilke krav som må stilles til aktsomheten ved DnB’s rådgivning, må ta sitt utgangspunkt i at norsk rett bygger på et strengt ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere.” Se även Rt. 1988 s. 7 (fastighetsmäklare skadeståndsskyldig för att inte ha upplyst säljaren om skattekonsekvenser vid en fastighetsöverlåtelse), Rt. 1989 s. 1318 (advokat skadeståndsskyldig för att inte ha uppfyllt formkraven för giltigt testamente), Rt. 2000 s. 679 (bank skadeståndsskyldig för att inte ha upplyst en kund angående riskerna med placering av sitt kapital i vissa typer av finansiella produkter) och Rt. 2003 s. 400 (fondmäklare skadeståndsskyldig för vårdslös informationslämning och rådgivning). Se även Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, s. 172: ”Det er neppe tvilsomt at utgangspunktet i norsk rett er at kravet til aktsomhet og forsvarlig yrkesutøvelse er satt høyt”.

<sup>52</sup> Se Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 458. Se även Wågheim, Advokaters erstatningsansvar, s. 51 ff.

<sup>53</sup> Se Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 459 f. Se även Truyen, Aksjeanalyse og informasjonsansvar, s. 101 ff.

Det finns en omfattande praxis rörande rådgivares, eller snarare konsulter, ansvar i förhållande till sin uppdragsgivare – en praxis som oftast har generell tillämpning på rådgivares ansvar. Även om rådgivningslagen kan anses innebära att ansvar för finansrådgivning har införts, förelåg det redan innan lagens tillkomst ett omfattande ansvar som klargjordes genom domstolspraxis. I motiven till rådgivningslagen framhöll lagstiftaren också särskilt att lagen primärt utgjorde en kodifiering av föreliggande praxis avseende rådgivare.<sup>54</sup> Vidare synes förpliktelserna enligt värdepappersmarknadslagen i stort överensstämma med rådgivningslagen. Frågan är därför om det föreligger något särskilt domstolsskapat professionsansvar och vad det i så fall innebär.

### **Utvecklingen av professionsansvaret i svensk praxis**

HD har i ett flertal fall haft att bedöma professionsansvarets innebörd, även om denna term inte uttryckligen nyttjats av domstolen. Många av de nedan refererade fallen har hävdats utgöra grunden för ett strängt professionsansvar i svensk rätt. I det följande ska domstolens argumentation analyseras för att undersöka i vilken mån det finns någon grund för att anse att professionsansvaret är ett strängt ansvar, eller om det föreligger andra aspekter som motiverar ett särskilt ansvarsbegrepp.

HD har i ett flertal fall haft att ta ställning till vilka krav som kan ställas på rättsliga bedömningar av underrätter. Givetvis är det en skillnad mellan en bedömning av en domstols och t.ex. en advokats rättsliga bedömning. Domstolen har inte valt sin ”kontraktspart”. Domstolen är tvingad att fatta ett beslut, även om rättsläget är oklart. Domstolen kan inte heller vara alltför försiktig i sina uttalanden. Trots de speciella omständigheterna, bl.a. mot bakgrund av 3:2 SkL och de därmed föreliggande speciella faktorer som framhålls i motiven, är det av intresse att analysera hur HD bedömt domstolars rättsliga bedömningar som en särskild form av professionsansvar.

<sup>54</sup> Se prop. 2002/03:133, s. 11 f: ”Sammantaget talar övervägande skäl för att konsumentskyddet på området behöver förstärkas och tydliggöras genom en ny, konsumenträttslig lagstiftning. Det finns enligt regeringens bedömning ett behov av att i lag precisera såväl kraven på näringsidkarens prestation som dennes ansvar från civilrättslig utgångspunkt. I sistnämnda avseende kan preciseringen i huvudsak ske genom en kodifiering av den rättspraxis som utvecklats i domstolarna vad gäller skadeståndsansvaret i rådgivningsfall samt genom att bygga vidare på de allmänna rättsprinciper som kan anses tillämpliga.”

*NJA 1994 s. 194*

I NJA 1994 s. 194 hade domstolen att pröva huruvida en hovrätts beslut att förklara en jurist för viss tid vara obehörig att vara ombud i tingsrätten var korrekt.<sup>55</sup> HD konstaterade inledningsvis att det *vid rättstillämpning* endast i undantagsfall kan bli tal om fel eller försummelse och att underrätter inte formellt sett är bundna av HD:s prejudikat. Samtidigt är prejudikaten av ”stor betydelse vid bedömningen av om en domstol i sin rättstillämpning gjort sig skyldig till fel eller försummelse. Samtidigt måste utrymme lämnas för domstolarnas rättsskapande verksamhet. En domstol bör sålunda ha vissa möjligheter att avvika från tidigare rättspraxis. Om domstolen anför rimliga skäl för att tillämpa lagen på ett annat sätt än HD gjort kan en sådan rättstillämpning i vart fall inte föranleda skadeståndsskyldighet för staten.” HD:s slutsats var att HovR:n inte varit vårdslös vid sin rättstillämpning, eftersom stort handlingsutrymme föreligger vid underrätters tolkning och tillämpning av HD:s prejudikat.

*NJA 1994 s. 654*

I ett annat fall, NJA 1994 s. 654, hade hovrätten vid två tillfällen ogillat en talan om kvarstad med hänvisning till att det inte ansågs visat att svarandens förfogande över egendomen kunde skada kärandens möjlighet att kräva fullgörelse. Domstolens ställningstagande visade sig vara felaktigt och käranden, som till följd av HovR:ns dom lidit skada, väckte talan om ersättning mot staten enligt 3:2 SkL. HD konstaterade först att bifall till kvarstadsansökan vid det senare tillfället skulle haft fog för sig. ”För skadeståndsansvar räcker det dock inte, när det gäller rätts- och bevisfrågor som det är fråga om här, att en domstol gjort en bedömning som kan ifrågasättas. Uppfattningar i sådana frågor kan växla i sådan grad att det mera sällan kan talas om culpa eller med andra ord fel och försummelse i den mening som avses i 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Endast uppenbart oriktiga bedömningar kan betraktas som culpösa.”<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Se även NJA 1950 s. 359 och NJA 2002 s. 88.

<sup>56</sup> Jfr NJA 1957 s. 621 vilket diskuteras nedan i detta kapitel. Se vidare Bengtsson, Bertil, *Skadestånd vid felaktiga tillsättningsbeslut*, JT 2008–09 s. 643: ”Också feltolkning av ett lagrum eller oriktig tillämpning av en vedertagen rättsprincip ser man mildare på i rättspraxis – här krävs, i enlighet med motiven, normalt att bedömningen ska vara uppenbart felaktig (se bl.a. NJA 2003 s. 285 och NJA 2007 s. 862, där HD visat ett sådant överseende t.o.m. med regeringens respektive regeringsrättens misstag). Det är dock tveksamt om denna milda praxis kan upprätthållas också i sådana fall där felet innebär en kränkning

NJA 2003 s. 285

Samma motivering återfinns i ett senare fall, NJA 2003 s. 285. Länsstyrelsen hade på ansökan av en kommun meddelat att vissa fastigheter inom ett visst område inte skulle omfattas av föreliggande strandskydd. Några fastighetsägare utanför detta område överklagade beslutet till regeringen som prövade ärendet och fastslog att dessa fastighetsägare hade talerätt i målet, ett beslut som RegR senare undanröjde. Fastighetsägarna inom området stämde därför staten för ersättning enligt 3:2 SkL. HD konstaterade: ”När det gäller en domstols, en myndighets eller som i detta fall regeringens bedömning av en rättsfråga räcker det emellertid inte med att bedömningen var felaktig för att staten ska bli skadeståndsskyldig. Endast uppenbart oriktiga bedömningar anses utgöra fel eller försummelse i den mening som avses i 3 kap. 2 § skadeståndslagen”. Även om bedömningen enligt 3:2 SkL, med beaktande av bestämmelsens rekvisit, vilar på andra grunder än den sedvanliga culpabedömningen innebär utgången i målet ändå att HD återigen konstaterade att det faktum att en högre instans kommer till en annan utgång i ett mål än en underrätt eller annat statsorgan inte automatiskt innebär att underrättens eller organets ställningstagande därmed skulle vara vårdslöst.<sup>57</sup>

Andersson har i sin analys av NJA 2003 s. 285 framhållit att nyttjande av ett *felbegrepp* i samband med culpabedömningar avseende juridiska bedömningar bör undvikas, eftersom begreppet fel är associerat med vårdslöshet. Har någon gjort fel och en skada därav uppkommit är vederbörande vanligtvis också skadeståndsskyldig. Andersson invänder därför mot HD:s formulering att ”oavsett hur man bedömer servitutsrättens relevans för talerättsfrå-

av mänskliga rättigheter enligt Europakonventionen, en synpunkt som minoriteten i NJA 2007 s. 862 var inne på. Vid oriktig bevisvärdering lär det i varje fall stå klart att det krävs uppenbar omdömeslöshet för skadestånd (jfr NJA 1994 s. 654, som delvis rörde felbedömda bevisfrågor i ett kvarstadsmål). Detsamma anses gälla olika fall av skönsmässig bedömning.” Se också NJA 2005 s. 443 där en konkursförvaltare blev skadeståndsskyldig för att inte ha kommunicerat sitt beslut att inte väcka talan med vissa borgenärer: ”[ä]ven om staten vid samråd skulle gett uttryck för uppfattningen att en återvinningstalan borde väckas hade E.F.-S. inte varit bunden av denna inställning. Mot bakgrund av statens inställning i målet får det emellertid godtas att staten skulle ha väckt en återvinningstalan för det fall att E.F.-S. inte gjorde det. Att staten inte fick besked om hennes beslut i återvinningsfrågan får därför anses ha medfört att staten inte kom att inom föreskriven tid utnyttja sin subsidiära talerätt. Genom att inte höra staten som särskilt berörd borgenär i återvinningsfrågan har E.F.-S. varit oaktsam vid fullgörandet av sitt förvaltaruppdrag. Hon är vid sådant förhållande skyldig att ersätta skada som uppkommit som en adekvat följd av hennes oaktsamhet.”

<sup>57</sup> Se Andersson, Processrisker och skadeståndsansvar.

gan ... kan regeringens bedömning inte anses ha utgjort fel eller försummelse i myndighetsutövning”. Andersson menar att HD i stället skulle ha formulerat sig annorlunda genom att ha ”betonat att rättsfrågan om talerätt inte klart besvarades av aktuella regler, utan att instanserna hade att göra överväganden utifrån allmänna förvaltningsrättsliga principer där parternas rättigheter, intressen och befogenheter måste vägas; och då det därmed fanns utrymme för olika tolkningar kunde man inte fastslå att regeringens bedömning utgjorde fel eller försummelse”.<sup>58</sup> Att använda sig av det av Andersson föreslagna argumentationssättet leder till samma resultat. Skillnaden är emellertid att argumentationen blir mer transparent vad gäller den juridiska analysen, än ett enkelt konstaterande huruvida fel förelegat – det blir därigenom tydligare vilken argumentation som HD lagt till grund för sina slutsatser.

Eftersom culpabedömningen är tämligen diversifierad vore det att önska att domskälen, i vart fall avseende ansvarsbedömningar, blev mer utförligt motiverade. Om HD i stället vid culpabedömningen hade använt sig av en mer omfattande argumentationsredovisning, skulle utfallet i målet vara tydligare. Nu framstår dock domskälen, vid en första anblick, som något motsäggelsefulla eftersom domstolen inledningsvis konstaterar att underrätten dömt fel men samtidigt framhåller att felet inte varit av tillräckligt allvarlig grad för att vara vårdslöst. HD:s argumentation har säkerligen sin bakgrund i hur rekvisiten i 3:2 SkL är utformade där fel eller försummelse (jfr 3:1 SkL) är något annat än det ”sedvanliga” vårdslöshetsrekvisitet.

HD:s argumentation innebär att det inte är vårdslöst för underrätterna att avvika från HD:s praxis, så länge som domstolen trots allt kommer fram till en rimlig lösning – t.ex. att det föreliggande prejudikatet från HD är otydligt eller att förutsättningarna vid prejudikatets tillkomst har ändrats väsentligt i förhållande till dagens situation.<sup>59</sup> Det krävs emellertid att underrätterna noga motiverar sitt domslut och bl.a. hänvisar till eventuell kritik som framförts mot det aktuella prejudikatet i doktrinen.<sup>60</sup> Därigenom synes handlingsutrymmet vid domstolsbedömningar vara tämligen omfattande innan

<sup>58</sup> Se Andersson, Håkan, *Rätt och fel ... och ”fel” på ”rätt” sätt. Rättsdiskursens relevans för bedömningen av rättsliga bedömningar*, Pointlex 2003-07-17, del 1, p. 4.

<sup>59</sup> Se prop. 1972:5, s. 518: ”En felaktig rättstillämpning torde endast i undantagsfall vara så uppenbart oriktig att man över huvud taget kan tala om fel eller försummelse, dvs. culpa från myndighetens sida.”

<sup>60</sup> Se vidare Kleineman, Jan, *Vad en domare bör veta – ett rättsfall om statens ansvar vid felaktig rättstillämpning*, JT 1994–95 s. 141 ff., Bengtsson, Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, s. 78 f. och Bengtsson, Bertil, *Svensk rättspraxis – Skadestånd utom kontraktsförhållanden 1993–1996*, SvJT 1998 s. 89, på s. 93 f.

handlandet kan anses vara vårdslöst. Även om underrätten avviker från HD:s prejudikat anses inte domstolen ha handlat vårdslöst, i vart fall inte så länge som det rättsliga ställningstagandet motiveras i tillräcklig mån.<sup>61</sup> Det torde därför krävas tämligen grava överträdelser av ”fackmässighet” för att handlandet ska anses vara vårdslöst, i vart fall domstolars, myndigheters och regeringens juridiska bedömningar. Ansvarsbedömningen är i detta avseende inte skärpt, snarare föreligger stort handlingsutrymme för domstolarna vid sina rättsliga bedömningar.

Möjligen är emellertid inte ovanstående rättsfall en lämplig utgångspunkt för bedömningen av professionsansvaret. Domstolar och regeringen synes nämligen lyda under en särskild ”rättstillämparnorm”.<sup>62</sup> Skillnaderna behö-

<sup>61</sup> Se Kleineman, Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling, s. 560: ”Endast rena förbiseenden av en bestämmelse eller uppenbart oriktiga bedömningar anses utgöra fel eller försummelse i den mening som avses i 3 kap. 2 § skadeståndslagen. (Se bl.a. NJA 1994 s. 194 och 654 samt 2003 s. 285.)” Jfr NJA 2007 s. 862. Se vidare Bengtsson, Svensk rättspraxis – Skadestånd utom kontraktsförhållanden 1993–1996, s. 93 f.: ”Att märka är att den rättsfråga som var aktuell i målet knappast gällde något annat än vilket beviskrav som skulle uppställas vid tillämpning av kvarstadsregeln. I alla händelser är det tydligt att det finns en ganska bred marginal för domstolars misstag inte bara vid bevisvärdering utan också vid viss rättstillämpning. I vilken utsträckning det samma gäller för förvaltningsmyndigheter är mera ovisst. Den enskilde har onekligen anledning att kräva särskild kompetens hos domstolarna när hans rätt skall tillvaratas; egentligen borde man vara ännu mera tolerant mot fel av denna typ när det gäller mindre kvalificerade instanser. Men å andra sidan är det tänkbart att domstolarnas beslut, liksom i vissa utländska rättsordningar, skulle inta en viss särställning – bl.a. genom att man skulle mer än annars kunna utgå från ansvarskänsla och omsorg hos beslutsfattarna. Det är tveksamt om bara uppenbart oriktiga misstag skulle medföra ansvar, när en förvaltningsmyndighet tillämpar lagen fel.”

<sup>62</sup> Se t.ex. NJA 2002 s. 88 angående frågan om en TR varit vårdslös i handläggningen av ett mål där en ledamot senare ansågs jävig och målet återförvisades till TR:n: ”Det kan inte heller mot bakgrund av uttalanden i Europadomstolens avgöranden anses ha bort stå helt klart för TR:n att nämndemannens deltagande vid avgörandet av målet skulle innebära jäv. Inte heller annars har det framkommit att omständigheterna var sådana att det – utifrån den nämnda artikeln i Europakonventionen – hade bort vara uppenbart för TR:n att jäv förelåg.” Bengtsson har kommenterat rättsfallet och angivit att ”[o]m det på sätt som hovrätten synes ha utgått från krävdes uppenbart fel för skadestånd, kan sägas att det varit ganska klart att ansvar inte förelåg för den ganska ursäktliga felbedömning som TR:n gjort sig skyldig till. Av större intresse var nog frågan, om någon strängare bedömning var befogad med hänsyn till att också Europakonventionen påstods åsidosatt. Inte heller i detta avseende torde dock felet ha ens legat i närheten för vad som borde grunda skadestånd.”, se Bengtsson, Bertil, *Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2001–2003*, SvJT 2004 s. 829, på s. 835. Rättsläget har numera kommit att tydliggöras genom NJA 2003 s. 285 där HD framhåller att det inte var fråga om något förbiseende av regeringen: ”Av utredningen framgår att frågan om de klagande hade talerätt togs upp under ärendets beredning

ver emellertid inte vara särskilt stora eftersom bedömningen av domstolars rättstillämpning sker på motsvarande sätt som för andra ”professioner”. Där-  
emot är ansvarsgrunden annorlunda, något som inte diskvalificerar denna  
praxis från att utgöra underlag för analys av rättsliga bedömningar.

I det följande ska ett antal fall där HD haft att pröva olika professioners  
ansvar analyseras (främst advokaters och revisorers skadeståndsansvar) för att  
söka fastställa i vilken mån det är möjligt att tala om ett särskilt professions-  
ansvar.<sup>63</sup>

### *NJA 1957 s. 621*

Professionsansvaret prövades i NJA 1957 s. 621. Fallet gällde huruvida en ju-  
rist agerat vårdslöst när denne givit en klient ett felaktigt råd, innebärande att  
denne accepterade en säkerhet för ett lån vilken senare visade sig vara värde-  
lös. Rådhusrätten, vars dom HD senare fastställde, konstaterade inlednings-  
vis att det visserligen inte framgick av lagtexten att den av juristen rekome-  
menderade företagsinteckningen förlorade sin giltighet om verksamheten  
flyttades från en ort till en annan. Däremot hade HD fastställt innebörden  
av lagrummet i ett avgörande från 1904. Någon referens till avgörandet fanns  
dock inte i 1952 års lagbok men trots ”detta borde [juristen], därest han äg-  
nat frågan tillbörlig uppmärksamhet, kunnat skaffa sig tillfredsställande kun-  
skap i saken bl. a. därför att, såsom [klienten] påpekat, frågan är klarlagd i  
Östen Undéns år 1927 utgivna, bland jurister allmänt kända arbete Svensk  
sakrätt.”<sup>64</sup> Rådhusrätten ansåg att juristen varit vårdslös, som blev skade-

i regeringskansliet. Regeringen kan därmed inte, såsom [kärandena] gjort gällande, anses  
ha förbisetat frågan. Att beslutet inte anger skäl för regeringens ställningstagande i talerätts-  
frågan saknar i detta hänseende betydelse.”

<sup>63</sup> Se t.ex. Bengtsson, Bertil, *Svensk rättspraxis: Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2004–  
2006*, SvJT 2007 s. 554, på s. 560 avseende utgången i NJA 2005 s. 443: ”Kravet på up-  
penbart fel för att skadestånd skulle utgå vid juridiska bedömningar kan tänkas få bety-  
delse för advokaters ansvar för liknande fel mot klienter; här kan dock avtalsförhållandet  
tänkas innebära en viss skärpning av culpaansvaret. I vart fall lär denna milda bedömning  
inte vara lika motiverad vid förbiseenden från advokatens sida, t.ex. när han inte beaktar  
ett tillämpligt lagrum eller ett avgörande präjudikat. När det gäller misstag av domsto-  
larna, lär förbiseenden bedömas strängare än felaktig lagtolkning.”

<sup>64</sup> Se Samuelsson & Sogaard, Rådgiveransvaret, s. 91: ”Huller i lovgivningen, som en lovfor-  
beredende kommission eller ressortministeriets jurister ikke har opdaget, pådrager ikke  
ansvar for ikke at blive opdaget, så længe lovgivningshullet ikke er blevet almindelig viden  
blandt praktiserende advokater.” Se även U 1985.489 H. Jfr Rt. 1989 s. 1318 där en ad-  
vokat ansågs ha handlat oaktsamt genom att ha upprättat ett testamente utan att kontrol-  
lera om detta uppfyllde föreliggande formkrav enligt arveloven. Frågan i målet var om ad-



ståndsskyldig gentemot klienten.<sup>65</sup>

Fallet innebär inte något egentligt avsteg från de ovan refererade fallen om domstolars rättsliga bedömningar eftersom det i detta fall inte var frågan om ett bedömningsfel av gällande rätt. Juristen var vårdslös genom att inte ha uppfyllt kravet på fackmässigt utförande av sitt uppdrag, dvs. att undersöka huruvida det fanns prejudikat som påverkade tolkningen av ett specifikt lagrum.<sup>66</sup> Att prejudikatet refererats i en, av jurister vid denna tidpunkt, allmänt

vokaten hade handlat grovt oaktsamt eftersom dennes ansvarsförsäkring inte ersatte skador orsakade av grov oaktsamhet. Høyesterett konstaterade att handlandet måste, för att det skall anses vara grovt oaktsamt, vara ett ”opptreden som er sterkt klanderverdig”. Avseende krav på advokaters juridiska kunskaper framhöll Høyesterett att ”Når det gjelder en advokats kjennskap til lovstoffet, kan ikke uvitenhet om enhver rettsregel karakteriseres som grov uaktsomhet. Men dreier det seg om en regel på et sentralt område, som for eksempel familieretten eller arveretten, vil uvitenhet lett måtte betegnes som grov uaktsomhet.”, s. 1322. Vidare framhöll Høyesterett att ”Regelen i arvelovens § 7 er ganske visst en bestemmelse som ikke ofte blir aktuell, men den må allikevel sees som en sentral bestemmelse i arveretten.”, s. 1322 f. Se även Rt. 1998 s. 740: ”Det må kreves at en advokat er ekstra påpasselig i forbindelse med foreldelsesfrister. Aktsomhetsnormen på dette området er streng.”, s. 747.

<sup>65</sup> Se även RH 21:82 där en advokat ansågs vårdslös genom att inte ha tillräckliga kunskaper avseende sin klients förmånsrätt och rätt till statlig lönegaranti: ”Det har ålegat [advokaten] att skaffa sig sådan kunskap, att han icke gjorde denna felbedömning. Därest [advokaten] icke tidigare förvärvat tillräckliga kunskaper inom arbetsrättens område, var det, när har nu hade åtagit sig ett uppdrag inom nämnda område, desto mer angeläget att han kontrollerade att han bedömde rättsläget riktigt.” Se vidare Pålsson & Samuelsson, Banks ansvar för ekonomisk rådgivning, s. 546: ”Fallet understryker att den som söker ett råd har rätt att förvänta sig att rådgivaren *använder* förekommande redskap och dessutom gör detta på ett *korrekt sätt*. Kvalitets- och metodaspekter kan således urskiljas redan i detta äldre avgörande.” Se även Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, s. 190 f.: ”Om HD:s resonemang i detta fall ger viss vägledning för generalistens metodansvar är det en betydligt svårare uppgift att försöka fastställa specialistens ansvar. Det kan på goda grunder antas att ett sådant ansvar är betydligt strängare än eljest. Detta bestyrks av NJA 1981 s. 1091.” Se vidare Rt. 1924 s. 81 där en bank ansågs ha handlat oaktsamt genom att inte vara insatt i de internationella reglerna som reglerade rembursar.

<sup>66</sup> Jfr motsvarande utgång avseende tolkning av rättsläget, se RH 21:82: ”Det har ålegat A att nitiskt utföra det honom av [uppdragsgivaren] anförtrodda uppdraget. När han bedömde, att han icke kunde fortsätta att utföra uppdraget, har det ålegat honom att vara verksam för att [uppdragsgivaren] ej skulle lida rättsförlust till följd av att han avsåg sig uppdraget. Denna förpliktelse följer av uppdragsförhållandet och framgår även av bestämmelsen i 12 kap. 18 § andra stycket rättegångsbalken, att ombud, som vill avsäga sig uppdraget, skall bevaka huvudmannens rätt till dess denne hunnit vidtaga åtgärd för utförande av sin talan. – A:s bedömning, att [uppdragsgivarens] förmånsrätt och därmed hennes rätt till statlig lönegaranti skulle bli bevarad, om de övriga anställdas talan som med A:s biträde väcktes vid Stockholms tingsrätt vann bifall, finner hovrätten vara uppenbart

känd bok blev avgörande för ansvarsbedömningen.<sup>67</sup> Juristen ansågs ha agerat vårdslöst genom att ha utfört en undermålig rättsutredning, dvs. gjort sig skyldig till ett rådgivningsfel.<sup>68</sup> Motsvarande krav gäller även vid t.ex. domstolars rättstillämpning. Någon skillnad mellan rådgivares ”professionsansvar” och domstolars rättstillämpning – trots de speciella omständigheter som föreligger vid ansvarsbedömningen enligt 3:2 SkL – torde därmed inte föreligga i detta avseende.

En rådgivare kan, förutom att bli skadeståndsansvarig för att vårdslöst ha värderat innebörden av t.ex. gällande rätt, även bli ersättningsskyldig för att ha lämnat otillräcklig eller felaktig information till sin uppdragsgivare. I det följande ska ett antal fall analyseras där HD haft att bedöma i vilken mån den information som rådgivaren lämnat varit felaktig eller undermålig, eller underlåtit att lämna nödvändig information till uppdragsgivaren.

felaktig. Det har ålegat A att skaffa sig sådan kunskap, att han icke gjorde denna felbedömning. Därest A icke tidigare förvärvat tillräckliga kunskaper inom arbetsrättens område, var det, när han nu hade åtagit sig ett uppdrag inom nämnda område, desto mer angeläget att han kontrollerade att han bedömde rättsläget riktigt. – A:s underlåtenhet är enligt hovrättens bedömning icke ursäktlig.”

<sup>67</sup> Se t.ex. Sandgren, Claes, *Vad gör juristen? Och hur? – del II*, JT 1999–2000 s. 867, på s. 878: ”Material blir tillgängligt på ett annat sätt än tidigare varför det blir naturligt att skärpa de krav som kan ställas på omfattningen av det material som en rådgivare kan förväntas tillägna sig.” Se vidare Heuman, Advokatens rättsutredningar, s. 69 där denne menar att 1957 års fall innebär att ”en jurist inte kan nöja sig med att läsa och studera lagtexter som framstår som entydiga, när han inte tidigare har erfarenhet av frågorna. Inom juridiken uppstår ofta så många överraskande problem att det krävs en allmän orientering. Därvidlag är det alls inte säkert att det numera är tillräckligt att juristen studerar ett känt standardverk. Föreliggande rättsfall är avgjort på en tid då juridikaturen och lagregleringen inte var tillnärmelsevis lika omfattande som idag. Fallet bör närmast uppfattas så att juristen bort läsa den relevanta och bästa litteraturen på området.” Se även Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 307: ”Av rättsfallet brukar man kunna dra slutsatsen, att en jurist som lämnar råd i rättsliga angelägenheter har att hålla sig å jour med åtminstone standardverket på det rättsområde där han ger råd. Bankerna kan nog knappast räkna med att komma undan lindrigare när de ger sig in på juridisk rådgivning.”

<sup>68</sup> Jfr Rt. 1989 s. 1318 där en advokat av majoriteten ansågs grovt oaktsam genom att inte upplysa en testators make att denne genom testamentet gjordes arvlös – en förpliktelse som förelåg enligt 7 § lov om arv m.m. Høyesterett anförde att det måste anses grovt oaktsamt av en advokat att inte i vart fall känna till lagstiftningen avseende centrala rättsområden som familjerätten – ”Allmennheten må kunne gå ut fra at advokater kjenner formkravene for testamentoppsettelse, og at det formelle er i orden når en advokat bistår.”

NJA 1997 s. 127 I och II

I NJA 1997 s. 127 I och II hade HD att bedöma om en fastighetsmäklare agerat i strid med god fastighetsmäklarsed, genom att inte ha villkorat köpet av att köparen beviljades sökt kredit. I det första fallet (I) hade mäklaren biträtt köparen vid låneansökan, vilken sedermera beviljades av banken. När köpet skulle genomföras visade det sig att köparen i en ytterligare låneansökan uppgivit andra uppgifter om sin personliga ekonomi, vilket fick till följd att kreditansökan avslogs. Eftersom krediten inte beviljades, hävde köparen köpet och blev skadeståndsskyldig gentemot säljaren. Köparen vände sig därefter till mäklaren för att få skadeståndet ersatt. Köparen ansåg nämligen att mäklaren varit vårdslös genom att inte ha tillsett att köpet villkorades av att köparen erhållit den sökta krediten. Fastighetsmäklaren bestred ersättningskyldighet och anförde att någon skyldighet att villkora köp inte förelåg enligt god fastighetsmäklarsed. Mäklaren menade också att säljaren uttryckligen sagt att denne inte accepterade några tillägg eller förändringar av köpavtalet.

HD konstaterade inledningsvis att god fastighetsmäklarsed innefattar en skyldighet för fastighetsmäklaren att ge säljaren och köparen de råd och upplysningar som de kan behöva<sup>135a</sup> om fastigheten och andra relevanta förhållanden i samband med överlåtelsen. Domstolen framhöll att beviljande av kredit för de flesta köpare är en förutsättning för att kunna genomföra köpet. Om något särskilt villkor om kreditens beviljande inte tas in i köpkontraktet, blir köparen skyldig att ersätta säljaren för den skada säljaren åsamkas av att köpet måste hävas. HD menade att det ”kan förutsättas att de flesta enskilda köpare inte inser denna följd och därmed inte heller den risk de utsätter sig för” och det var av väsentligt intresse för köpare som behöver lån för att kunna fullgöra köpet, att köpavtalets giltighet villkoras av detta faktum.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Se RH 1995:127 där en fastighetsmäklare ansågs ha handlat i strid med god fastighetsmäklarsed genom att ha övertalat köparna att inte införa ett förbehåll i köpavtalet innebärande att köpet villkorades av att köparen lyckades få sin fastighet såld: ”När – som nu är fallet – en köpare önskar att i köpekontraktet få infört ett villkor av innebörd att köpet skall gälla endast under förutsättning att man fått sitt eget objekt sålt bön, enligt hovrättens mening, en fastighetsmäklare informera båda parter om innebörden av en sådan klausul och de negativa konsekvenser det kan ha för respektive part att ha med klausulen eller att utsluta den. [Mäklaren] har emellertid, som hovrätten funnit utrett, aktivt övertalat [köparna] att avstå från klausulen under förespeglning att han lätt skulle ordna försäljningen av deras fastighet. Ett sådant agerande från en fastighetsmäklares sida utgör enligt hovrättens mening ett klart avsteg från vad som kan betraktas som god mäklarsed.” Se även Ds

Trots att fastighetsmäklaren i målet framhållit att ett sådant villkor skapar osäkerhet för säljaren, och att mäklaren även har att ta säljarens intresse i beaktande, menade HD att ett sådant villkor tvärtom kunde vara till fördel även för säljaren. Mot denna bakgrund fastslog HD att det är en skyldighet för en mäklare, i de fall då köparen är beroende av en beviljad kredit för att kunna genomföra köpet, att *upplysa* köparen om följderna av att köparen inte fullgör sin betalningsskyldighet enligt avtalet. Mäklaren ska också *råda* köparen att begära att ett sådant villkor tas in i köpavtalet. Det förhållandet att säljaren har upplyst mäklaren om att säljaren inte accepterar ett sådant villkor befriar inte mäklaren från en sådan skyldighet. Eftersom mäklaren underlåtit att upplysa köparen om vikten av ett köpet villkorades, ansågs denne ha agerat försumligt och blev därför skadeståndsskyldig.<sup>70</sup>

I det andra fallet (II) var omständigheterna liknande. Köparen hade i detta fall ingått ett köpavtal där det förutsattes att köparen dels erhöll sökta krediter, dels att denne också skulle överta säljarens befintliga lån. Köpet genomfördes men banken avlog köparens ansökan om att få ta över säljarens lån. Köparen hävde därför köpet. Säljaren accepterade emellertid inte hävningsförklaringen och fastigheten såldes senare med förlust för köparen, en förlust som köparen menade hade vållats av att fastighetsmäklaren inte upplyst köparen om att köpet kunde ha villkorats avseende krediterna.

1992:87, s. 62: ”Utsikterna för en köpare att få lån är ofta av avgörande betydelse för en fastighetsaffär. Det har därför traditionellt ansetts vara ett naturligt led i förmedlingsuppdraget att mäklaren hjälper köparen med de nödvändiga kontakterna med långgivare.” Se också SOU 2008:6, s. 299 f.: ”En fastighetsmäklare har vidare enligt rättspraxis långtgående skyldigheter att verka för att ett köpeavtal förses med en återgångsklausul om köparen är beroende av att lån eller övertagande av lån beviljas för att denne ska kunna fullgöra köpet (NJA 1997 s. 127, I och II).”

<sup>70</sup> Ett JustR var skiljaktigt och menade att mäklaren, efter banktjänstemannens besked om att ansökan om det preliminära länelöftet godkännts, haft fog för ”sin inställning att det i praktiken var uteslutet att lånet inte skulle komma att beviljas och att det därför inte var behövligt att villkora köpet av att lånet skulle komma att beviljas.” Fastighetsmäklaren skulle därför inte ansetts ha handlat i strid med god fastighetsmäklarsed. Se vidare Grauers, Anmälan av Melin, Fastighetsmäklarlagen, s. 224 och Melin, Fastighetsmäklarlagen, s. 180 f. angående frågan om en fastighetsmäklares upplysningsplikt endast är begränsad till fel i rättslig mening. Se även Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 313 f. och Halling-Overgaard, Advokaters erstatningsansvar, s. 115: ”I forbindelse med rådgivning af klienten vedrørende handlens finansiering har det – som det fremgår af den i det følgende anførte retspraksis – været antaget, at advokaten har en (ubetinget) pligt til at rådgive klienten om kursrisico og muligheden for kurssikring.”

HD fastställde inledningsvis ansvarsgrunden på ett liknande sätt som i det första fallet och konstaterade därefter att det var ostridigt att finansieringen av köpet inte var klar när köpekontraktet undertecknades. Mäklaren hade vid de avtalspreliminära diskussionerna underlåtit att föra fram frågan om avtalet skulle villkoras av att köparen fick överta befintliga lån. Mäklaren ”måste därmed i princip anses ha försummat vad 13 § 1984 års lag om fastighetsmäklare ålägger henne.” Mäklarens upplysningsplikt förändrades inte av det faktum att köparen själv tagit upp till diskussion om att villkora köpet av att deras bostadsrättslägenhet blev såld och därvid accepterat säljarens inställning att inte villkora köpavtalet. Inte heller påverkades mäklarens upplysningsplikt av att säljaren troligtvis inte skulle accepterat något särskilt villkor angående finansieringen. HD poängterade samtidigt att även om köparen meddelat mäklaren att köparen själv skulle ordna med finansieringen, kan en sådan omständighet inte anses ansvarsbefriande. Mäklarens upplysningskyldighet föreligger alltså under sådana förhållanden. HD ansåg därför att mäklaren handlat vårdslöst i strid med god fastighetsmäklarsed, genom att inte ha verkat för att ett sådant villkor införts och blev skadeståndsskyldig.<sup>71</sup>

Utgången i målet har i doktrinen ansetts påvisa ett *verkligen strängt* ansvar för fastighetsmäklare (och därmed professionsutövare i stort). Kritik har framförts mot domstolens argumentation mot bakgrund av mäklarens faktiska möjlighet att efterkomma skyldigheten att verka för att en motsvarande klausul införs i köpekontraktet, särskilt som en köpare kan motverka att en lå-

<sup>71</sup> Se även RH 2000:82 där en fastighetsmäklare ansågs vårdslös genom att inte ha upplyst köparen om att förvärvet avsåg en lägenhet i en s.k. oäkta bostadsrättsföreningen: ”Enligt hovrättens mening är det självfallet av utomordentligt stor betydelse vid all lägenhetsförmedling vilken form av nyttjanderätt det är fråga om. Det måste anses åligga varje fastighetsmäklare att ha detta klart för sig. En fastighetsmäklare har sålunda att noggrant utreda vilken sorts objekt som han eller hon avser att förmedla och att klart och tydligt informera parterna om detta och om vad som anses gälla så snart det föreligger någon som helst tvekan i dessa hänseenden ... Genom att inte upplysa [köparna] om den tveksamhet som kunde föreligga beträffande den aktuella lägenhetens/nyttjanderättens rättsliga ställning finner hovrätten att [fastighetsmäklaren] har visat en betydande oaktsamhet och att han därigenom också har brutit mot god fastighetsmäklarsed.” Se också ARN 1999-0864, där en fastighetsmäklare blev skadeståndsskyldig genom att ha underlåtit att uppmana parterna att ta in en klausul i överlåtelseavtalet om reglering av skador på fastighetens tak.

neansökan beviljas (en faktor som mäklaren svårligen kan kontrollera).<sup>72</sup> Det som domstolen i målet fastställer är rådgivarens upplysningsplikt i förhållande inte till uppdragsgivaren (som vanligen, liksom i dessa fall, är säljaren) utan till uppdragsgivarens motpart rörande väsentliga omständigheter och faktorer som kan komma att påverka motpartens vilja och möjlighet att rätts-handla. Det står klart att en sådan upplysningsplikt även föreligger i de situationer då uppdragsgivaren inte skulle acceptera alternativa avtalsvillkor eller lösningar. Motpartens eventuella handlande påverkar inte heller upplysningskyldigheten eftersom skyldigheten har som främsta funktion att *säkerställa* att motparten kan fatta sitt beslut mot bakgrund av så många relevanta faktorer som möjligt. Det är alltså inte tillräckligt att uppdragstagaren utgått från att motparten *förmodligen* eller *antagligen* har informationen utan uppdragstagaren ska *förvissa sig om* att motparten har erhållit informationen, oavsett om köparen anser sig behöva informationen. I ovanstående mål hade köparen de facto kunnat välja mellan att ingå avtalet i den lydelse som avtalet senare kom att få eller att avstå från att ingå avtal. Att köparen inte hade presenterats de alternativa handlingsmöjligheterna i denna situation var således vårdslöst.

#### *NJA 1997 s. 65*

Ett av de fall som oftast nämns i samband med diskussionen om ett skärpt professionsansvar är NJA 1997 s. 65 om besiktningsmans ansvar för riskanalyser i besiktningsprotokollet. Ett par hade inför sitt förvärv av en fastighet

<sup>72</sup> Se Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, s. 197: ”Liksom det tidigare berörda fallet med den vårdslöse besiktningsmannen – representerar NJA 1997 s. 127 I och II en ny och strängare syn på rådgivaransvaret. Det tycks här som om särskilt det s. k. konsumentintresset ställts i förgrunden.” Se också Kleineman, Fastighetsmäklarnas informationsskyldighet, s. 214 f. och Zacharias, Claude, *Två HD-avgöranden om fastighetsmäklares ansvar rörande återgångsklausuler*, SvJT 1997 s. 859, på s. 868 och s. 877 som menar att HD har ”valt att tillämpa den gamla mäklarlagen hårdare än branschpraxis men i den nu gällande mäklarlagens anda.” Zacharias kommenterar fallet såsom att ”Högsta domstolen mer eller mindre ’omyndigförklarar’ gemene man. Jag har mycket svårt att förstå att en köpare inte skulle inse att det kommer att kosta pengar när köparen bryter mot ett ingånget avtal.”, Zacharias, *Två HD-avgöranden om fastighetsmäklares ansvar rörande återgångsklausuler*, s. 868. Se dock Grauers, Folke, *Mäklaransvaret – återgångsvillkor för att köparen skall finansiera köpet eller sälja sin egen fastighet*, Fastighetsmäklarfakta 97/3, s. 4 f. som anser att HD endast bekräftade rådande praxis på området. ”Vad som möjligen är en nyhet eller snarare en precisering är att mäklaren också skall informera köparen om hans ansvar i förhållande till säljaren om köpeskillingen inte betalas.”, Grauers, *Mäklaransvaret*, s. 7.

anlitat en besiktningsman för att genomföra en besiktning av fastigheten. Besiktningsmannen utförde besiktningen och pratade samma kväll med en av köparna och gav denne information om vad besiktningsmannen hade att anmärka på. De muntliga uppgifterna skickades senare över i ett skriftligt besiktningsutlåtande till köparna före förvärvet. När köparna fyra år senare skulle sätta in takfönster upptäckte de att taket var fuktskadat. Rötskadorna hade orsakats av att vinden saknat såväl ventilationsöppningar som annan ventilation, något som besiktningsmannen hade anmärkt på i besiktningsprotokollet. HovR:n (vars dom HD fastställde) konstaterade att avsaknaden av en luftspalt mellan isoleringen och yttertaket hade inneburit en uppenbar risk för rötskador, något som allvarligt hade kunnat påverka husets funktion och därmed innebära kostsamma reparationer. HovR:n ansåg att ett besiktningsuppdrag innefattar en skyldighet att upplysa uppdragsgivaren om en sådan risk och vad en underlåtenhet att åtgärda felet skulle kunna innebära för husets framtida skick. HovR:n anförde: ”Genom att inte lämna makarna W tillräckliga upplysningar för att de skulle kunna inse den risk som takkonstruktionen medförde har [besiktningsmannen] varit oaktsam när han utförde besiktningsuppdraget”.<sup>73</sup>

Kleineman menar att HD bedömt besiktningsmannens ansvar ”synnerligen strängt”, framför allt mot bakgrund av att köparna till följd av besiktningsprotokollets formuleringar antingen borde ha förstått att åtgärder varit

<sup>73</sup> Två JustR var skiljaktiga och menade att köparen inte hade lyckats påvisa att det vid tiden för besiktningen var ”sedvanligt att i besiktningsutlåtanden utöver påpekanden om fel också särskilt lämna uppgifter om vilka risker felet kunde medföra om de lämnades utan de åtgärder som besiktningsmannen anbefallt (numera s.k. riskanalys).” Besiktningsmannen ansågs därför inte ha handlat vårdslöst eftersom denne lämnat upplysningar som gjort att köparna kunnat ”dra rimliga och korrekta slutsatser av hans påpekanden (jfr NJA 1994 s. 532 på s. 541). Utlåtandet är formulerat på ett sätt som i dessa hänseenden inte ger utrymme för missförstånd, och (besiktningsmannen) måste anses ha haft fog för att utgå från att (köparen), om de ändå kände tveksamhet om innebörden av hans utlåtande, skulle ställa frågor till honom”. De skiljaktiga kom således fram till att besiktningsmannen inte varit oaktsam. De skiljaktigas motivering grundas bl.a. på NJA 1994 s. 532. I detta mål blev dock Statens Provningsanstalt skadeståndsskyldig gentemot en kommersiell motpart för att anstalten inte förklarade att provresultatet redovisades i en logaritmisk i stället för en linjär skala. HD anförde i detta fall att anstalten måste ha förstått att det funnits en risk för missförstånd avseende provresultatet och därmed hade uppkommit en förpliktelse att tillse att uppdragsgivaren hade förstått redovisningen av uppdraget. Det var således inte tillräckligt att testet hade utförts korrekt eller att provresultatet var korrekt återgivet. I målet med besiktningsmannen förelåg liknande omständigheter att säkerställa att innebörden av informationen inte kan missförstås – inte endast att tillställa denne *korrekt* information. Se även Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 299. Jfr NJA 1987 s. 417.

nödvändiga, eller att de borde ha frågat besiktningsmannen om de inte förstått innebörden av anmärkningarna i protokollet.<sup>74</sup> Besiktningsprotokollet innefattade upplysningar till köparen om att åtgärder var nödvändiga.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Se vidare Kleineman, Vidgat rådgivaransvar?, på s. 999: ”Enligt min uppfattning har minoritetens ståndpunkt i hög grad fog för sig. Det framgår ju tydligt att avsaknaden av ventilation av takkonstruktionen borde åtgärdas. Antingen förstår man varför denna bör åtgärdas eller – för det fall man inte kan räkna ut detta – så frågar man besiktningsmannen. Att strunta i att åtgärda vad besiktningsmannen anbefallt i detta hänseende förefaller närmast vårdslöst. I stället för att bemöta dessa tungt vägande argument från minoriteten, får man väl läsa majoritetens fastställande av hovrättens dom utan att tillägga egna domskäl så, att det åvilat besiktningsmannen att göra en sk riskanalys, trots att köparna – enligt vad minoriteten anfört – inte visat att sådan var sedvanlig vid den aktuella tidpunkten.” Se också Bengtsson, Bertil, *Skadestånd utom kontraktsförhållanden 1997–2000*, SvJT 2002 s. 33, på s. 42: ”Två ledamöter ogillade skadeståndstalan, då det inte visats att sådana upplysningar var sedvanliga och besiktningsmannens uttalanden gjort det möjligt för köparna att dra rimliga och korrekta slutsatser av hans påpekanden. Majoritetens bedömning förefaller sträng.” Jfr NJA 1998 s. 407 rörande fel i fastighet, där en besiktningsmans anteckning i besiktningsprotokollet om att något höga fuktkvotvärden erhöles med en fuktmätare och att besiktningsmannen därvid påpekade vikten av en god ventilation i blivande golv och väggkonstruktion ansågs tillräckligt för att uppdragsgivaren borde ha undersökt orsaken till resultatet av fuktmätningen. Vidare antecknades i protokollet att krypvinden inte undersöktes, vilket dock var möjligt att göra för uppdragsgivaren själv. Varken anteckningen om den förhöjda halten fukt eller att krypvinden inte besiktats var något som köparen kunde åberopa för att uppkomna fel i fastigheten var att bedöma som dolda. I detta fall ansågs det möjligen tillräckligt för besiktningsmannen att denne hade lämnat informationen i protokollet och inte särskilt framhållit att köparna borde undersöka krypvinden eller installera ytterligare ventilation. Denna fråga prövades dock inte i målet.

<sup>75</sup> Jfr RH 1998:60, där en besiktningsmans protokoll enligt 4 § KtjL ansågs felaktigt eftersom besiktningsmannen inte framhållit behovet av omedelbara åtgärder. ”Av det utlåtande som bolaget avgett framgår visserligen att ventilationen i vindsutrymmena var otillräcklig. I utlåtandet talas också om missfärgning av takpanelen. Som påpekas i [en senare anlitad besiktningsmans] utlåtande har [besiktningsmannen] och bolaget dock inte dragit den för [uppdragsgivaren] viktiga slutsatsen därav, nämligen att dessa förhållanden kunde innebära att taket var skadat av mögel och röta. Inte heller har anmärkts att skador av den otillräckliga ventilationen skulle undersökas. – I bolagets utlåtande påpekas att en takomläggning kunde komma att aktualiseras inom en snar framtid. Men denna anmärkning sker i allmänna ordalag som inte understryker möjligheten av att det kunde finnas behov av omedelbara åtgärder. Vid en samlad bedömning finner hovrätten att bolagets besiktningsning inte är utförd med den fackmässighet och den omsorg som [uppdragsgivaren] med fog kunnat förutsätta. Besiktningen är därvid att anse som felaktig (jfr 9 § KTjL).” Köparen erhöles prisavdrag av besiktningsmannen men hovrätten ansåg dock inte att köparen var berättigad till skadestånd eftersom det i besiktningsutlåtandet ”anmärkts att en eventuell omläggning av yttertaket kan bli aktuell inom en snar framtid. Även om denna anmärkning får anses som oprecis, bör den dock ha uppmärksammat [uppdragsgivaren] på att det med köpet av fastigheten snart kunde följa en kostnad för omläggning av taket; nä-



Samtidigt hade köparna inte tillräcklig kunskap inom detta område, vilket också var anledningen till att de anlidade en särskilt sakkunnig person.<sup>76</sup> Utgången i målet är emellertid inte orimlig. Att förvänta sig att en uppdragsgivare i en sådan situation ska inse att denne inte till fullo förstått rådgivaren och också själv ansvara för att okunskapen undanröjs är inte förenligt med senare praxis avseende rådgivares ansvar.<sup>77</sup>

På motsvarande sätt som i NJA 1997 s. 127 I och II ställde HD krav på att informationen inte bara var korrekt utan också tillräckligt omfattande för att inte kunna missförstås. Informationsförpliktelsen inbegriper därvid som sagt även en skyldighet för uppdragstagaren att bedöma risken för att innebörden av informationen missförstås. Förpliktelsen har kommit att i viss mån vara separerad från en bedömning av vilka krav som föreligger enligt branschens sedvänja vid tiden för den skadegörande handlingen. Det är möjligt att besiktningsmannen i NJA 1997 s. 65 hade svårt att förutse denna förpliktelse. De skiljaktiga poängterade särskilt att käranden inte visat att det var sedvanligt vid tiden för besiktningen att lämna särskilda uppgifter angående föreliggande risker. Ovanstående fall ger stöd för tanken att innebörden av god sed i vissa fall fastställs i efterhand och ges retroaktiv verkan, något som även skett i andra fall.<sup>78</sup> Det står också klart att agerande i enlighet med

got som bör ha påverkat bedömningen av köpeskillingen för fastigheten." HovR:n ansåg därmed inte att besiktningsmannen genom vårdslöshet orsakat köparen någon skada.

<sup>76</sup> Jfr Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 299, där denne jämför utgången i NJA 1997 s. 65 med NJA 1995 s. 693: "Om man ser till befolkningen i stort är det nog åtskilligt fler som känner till vådorna med bristande ventilation än som vet att premieobligationer med nödvändighet är förenade med risk för kursfall." Se också Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 321 f.

<sup>77</sup> I ett senare mål, NJA 2001 s. 269, fastslog HD att så länge som uppdragsavtalet inte innehöll en uttrycklig förpliktelse att rekommendera ytterligare teknisk undersökning så behövde inte besiktningsmannen heller göra detta. Målet är omstritt, framför allt mot bakgrund av att prejudikatet torde strida mot såväl omsorgsplikten och den kontraktuella lojalitetsplikten, se Zacharias, Besiktningsmannens ansvar, s. 12. Jfr Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, s. 101. Uppdragsavtalen är oftast så pass begränsade att de t.o.m. framstår som tämligen meningslösa för köparen, se Zacharias, Besiktningsmannens ansvar, s. 22 och not 6. Jfr Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 322: "Domen står i bjärt kontrast mot vissa andra domar, där sådana speciella kunskaper om finansiella instrument förutsätts vilka nog är avsevärt mindre vanligt förekommande i de breda folklagen." Jfr även avseende undermålig produktinformation NJA 1987 s. 417.

<sup>78</sup> Se vidare NJA 1994 s. 532 där uppdragstagaren hade att upplysa uppdragsgivaren om att en testskala var logaritmisk trots att testerna följde internationella testnormer (ISO) och att det var sedvana i branschen att inte upplysa särskilt om detta: "Avsaknaden av förklaringar om den klassificeringsmetod som tillämpats får alltså antas ha föranlett att [tygleverantören] och [köparen] i väsentliga hänseenden misstolkat provningsanstaltens analys-

branschpraxis inte är en garanti mot att beteendet bedöms vara vårdslöst. God sed-begreppet konkretiseras utifrån ett antal rättskällor och inte enbart faktiskt tillämpad sedvänja.<sup>79</sup> Däremot kan det antas föreligga en presumtion för att ett handlande i enlighet med god sed även är tillräckligt aktsamt för att inte grunda ett skadeståndsansvar. Riskanalysen är därvid en central rådgivningsförpliktelse och följer av kravet på fackmässigt utförande av uppdraget.<sup>80</sup>

*NJA 1992 s. 782*

Ytterligare ett fall som har ansetts innebära långtgående skyldigheter eller ett skärpt professionsansvar är NJA 1992 s. 782. Fallet innefattar ett antal rättsfrågor men den fråga som är av intresse här är HD:s bedömning av omfattningen av en försäkringsmäklares omsorgsplikt. I fallet hade ett bolag som ägde ett hotell kontaktat en försäkringsmäklare för att se över sitt försäkringsskydd. Uppdraget innebar att hitta ett försäkringsskydd motsvarande kundens befintliga men till en lägre premie. Försäkringsmäklaren tecknade genom fullmakt nya försäkringar för bolagets räkning och översände premievier till kunden. Premierna kom dock att betalas in för sent vilket ledde till att kunden stod utan försäkring när denne drabbades av en brand.

resultat och att de fattat sitt beslut att köpa det tjeckiska tyget på delvis felaktiga premisser. Det kan antas att kunskap om att klassindelningen byggde på en logaritmisk skala hade varit ägnad att hos dem skapa större tvivel om det tjeckiska tygets användbarhet för det avsedda ändamålet.”

<sup>79</sup> Se t.ex. Länsrätten i Stockholms läns dom 2006-11-10, mål nr 17006-05 där en mäklare varnades för s.k. lockpriser, trots att det var vedertagen praxis i branschen att använda sig av sådan prissättning. ”Länsrätten konstaterar att en fastighetsmäklare vid marknadsföringen av ett objekt har en skyldighet att ange korrekta uppgifter om objektet samt även en skyldighet att se till att eventuella köpare inte vilseleds på något sätt. Av detta får även anses följa att en mäklare vid prissättning av ett objekt inte bör sätta ett utgångspris som i väsentlig grad avviker från marknadspriset, vilket vanligen är densamma som den slutliga köpeskillingen. ... Länsrätten finner det förhållandet att den slutliga prissättningen i 100 procent av de granskade fallen överstiger utgångspriset – och i många fall dessutom väsentligt – inte kan förklaras på annat sätt än att [mäklarens] prissättning automatiskt varit inkorrekt.”. Se även SOU 2008:6, s 172 ff. och Grauers m.fl., Fastighetsmäklaren, s. 112 ff.

<sup>80</sup> Se avsnitt 9.6 2. Se vidare Jørgensen & Wanscher, Professionellt ansvar i skandinavisk ret, s. 427: ”I øvrigt vil det ofte vare ansvarspådragende, hvis advokaten ikke oplyser klienten om spørgsmålets tvivlsomhed, da det kan siges, at afgørelsen af, om et retsspørgsmål er klart eller tvivlsomt, i sig selv er et retsspørgsmål, som advokaten bør beherske.” Se även Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, s. 172 ff.

HD konstaterade att en försäkringsmäklare enligt dåvarande 13 och 14 §§ försäkringsmäklarlagen hade att iaktta omsorg om kundens intressen och att utföra sitt uppdrag i enlighet med god försäkringsmäklarsed. Vidare hade mäklaren en allmän rådgivnings- och upplysningskyldighet, som varierade beroende på kundens egen kunskap och behov av vägledning. Eftersom uppdraget syftade till att uppdragsgivaren skulle bibehålla samma försäkringsskydd som innan hade mäklaren ”bort se till att hotellbolagen fick den information som behövdes för att de kontinuerligt skulle erhålla samma försäkringsskydd som de hade haft tidigare.” HD konstaterade att informationen från försäkringsbolaget var bristfällig och att det därför var av särskild vikt att mäklaren tillsåg att uppdragsgivaren var fullt införstådd med villkoren avseende premiebetalningen. Risken var stor för att försäkringstagarens försäkringsskydd annars skulle komma att upphöra. Försäkringsbolaget hade skickat informationen om premiebetalningstidpunkterna endast till försäkringsmäklaren, vilket beaktades särskilt vid bedömningen av mäklarens beteende. Genom att försäkringsmäklaren underlåtit att informera uppdragsgivaren om villkoren avseende premiebetalningen ansåg HD att mäklaren inte agerat i enlighet med sitt uppdrag och därmed varit vårdslös. Försäkringsmäklaren blev således skadeståndsskyldig gentemot uppdragsgivaren.<sup>81</sup>

Fallet har kommenterats av bl.a. Kleineman som menar att fallet ”tyder på att mäklaren hade en långtgående skyldighet att ge detaljerade upplysningar och man frågar sig vilken betydelse de mycket speciella förhållandena i målet hade för den stränghet som HD iakttog i detta fall beträffande mäklarens upplysningsplikt.”<sup>82</sup> Det är naturligtvis möjligt att tolka rättsfallet som

<sup>81</sup> ”HD finner alltså att [försäkringsmäklaren] genom sin underlåtenhet att informera hotellbolagen om premievillkoret och dess tillämpning eftersatt sina skyldigheter att ge hotellbolagen de upplysningar som mäklaruppdraget förutsatte.” Jfr Hovrätten för Västra Sveriges dom 2009-03-31, mål nr T 3359-08 där det inte ansågs ingå i en försäkringsmäklares omsorgsplikt eller följa av god försäkringsmäklarsed att tillse att försäkringstagaren betalade premien i tid. Se även prop. 2004/05:133, s. 88 f.

<sup>82</sup> Se Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, s. 198 som menar att det vid tiden för prejudikatet ännu syntes för tidigt för att utvärdera försäkringsmäklaransvaret genom att NJA 1992 s. 782 inte förefaller: ”vara ett tillräckligt gott underlag för en sådan bedömning”. Se även van der Sluijs, Jessika & Larsson, Marie-Louise, *Eviga frågor inom skadestånds- och försäkringsrätt*, JT Jubileumsnummer 2007, s. 54, s. 67 där författarna anser att fallet innebär en generös culpabedömning i förhållande till den skadelidande eftersom HD ställde högre krav än vad som hävdades vara god sed på marknaden vid tiden för skadetillfället: ”Enligt Svenska försäkringsmäklares förening, som yttrade sig i målet, befattar sig en mäklare normalt inte med premiebetalningar, och skall inte heller göra det. Att skadeståndsansvar trots det ålades mäklaren kanske kan förklaras

att domstolen ålagt försäkringsmäklaren en långtgående förpliktelse att tillse att uppdragsgivaren fick tillräcklig information om sitt försäkringsskydd. Studeras fallet i förhållande till t.ex. NJA 1997 s. 65 och NJA 1997 s. 127 I och II är dock informationsförpliktelsen överensstämmande avseende kravet på att tillförsäkra att uppdragsgivaren erhållit tillräcklig information, så att uppdragsgivaren kan avgöra hur denna önskar att agera. Försäkringsmäklarens förpliktelse innebar inte en plikt att informera om samtliga försäkringsvillkors innebörd. Däremot måste en uppdragstagare ge sin uppdragsgivare tillräcklig information, för att uppdragsgivaren ska kunna använda sin produkt eller tjänst eller kunna bedöma hur uppdragsgivaren ska förfara med informationen.<sup>83</sup> Att en försäkringstagare vet när och hur denne har att erlagga premiebetalningen är av grundläggande betydelse för försäkringsskyddets upprätthållande.<sup>84</sup> Till skillnad mot NJA 1997 s. 127 I och II och NJA 1997 s. 65 men i likhet med NJA 1994 s. 532 var uppdragsgivaren inte konsument utan näringsidkare. Detta klargör att informationsförpliktelsen inte endast föreligger i förhållande till konsumenter. Det är risken för uppdragsgivarens eventuella kunskapsbrist som motiverar informationsförpliktelsens omfattning, inte om uppdragsgivaren är en konsument eller näringsidkare.

#### *NJA 1991 s. 625*

I NJA 1991 s. 625 var det fråga om en fastighetsmäklare varit oaktsam genom att ha lämnat felaktiga uppgifter om beskattning av realisationsvinst. Köparen sålde sitt hus med vinst och önskade förvärva sina föräldrars hus som samtidigt var till försäljning. En förutsättning för köparen var att betalningen av realisationsvinsten från försäljningen av köparens hus var möjlig att skjuta på framtiden. Köparen kontaktade därför en fastighetsmäklare för att få råd om hur köparen skulle planera fastighetsöverlåtelseerna. Fastighetsmäklaren menade att det var möjligt för köparen att få uppskov med betal-

med den obligatoriska ansvarsförsäkring som alla försäkringsmäklare (numera försäkringsförmedlare) har." Jfr Lycke, Banks ansvar vid placeringsrådgivning, s. 517.

<sup>83</sup> Jfr ARN:s avgörande 2009-10-08 i ärende nr 2008-9623: "Av utredningen framgår inte annat än att [uppdragsgivaren] har skrivit sitt namn på ett dokument där avgiftsstrukturen framgår. Bolaget har även uppgett att informationen har lämnats muntligen. Under sådana förhållanden kan nämnden inte finna att [rådgivaren] har brutit i sina åligganden som försäkringsförmedlare."

<sup>84</sup> Se även Rt. 1925 s. 208 (plikt att undersöka riktigheten av information av mer väsentlig karaktär innan informationen meddelas uppdragsgivaren) och Rt. 1935 s. 961 (ansvar för ofullständiga eller oriktiga upplysningar).

ningen av skatten och därför genomfördes båda fastighetsaffärerna. Något uppskov beviljades inte eftersom köparen inte hade varit mantalsskriven på sin fastighet i minst tre år.

HD konstaterade inledningsvis att det var ostridigt att fastighetsmäklaren hade en skyldighet att lämna de råd och upplysningar som köparen behövde inför överlåtelseerna enligt 10 § 1984 års fastighetsmäklarlag. Vidare fann HD det ostridigt att mäklaren hade lämnat oriktiga upplysningar om möjligheten att få uppskov med realisationsvinsten till köparen. Köparen ansågs ha bevisat att fastigheten inte skulle ha sålts vid den aktuella tidpunkten om korrekta upplysningar hade lämnats. Fastighetsmäklaren ansågs ha agerat oaktsamt och därigenom ha orsakat köparen en skada uppgående till det erlagda skattebeloppet.<sup>85</sup> Det som utgör grunden för mäklarens skadeståndsskyldighet i detta mål var att mäklaren lämnat *oriktiga upplysningar* till uppdragsgivaren.<sup>86</sup> Det är således inte felaktiga råd som är grunden för mäklarens skadeståndsskyldighet utan i stället att mäklaren inte förmått att lämna korrekt information. Uppgifterna var enkla att kontrollera och definitivt något som låg inom ramen för mäklarens rådgivningsuppdrag.<sup>87</sup>

#### *NJA 1992 s. 58*

I NJA 1992 s. 58 hade HD att ta ställning till om en revisionsbyrå varit oaktsam genom att inte ha beaktat skattekonsekvenserna av lämnade rekommendationer. Två makar, som drev en detaljhandel kontaktade den revisionsbyrå som de under lång tid anlitat, för att erhålla råd om hur de borde förfara när minimikapitalet för aktiebolag skulle komma att höjas från 5 000 kr till

<sup>85</sup> Se motsvarande Rt. 1988 s. 7 där en fastighetsmäklare blev skadeståndsskyldig gentemot en köpare för att inte ha upplyst denne om reglerna avseende realisationsvinst. Av lagens motiv framgick det att mäklaren hade en ”plikt til å gi opplysninger om faktiske og rettslige forhold som har betydning for handelen og gjennomføringen av denne.” Se även NOU 1987:14 Eiendomsmedling og Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, s. 173.

<sup>86</sup> Se t.ex. Jørgensen & Wanscher, Professionelt ansvar i skandinavisk ret, s. 428: ”[A]dvokatens aktive, ekspeditionsmessige virksomhed, ligger det helt klart i praksis, at ekspeditionsfejl, der skyldes forglemmelse eller misfortolkning af klare retsregler, medfører ansvar for advokaten.” Se även Bryde Andersen, Advokatretten, s. 521 och s. 787 f.

<sup>87</sup> Se t.ex. Svea hovrätts dom 2004-10-29, mål nr T 10407-02 där en revisor ansågs vårdslös genom att inte ha kontrollerat att en egendom varit belastad med ett återtagandeförbehåll, en uppgift som varit enkel att kontrollera. Se motsvarande FED 1994.1532 V där det fastställdes att ”kendskab til grundlæggende skatteretlige principper hører formentlig til det krav om basal juridisk rådgivning, som enhver advokat må være i besiddelse af”. Se även Bryde Andersen, Advokatretten, s. 775.

50 000 kr. Makarna erhöll rådet att låta verksamheten övergå i handelsbolagsform, vilket renderade makarna en utskiftningsskatt – en kostnad som hade kunnat undvikas om de fortsatt att bedriva verksamheten i aktiebolagsform.

HD konstaterade inledningsvis, genom att hänvisa till HovR:ns bedömning, att revisionsbyrån haft att iakttä ett ”betydande mått av omsorg”. HovR:n framhöll att rådgivningen varit yrkesmässig och skett i ett bestående kundförhållande. HovR:n ansåg det uppenbart att makarna inte hade någon insikt om de frågeställningar som var av betydelse vid val av bolagsform eller de ekonomiska följderna av olika alternativ. Vidare konstaterade domstolen att makarna uppfattade att revisorn var expert, något som också revisorn hade insett. HD ansåg att revisorn hade brustit i sin omsorgsplikt, vilket motiverades med att revisorn borde ha upplyst makarna om vikten av att inventeringen av bolagets lager var av avgörande vikt för beräkningarna. Rådgivningen borde därför ha skett först efter en korrekt inventering hade genomförts. HD konstaterade att det visserligen var svårt att säkert fastställa vilken skada som makarna hade lidit men att den i vart fall skulle anses motsvara den skatteutgift som makarna annars inte skulle ha haft.

Målet skulle kunna sägas utgöra grunden för ett skärpt professionsansvar innefattande en *omfattande omsorgsplikt* för vissa professioner. Såväl HovR:n som HD konstaterade i detta mål att parterna haft ett långvarigt avtalsförhållande, att rådgivningen skedde yrkesmässigt och att uppdragsgivaren ansåg att uppdragstagaren var expert (något som också uppdragstagaren insåg). Uppräknade faktorer är emellertid inte avgörande för ansvarsbedömningen. Det som utgör det oaktsamma elementet i revisorns handlande, är i stället att revisorn underlåtit att lämna information som var av avgörande vikt för uppdragsgivaren.<sup>88</sup> I detta fall var det av högsta betydelse att lagerinventeringen var så korrekt som möjligt, ett faktum som revisorn insåg eller i vart fall borde varit medveten om. Uppdragstagaren bedömdes ha agerat vårdslöst genom att uppdragsgivaren erhöll *felaktigt alternativt i vart fall otillräcklig information*. Även i detta fall framhåller HD vikten av att en uppdragstagaren tillhandahåller den information som krävs för att uppdragsgivaren ska kunna

<sup>88</sup> Se t.ex. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 296: ”En enskild företagare i detaljhandeln hade visserligen i allmänhet god kännedom om omfattningen och värdet av sitt varulager. Men så hade inte varit fallet här. Ägarna hade också saknat kännedom om frågans betydelse för utskiftningsskatten. Rådgivningen skedde i nära anslutning till verksamhetsövergången. Någon brädska var det inte. Rådgivaren hade därför bort invänta inventeringen. Han blev skadeståndsskyldig mot ägarna.” Se vidare Hemström, Något om revisorers uppdrag, oberoende och ansvar, s. 163 f.

fatta ett välgrundat beslut, dvs. krav på tillräcklig information. I likhet med ovanstående fall hade det varit tämligen enkelt för revisorn att uppfylla informationsförpliktelsen.<sup>89</sup>

*NJA 1998 s. 625*

Ett liknande fall är NJA 1998 s. 625, där en revisionsbyrå stämdes för att ha lämnat felaktiga uppgifter avseende realisationsvinstbeskattning. Uppdragsgivaren hade använt sig av samma revisor i ca 15 år. När uppdragsgivaren bestämde sig för att sälja sin andel i en fastighet till den andra andelsägaren. Revisorn fick i uppdrag att bedöma skattekonsekvenserna av en sådan transaktion. Uppdragsgivaren sålde fastigheten och det visade sig senare att denne hade att utge ett betydligt högre belopp i realisationsvinst än vad revisorn hade räknat fram. HD konstaterade först att revisorn genom att ha lämnat *felaktiga uppgifter* varit oaktsam och därvid skadeståndsskyldig. I likhet med NJA 1991 s. 625 och NJA 1992 s. 58 ansågs skadan utgöra skatteutgiften som uppdragsgivaren inte annars skulle ha haft om uppdragsgivaren erhållit korrekta uppgifter från sin rådgivare, eftersom denne i så fall inte skulle ha genomfört transaktionen. HD ansåg det styrkt att uppdragsgivaren inte skulle ha genomfört försäljningen och därför hade revisorn att ersätta uppdragsgivaren för den högre realisationsvinstbeskattningen.

En kunnig yrkesperson ska tillhandahålla korrekt information, om det inte föreligger särskilda omständigheter som gjort detta särskilt svårt eller omöjligt. Informationsförpliktelsen innefattar krav på att informationen ska vara så korrekt som möjligt. Samtidigt innebär plikten att en rådgivare måste vara tydlig beträffande riskerna för att informationen kan vara bristfällig.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Angående utvecklingen avseende revisorers ansvar, se Kleineman, Jan, *Adjustment of the Tortious Liability of Professionals. Some Reflections on Current Legal Developments*, Festskrift till Hugo Tiberg, Norstedts juridik, Stockholm, 1996, s. 402 ff.

<sup>90</sup> Se även RH 1996:153 där ett revisionsbolag ansågs ha handlat vårdslöst genom att inte tillräckligt tydligt informera om reglerna avseende gåvobeskattnings: "Genom att åta sig uppdraget som ekonomisk rådgivare vid ifrågavarande transaktion har det ålegat [revisorn] att belysa affärens skattekonsekvenser och ge en korrekt information om gällande regler. Av intresse för bedömningen om så har skett är hur en transaktion som den mellan finansbolaget och [uppdragsgivaren] vid tillfället bedömdes enligt rättspraxis. Hovrätten finner härvid att rättsfallet NJA 1980 s. 642 II, som också behandlar intern aktieöverlåtelse, klart ger vid handen att en sådan transaktion i regel måste leda till gåvobeskattnings. Trots förekomsten av detta prejudikat har [revisorn] upplyst [uppdragsgivaren] om att risken för gåvoskatt var mycket liten. [Revisorn] har således inte före rådgivningen skaffat sig erforderliga kunskaper beträffande gällande skatteregler, vilket medfört att aktieöverlåtelserna genomförts."

Det finns ytterligare praxis som behandlar samma rättsfråga, dvs. rådgivares ansvar för *felaktiga uppgifter*. Ansvariet närmar sig i detta avseende ett garantiansvar, en *presumerad (fingerad) culpa*, eftersom någon egentlig oaktsamhetsbedömning inte sker. Har rådgivaren lämnat felaktig information av faktisk karaktär när det varit möjligt att tillhandahålla korrekt, anses rådgivaren utfört sitt uppdrag vårdslöst. I flera fall då frågan om omfattningen av informationsförpliktelsen har prövats i praxis, har det avsett fastighetsmäklares informationsskyldighet i förhållande till potentiella köpare.

*NJA 1991 s. 725*

I NJA 1991 s. 725 hade en köpare av en lägenhet krävt skadestånd av fastighetsmäklaren eftersom det visade sig att lägenheten endast var 42 m<sup>2</sup> i stället för 48 m<sup>2</sup>. Uppgiften att lägenhetens storlek var 48 m<sup>2</sup> framgick av såväl kontraktet som mäklarens prospekt. Fastighetsmäklaren menade att denne inte hade agerat vårdslöst utan hade rätt att förlita sig på säljarens (felaktiga) uppgift om lägenhetens storlek. Att mäklaren insett att uppgiften möjligen var felaktig visades emellertid av att mäklaren vid kontraktsskrivningen frågat säljaren om lägenhetens yta och säljaren därvid uppgav att denne var osäker på lägenhetens faktiska storlek. Fastighetsmäklaren hade inte heller ändrat ytangivelsen i prospektet när mäklaren fått ytterligare information från säljaren att lägenhetens storlek i stället var 46 m<sup>2</sup>. I stället nöjde sig mäklaren med att upplysa de flesta av spekulanterna muntligen om detta faktum vid visningen. HovR:n, vars dom HD senare fastställde, konstaterade att fastighetsmäklaren borde ha kontrollerat fastighetens storlek eftersom säljaren varit osäker på den korrekta ytangivelsen. Mäklaren kunde t.ex. ha tagit del av bostadsrättsbeviset eller av bostadsrättsföreningens ekonomiska plan för att undvika att en felaktig ytuppgift meddelades potentiella köpare: ”HovR:n räknar med att sådant är enkelt nog för en yrkesmässig mäklare.”

HovR:n konstaterade att mäklaren, genom att inte undersöka lägenhetens storlek, var beredd att lägga risken på potentiella spekulanter för att de blev felinformerade. Domstolen menade att även om en köpare aldrig helt kan frånhända sig risken för att bli felinformerad, var mäklarens underlåtenhet en oaktsamhet som ”för en yrkesmässig mäklare måste vara allvarlig nog att grunda skadeståndsansvar gentemot en köpare som till följd därav lider skada i rimlig förlitan på mäklarens uppgifter till honom”. Mäklarens oaktsamhet förstärktes också av att mäklaren missat att informera köparen muntligen om att prospektet innehöll felaktiga uppgifter om lägenhetens storlek



(48 m<sup>2</sup> i stället för 46 m<sup>2</sup>). Ansvarsbedömningen påverkades inte heller av att mäklaren vid tiden för avtalsskrivningen uppmanat säljaren att uttala sig om storleken på lägenheten. Mäklarens oaktsamhet ansågs därför ha vållat köparen en skada motsvarande skillnaden mellan priset för en lägenhet om 48 m<sup>2</sup> och lägenhetens faktiska storlek om 42 m<sup>2</sup>.<sup>91</sup> Även i detta fall är det *felaktiga uppgifter* som mäklaren lämnat till köparen och som påverkat köparens vilja att förvärva fastigheten som är grunden för skadeståndsansvar. Uppgifterna kom inte direkt från mäklaren men var möjliga att kontrollera. Genom att mäklaren underlåtit att göra detta ansågs mäklaren ha utfört sitt uppdrag vårdslöst.

### NJA 1997 s. 667

Ett likartat fall där en lägenhet sålts med felaktig uppgift om lägenhetens storlek är NJA 1997 s. 667. Fastighetsmäklaren hade uppgivit att lägenheten var 125 m<sup>2</sup>, en uppgift fastighetsmäklaren hade fått från säljaren. Från säljaren hade mäklaren också erhållit ett besiktningsutlåtande där det framgick att lägenheten var *ca* 125 m<sup>2</sup> men mäklaren kontrollerade inte om uppgifterna stämde. Köparna upptäckte först efter fyra år, i samband med en värdering av lägenheten, att lägenhetens storlek enligt bostadsrättsföreningens lägenhetsförteckning i stället var 110 m<sup>2</sup>. En kontrollmätning skedde där det framgick att lägenheten var *ca* 115–118 m<sup>2</sup>. Köparna krävde ersättning från

<sup>91</sup> Se även RH 1995:88 där en besiktningsman blev skadeståndsskyldig gentemot en köpare av en lägenhet eftersom besiktningsprotokollet angav att lägenheten var 55 m<sup>2</sup> när den i själva verket endast var 45 m<sup>2</sup>. Hovrätten motiverade sitt ställningstagande på följande sätt: "Bolaget har mottagit ett uppdrag från [köparen], att inför dennes eventuella förvärv göra en professionell värdering av bostadsrätten. Det måste stå klart för den som mottar sakkunniguppdrag av detta slag att de uppgifter som lämnas i värderingsutlåtandet är ägnade att av uppdragsgivaren uppfattas som vederhäftiga och grundade på noggrann undersökning av de sakförhållanden som redovisas i utlåtandet. Vidare måste uppgiften om lägenhetens yta anses vara väsentlig eftersom en avvikelse från vad köparen räknar med måste få proportionellt större betydelse för användbarheten ju mindre lägenheten är. Detsamma måste antas vara fallet beträffande bostadsrättens värde. Det måste på grund av det anförda anses åligga en uppdragstagare av nu aktuellt slag att redovisa i värderingsutlåtandet ingående uppgifter om lägenhetsytan på ett sådant sätt som tillåter uppdragsgivaren att dra rimliga och korrekta slutsatser av dem. ... Det hade varit enkelt nog för bolaget att genom hänvändelse till bostadsrättsföreningen säkerställa uppgiften om bostadsrättens yta. Att så inte skett, liksom uppgifterna från bolaget om att man i allmänhet litat på säljarens muntliga uppgifter om såväl yta som årsavgift till föreningen och eventuellt förestående dyrbara reparationer, kan enligt hovrättens mening inte vara ett fackmannamässigt utförande av ett sakkunniguppdrag man erhållit på kommersiell grund." Se också RH 1994:124, RH 1995:62 och RH 1997:31.

fastighetsmäklaren för att mäklaren enligt deras mening inför försäljningen borde ha kontrollerat uppgifterna.

HD konstaterade att en fastighetsmäklare har att förlita sig på uppgifter från säljaren avseende lägenhetens storlek, om inte mäklaren får anledning att misstänka att uppgiften är felaktig. Om säljaren endast lämnar en ungefärlig uppgift, kan denna omständighet tala för att mäklaren har att kontrollera uppgiften. Trots att fastighetsmäklaren även hade information från besiktningsprotokollet, där det angavs en ungefärlig uppgift om lägenhetens storlek, ansåg HD slutligen att ”det inte framkommit något som borde ha givit [mäklaren] anledning att betvivla att uppgiften om lägenhetsytan var korrekt”.

Mäklarens skyldighet att kontrollera erhållen information innebär inte ett krav på att mäklaren ska *garantera* att informationen är *korrekt*. I stället är det tillräckligt att mäklaren har fog för att tro att informationen är korrekt, dvs. är i god tro. Samtidigt innebär informationsförpliktelsen högre krav på en rådgivare än att endast *eftersträva* att uppdragsgivaren erhåller information av bästa, möjliga kvalitet. Informationen var felaktig och det var möjligt att utan någon större ansträngning verifiera huruvida informationen var bristfällig eller inte. I många av de ovan refererade avgörandena är det tydligt att kravet på uppdragstagaren är att, om möjligt, leverera *korrekt information*. I vissa situationer är en sådan förpliktelse inte möjlig eller i vart fall svår att leva upp till alternativt innebär ett alltför långtgående krav, vilket leder till att omfattningen av uppdragstagarens informationsförpliktelse begränsas. Utgångspunkten är emellertid att om det är *rimligt och möjligt* att tillhandahålla korrekt information, ska uppdragstagaren också göra detta.

Avslutningsvis ska ett fall avseende finansiell rådgivning behandlas (NJA 1995 s. 693). Fallet rörde en person som kontaktat sin bank för att handla med optioner såväl för sitt bolags räkning som privat. Banken bistod kunden med att utföra optionsaffärerna men informerade inte kunden innan handeln inleddes om att optionsaffärer kunde vara förenade med en ökad risk i jämförelse med aktieaffärer (framför allt eftersom kunden i vissa situationer kan bli skyldig mer än det satsade kapitalet). En förpliktelse att informera kunden förelåg vid tiden för handeln endast i allmänna råd från den dåvarande Bank- och Försäkringsinspektionen.<sup>92</sup> Kunden inledde en ”prov-runda” med positivt resultat men den efterföljande handeln gick med förlust. Kunden vände sig då mot banken och krävde att banken skulle ersätta ho-

<sup>92</sup> BFFS 1988:7.

nom för sina förluster med påstående av att kunden inte insett de ökade risker som var förenade med optionsaffärer.

HD konstaterade inledningsvis att det av de allmänna råden följde att en fondkommissionär måste ”innan en kund tillåts att i vart fall ställa ut optioner, förvissa sig om att kunden har fått fullt klart för sig vilka risker som är förenade med marknaden och de särskilda förhållanden som råder. Så t ex bör klargöras vad som gäller om kunden inte längre kan ställa säkerhet för sin position. Ingen tveksamhet mellan kund och kommissionär om vad som gäller får enligt råden accepteras av fondkommissionären.” HD fann att stor betydelse skulle tillmätas de allmänna råden vid ansvarsbedömningen, framför allt mot bakgrund av att de kunde sägas ge uttryck för en etablerad eller önskad branschsedvänja. Vidare var det av betydelse att de formulerats av en tillsynsmyndighet.<sup>93</sup>

HD ansåg att en fondkommissionär måste informera kunden i enlighet med reglerna i de allmänna råden, för att kommissionären över huvud taget skulle kunna anses ha uppfyllt kravet på att utföra sitt uppdrag med tillräcklig omsorg. Det var ostridigt i målet att fondkommissionären inte hade informerat kunden innan provrundan genomfördes. Däremot gällde kundens talan de förlustbringande affärerna, vilka genomfördes efter provrundan. Vid denna tidpunkt ansåg HD att fondkommissionären ”hade fog för uppfattningen att [kunden] var tillräckligt medveten om de särskilda riskerna med handel med indexoptioner. [Fondkommissionären] kan då inte anses ha brustit i omsorg genom att inte informera honom om riskerna.”<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Se t.ex. Kammarrätten i Stockholm, dom 2007-03-05, mål nr 1861-05, s. 34 och Johansson, Banker och Internet, s. 57 ff. Jfr Hovrätten för Västra Sveriges dom 1999-04-19, mål nr T 661-96 där såväl TR som HovR beslutade att BFFS inte hade någon bindande verkan trots att NJA 1995 s. 693 klart stadgar att de kan ha klar betydelse för culpabedömningen.

<sup>94</sup> Jfr Rt. 2000 s. 679 där en bank ansågs vårdslös i sin finansiella rådgivning för att banken inte framhöll några negativa aspekter avseende en investering i skuldebrev utställda av ett specifikt företag (s.k. omsetningsgjeldsbrev), ett företag som sedermera gick i konkurs. Høyesterett framhöll att ”när det inngås avtale om finansiell rådgivning mellom en bank og en bankkunde, må kunden som alminnelig regel kunne kreve høyt kvalifisert og høyt spesialisert rådgivning. ... Banken må for dette formål ha en organisasjon som fremskaffer nødvendig informasjon til å oppfylle slike krav, som analyserer disse opplysninger ut fra kundens behov, og som bringer resultatene frem til de bankansatte som skal gjennomføre avtalene om rådgivning. De bankansatte som skal gi kundene råd, må utvise en slik aktivitet overfor den enkelte kunde at kunden på sin side er klar over hvilken risiko som til enhver tid er knyttet til hans disposisjon.” Att kunden eventuellt var en erfaren kund påverkade inte omsorgsplikten, banken var skyldig att tillse att kunden faktiskt förstod innebörden av lämnade rekommendationer: ”Med mindre det er kommet til uttrykk ved av-

Även detta fall har ansetts innebära ett exempel på den stränga ansvarsbedömning som är förenad med rådgivaransvaret.<sup>95</sup> Till skillnad mot t.ex. NJA 1992 s. 58 och NJA 1994 s. 532 var det i NJA 1995 s. 693 frågan om överträdelser av en uttryckliga förpliktelser i tillsynsregleringen, dvs. att upplysa kunden om föreliggande risker vid de aktuella transaktionerna *innan* transaktionerna utfördes. Fondkommissionären skulle således förvissa sig om att kunden hade tillräcklig information om vilka risker som var förenade med marknaden och de särskilda förhållanden som därvid rådde.<sup>96</sup> Även om reg-

taleinngåelsen eller senare at kunden på grunn av egne kunnskaper ikke kommer til å legge vesentlig vekt på bankens råd, er det mitt syn at kravet til bankens aktsomhet i prinsippet må gjelde uavhengig av den enkelte kundes kunnskapsnivå.”

<sup>95</sup> Se t.ex. Lycke, Banks ansvar vid placeringsrådgivning, s. 512. Lycke framhåller dock att reglerna därefter ändrats och så även reglerna avseende informationskravet: ”Det bör observeras att kraven på information i 1988 års allmänna råd skiljer sig från kraven i nu gällande föreskrifter. Punkten 6.2 i BFFS 1988:7, som HD hänvisade till, tog uttryckligen sikte på informationsskyldigheten inför utfärdande av optioner och stadgade att ’innan en fondkommissionär tillåter en kund att i vart fall ställa ut optioner eller ingå terminsavtal måste kommissionären förvissa sig om att kunden fått fullt klart för sig vilka risker som är förenade med marknaden och de särskilda förhållanden som råder. T.ex. bör klargöras vad som gäller om kunden inte längre kan ställa säkerhet för sin position. Ingen tveksamhet mellan kund och kommissionär om vad som gäller får accepteras av fondkommissionären’. I bestämmelsens nuvarande motsvarighet, 1 kap. 7 § FFFS 1998:21, stadgas att kunden skall ’erhålla tydlig skriftlig information om de särskilda risker som handeln med derivatinstrument kan innebära’. Något uttryckligt krav på *information om de villkor* som gäller eller att kommissionären skall *förvissa sig om att kunden har fått fullt klart för sig villkor* och risker finns således inte längre. Enligt min mening bör dock det faktum att den näringsrättsliga regleringen har ändrats inte ha någon betydelse för den obligationsrättsliga bedömningen av bankens informationsplikt. Banken måste således fortfarande leva upp till den stränga aktsamhetsnorm som HD stipulerat i NJA 1995 s. 693 för att undgå skadeståndsansvar.” Jfr 14 kap. FFFS 2007:16.

<sup>96</sup> Se även t.ex. Svea hovrätts dom 2008-05-09, mål nr T 1216-06. Jfr nuvarande reglering i 8 kap. 22 § 2 och 3 st. VpML ”Informationen ska ge kunderna rimliga möjligheter att förstå arten av och vilka risker som är förknippade med de investeringstjänster och de finansiella instrument som institutet erbjuder. Informationen får lämnas i standardiserad form. All information som ett värdepappersinstitut lämnar till sina kunder ska vara rättvisande och tydlig och får inte vara vilseledande. Marknadsföringsmaterial ska lätt kunna identifieras som sådant. Se också avseende NJA 1995 s. 693 i förhållande till dagens reglering, Rutberg, Anmälan av Swahn & Wendleby, Lagen om finansiell rådgivning till konsument, s. 943: ”Kravet på värdepappersföretagen så som det har utvecklats i praxis går således ett steg längre än kravet i MiFID. Om vi i Sverige tillämpade principen från det nämnda rättsfallet även *efter* genomförandet av MiFID skulle det innebära att vi ställer ett nationellt särkrav som saknar stöd i direktivet. Något som troligen inte är tillåtet, eller åtminstone går helt emot grundtanken med direktivet.” Se även Swahn & Wendleby, Lagen om finansiell rådgivning till konsument, s. 74 ff. Se vidare Rt. 2000 s. 679.

lerna inte återfanns i föreskriftsform, utan endast i Finansinspektionens allmänna råd, tillmättes dessa stor vikt. I vilken mån reglerna omfattades av god sed på marknaden var inte heller avgörande eftersom HD konstaterade att dessa skulle tillmätas vikt t.o.m. om de kunde anses vara uttryck för en *önskvärd* branschsedvänja. Det var således inte avgörande att reglerna redan beaktades av aktörerna. I stället var det tillräckligt att tillsynsmyndigheten, genom de allmänna råden, givit uttryck för en önskad norm och därigenom hade aktörerna att iaktta en sådan regel.<sup>97</sup>

Även om informationsregeln återfanns i inspektionens allmänna råd innebar inte förpliktelsen egentligen någon nyhet för rådgivare eller konsulter.<sup>98</sup> Förpliktelsen att informera uppdragsgivaren om särskilda omständigheter som uppdragstagaren inser kan vara av vikt för uppdragsgivarens förmåga att fatta ett välgrundat beslut, hade redan tidigare bekräftats i ett flertal fall från HD.<sup>99</sup> Förpliktelsen är emellertid inte enbart fastställd genom praxis utan följer också av den kontraktuella lojalitetsplikten med dess lagfästa omsorgsplikt i t.ex. kommissionslagen och handelsbalkens 18 kap.<sup>100</sup> Informa-

<sup>97</sup> Se t.ex. Kleineman, *Rådgivares informationsansvar – en probleminventering*, s. 189: ”Det ansågs därför att fondkommissionären inte kunde anses ha brustit i omsorg genom att inte informera honom om riskerna. Här hade således rådgivaren gjort sig skyldig till ett klart fel. Han undgår emellertid trots detta ansvar eftersom kunden inte blivit vilseledd av de misstag rådgivaren gjort sig skyldig till. Förhållandena är således närmast motsatta till vad som var fallet i det ovan berörda rättsfallet NJA 1994 s. 532. Särskilt när det gäller juridisk rådgivning som innefattar förberedelser inför affärsdispositioner är ’den pedagogiska plikten’ en särskilt viktig frågeställning. Skyldigheten att upplysa om risker är en återkommande plikt som rådgivare inte sällan försummar att beakta.”

<sup>98</sup> I engelsk rätt är det sedan länge klarlagt att då en uppdragstagare åtar sig uppdraget att utföra en finansiell tjänst så har denne en skyldighet att genomföra tjänsten genom att uppdragstagaren ska vidta skäligen aktsamhet för att undvika att uppdragsgivaren drabbas av ekonomisk skada, se t.ex. *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] A.C. 465 och *Henderson v. Merett Syndicates Ltd* [1994] 3 W.L.R. 761, 773–777.

<sup>99</sup> Se t.ex. NJA 1957 s. 621, NJA 1992 s. 58 och NJA 1991 s. 625. Se dessutom NJA 1994 s. 532 där ett företag hade följt sedvanan i branschen men som trots det ansågs vårdslös för att inte ha säkerställt att uppdragsgivaren förstått innehållet i en rapport som uppdragstagaren upprättat. Det förelåg stora risker för att uppdragsgivaren skulle komma att missförstå informationen och HD ansåg därför att det ålegat uppdragstagaren att säkerställa att uppdragsgivaren inte missförstod informationen.

<sup>100</sup> Se även Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsförhold*, Cappelen, Oslo, 2007, s. 280: ”Av dommen kan en slutte at rådgiver som utgangspunkt må ha plikt til å gjøre den som søker råd oppmerksom på alle forhold som kan være relevante. Dette må gjelde uavhengig av om klienten er kyndig. Prinsippet må gjelde i alle rådgivningsforhold. ... Det følger også av dommen at det er rådgiver som i tilfelle får bevisbyrden for det såkalte hypotetiske hendelsesforløpet. Rådgiver må altså bevise at unnlatelsen av å gi opplysninger ikke har hatt betydning fordi transaksjonen likevel ville blitt gjennomført.” Se også Mu-

tionsförpliktelsen – att tillhandahålla tillräcklig och korrekt information – tillhör därmed en av de mest grundläggande förpliktelserna som en uppdragstagare har att iakttä i ett uppdragsförhållande.

### Professionsansvaret – ett omfattande men inte skärpt ansvar

*”Inddrager man tillige retspraksis, vil man se, at der ikke er nogen speciel sondring imellem de typer af erhverv, hvor man kræver en ”professionel indsats”, men samtidig at der – også hvor det kræves en professionel indsats– anvendes et culpa-krav.”<sup>101</sup>*

HD:s praxis är avseende professionsansvaret tämligen entydig – en professionsutövare har att utföra uppdraget fackmässigt och därvid bl.a. tillse att uppdragsgivaren erhåller *tillräcklig* och *korrekt* information.<sup>102</sup> Omfatt-

nukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, s. 244 f. och s. 488: ”Också NJA 1995 s. 693 ger uttryck för en självständigt verkande lojalitetsplikt.” Se även Svea hovrätts dom 1990-09-25, mål nr T 725/89.

<sup>101</sup> Se Langsted, Rådgivning I, s. 243. Jfr Halling-Overgaard & Mehl, Ejendomsformidlerens og ejendomsmæglerens erstatningsansvar, s. 44: ”Når det skal bedømmes, om en ejendomsformidler har handlet culpøst, må ejendomsformidleren påregne at blive undergivet en særligt skærpet vurdering i relation til, hvad det forventes af ham, når det drejer sig om typiske mæglerydelse – dvs. ydelser forbundet med salgsbestræbelserne vedrørende ejendommen. Mægleren er med andre ord undergivet det særlige professionsansvar, der indebærer en skærpelse af culpastandarden. En ejendomsformidler skal således for at undgå erstatningsansvar som udgangspunkt have ageret, som en almindelig fornuftig ejendomsformidler ville have ageret i det konkrete tilfælde.”

<sup>102</sup> Jfr t.ex. inom aktiebolagsrättens reglering av styrelseledamöters ansvar där lagstiftaren bl.a. med hänvisning till marknadsekonomi inte ansåg att ansvaret skulle skärpas. Se bl.a. prop. 1997/98:99 Aktiebolagets organisation, s. 191 ff.: ”Utgångspunkten vid oaksamhetsbedömningen är att styrelseledamoten eller den verkställande direktören skall iakttä den omsorg som krävs av en syssloman i allmänhet. ... För ett fungerande näringsliv är det väsentligt att det finns verksamma incitament för företagsledningarna att fullgöra sin skyldigheter. Det är därför önskvärt att lagstiftningen tillhandahåller tydliga regler som på ett effektivt sätt ger möjlighet att utkräva ansvar av försumliga företagsledningar. Också behovet att upprätthålla allmänhetens förtroende för näringslivet talar i den riktningen. När man överväger om nuvarande regler bör skärpas, måste man emellertid komma ihåg att aktiebolagen verkar i en marknadsekonomi och att all affärsverksamhet innebär ett visst mått av risktagande. Härtill kommer att även omsorgsfullt övervägda affärsbeslut kan visa sig bli förlustbringande. Skadeståndsreglerna bör givetvis inte utformas så att de inte ger möjlighet att ta de affärsmässiga risker som i det enskilda fallet är motiverade. Mot denna bakgrund gör regeringen bedömningen att det inte finns skäl att frångå de principiella utgångspunkterna i gällande rätt i fråga om styrelseledamöternas och den verkställande direktörens skadeståndsansvar, nämligen att det förutsätter i vart fall oaksamhet hos organledamoten.” Samma ställningstagande gjorde lagstiftaren avseende den nya aktiebo-

ningen av informationsförpliktelsen kan givetvis diskuteras. I NJA 1997 s. 127 I och II innebar informationsförpliktelsen att fastighetsmäklaren skulle tillhandahålla en potentiell köpare upplysning om möjligheten att villkora ett köpavtal – information som är av samma relevans och vikt som att tillhandahålla en upplysning om t.ex. formkraven vid fastighetsöverlåtelser, köparens undersökningsplikt av fastigheten etc. Kravet är att uppdragsgivaren ska erhålla *tillräcklig information*.

Informationsförpliktelsen inbegriper därmed de *relevanta omständigheter* som en uppdragsgivare behöver känna till inför sitt beslut att rätts-handla.<sup>103</sup> Mot bakgrund därav kan förpliktelsen att tillhandahålla upplysningar om t.ex. möjligheten att villkora köpavtal svårigen anses vara betungande och därmed inte heller innebära ett särskilt strängt ansvar.<sup>104</sup> Informationsförpliktelsen är i detta avseende en *kvantitativ förpliktelse*, dvs. *viss specifik information* ska tillhandahållas.

I övriga fall rörande fastighetsmäklare innebär HD:s praxis att fastighetsmäklaren i olika omfattning har att tillförsäkra att informationen, förutom

lagslagens (2005:551) innebörd i denna fråga, se prop. 2004/05:85 Ny aktiebolagslag, s. 492 f.

<sup>103</sup> Värt att noterat är att HD inte berörde andra typer av suspensiva villkor och i vilken mån det åligger en fastighetsmäklare att upplysa även avseende övriga typer av villkor, se Zacharias, Två HD-avgöranden om fastighetsmäklares ansvar rörande återgångsklausuler, s. 868. Jfr Grauers, Anmälan av Melin, Fastighetsmäklarlagen, s. 226: "Enligt min mening bör mäklaren informera köparen inte bara om att köparen kan bli skadeståndsskyldig i förhållande till säljaren utan även ange vilka ersättningsposter som vanligen kan bli aktuella, t.ex. prisskillnad vid en kompensationsförsäljning, mäklararvode och kostnader för fastigheten för att en ny köpare tillträder senare än den förste köparen skulle ha gjort." Jfr Melin, Fastighetsmäklarlagen, s. 228 ff. Se också Zacharias, Fastighetsmäklarlagen, s. 336 ff.

<sup>104</sup> Jfr Rt. 1988 s. 7 där en fastighetsmäklare ansågs ha handlat oaktsamt genom att ha underlåtit att upplysa säljaren om att överlåtelser skulle komma att beläggas med reavinstskatt. Säljaren hade inte efterfrågat information om transaktionens skattekonsekvenser men Høyesterett ansåg att "hensett til de konkrete omstendigheter som her forelå, hadde ... en meget sterk oppfordring til å ta de skatterettslige sider ved overdragelsen opp med klienten." Høyesterett framhöll vidare att "ut fra de kunnskaper om de skatterettslige regler eiendomsmeglere satt inne med, og de opplysninger som forelå for ham, burde det, som det har vært uttrykt i teorien ... ha 'ringt en bjelle for ham'", s. 13. Se Zacharias, Två HD-avgöranden om fastighetsmäklares ansvar rörande återgångsklausuler, s. 879: "Slutsatsen är att mäklaren har en rådgivningsplikt beträffande i varje fall möjligheten att villkora ett köpekontrakt såvitt avser låneförbehåll om han har den minsta anledning att tro att en sådan kan vara befogad i det aktuella fallet. Handlingsplikten är dock begränsad till ett informativt krav. Om inte någon av parterna kommer överens om det, föreligger ingen skyldighet för mäklaren att se till att en klausul av det aktuella slaget också förs in i köpekontraktet."

att vara tillräcklig, även är *korrekt*. Informationsförpliktelsen ställer inte krav på att uppdragstagaren måste kontrollera all information men framför allt då denne misstänker att informationen möjligen kan vara bristfällig, föreligger en skyldighet att verifiera att information är korrekt. Informationsförpliktelsen är i detta avseende en *kvalitativ förpliktelse*, dvs. informationens kvalitet ska säkerställas.

I NJA 1997 s. 65 blev besiktningsmannen skadeståndsskyldig för att inte ha varit tillräckligt tydlig i sitt besiktningsprotokoll om riskerna med vindens konstruktion. Fallet har ansetts vara grunden för ett strängt professionsansvar. Det är i detta avseende viktigt att komma ihåg att rådgivningsansvaret är ett kontraktuellt ansvar. Rådgivningsavtalet är oftast ett avtalsförhållande där uppdragstagaren har ett informationsövertag över uppdragsgivaren och där den huvudsakliga tjänsten inbegriper en kunskapsöverföring till uppdragsgivaren. Tillsammans med den kontraktuella lojalitetsförpliktelsen föreligger det därmed långtgående förpliktelser för rådgivaren att tillse att uppdragsgivaren fått tillräcklig information för att uppdragsgivaren därefter ska kunna bedöma hur denne bör agera.<sup>105</sup>

Information och rekommendationer är tjänster som kräver att de anpassas i förhållande till köparens individuella förutsättningar. Till skillnad mot fallen om fastighetsmäklarna innebär NJA 1997 s. 65 ett krav på att rådgiva-

<sup>105</sup> Se vidare avseende fastighetsmäklares upplysningsplikt, SOU 2008:6, s. 189. Jfr RH 1997:16 där HovR:n konstaterade: ”Vad först angår frågan om det ålegat [fastighetsmäklaren] att klargöra för [köparna] att den handling de undertecknade var ett bindande köpekontrakt, kan deras invändning – att de inte förstått att den handling de skrev under den 17 oktober 1991 var ett bindande köpekontrakt – i sig förefalla något märklig. Mot bakgrund av vad som framkommit om [köparnas] bristande erfarenhet när det gällde fastighetsaffärer och av vad [vitnet] har berättat, finner hovrätten emellertid ingen anledning att betvivla att det verkligen förhållit sig på det viset. En mäklare måste dock i normala fall kunna utgå ifrån att även oerfarna köpare och säljare förstår att undertecknande av ett köpekontrakt innebär att ett bindande avtal träffas. Hovrätten finner inte att omständigheterna är sådana, att [köparnas] bristande insikt om att de skrev på ett bindande avtal kan anses innebära att [fastighetsmäklaren] åsidosatt den upplysningskyldighet som ålegat honom. ... Dessa omständigheter [att köparna upplyst mäklaren om att finansieringen inte var ordnad] sammantaget med det förhållandet att [fastighetsmäklaren] var medveten om att [köparna] var oerfarna när det gällde fastighetsaffärer, borde enligt hovrättens mening ha föranlett [fastighetsmäklaren] att, i enlighet med mäklares skyldighet att vara aktiv och observant på frågor som måste lösas, närmare efterhöra hur det förhöll sig med lånet. Då [fastighetsmäklaren] underlätit detta och i stället lätit [köparna] skriva under kontraktet utan att villkora köpet har han enligt hovrättens mening av oaktsamhet handlat i strid med vad som måste betraktas som god fastighetsmäklarsed.”



ren ska tillhandahålla tillräcklig information, för att möjliggöra för uppdragsgivaren att identifiera de eventuella risker som föreligger. Det kvalitativa informationskravet kan därför delas upp i två förpliktelser – dels att tillse att *viss specifik* information tillhandahålls, dels att delar av den specifika informationen ska vara *särskilt utförlig*.

Informationsförpliktelsen har sin grund i att rådgivningsförhållandet är baserat på förtroende. Det skulle t.ex. aldrig accepteras att en läkare endast upplyste en patient om att patienten hade ett födelsemärke på huden som borde åtgärdas och inte samtidigt meddela patienten om läkaren anser att detta ska ske omedelbart eller om detta bör ske inom några år för att minska risken för framtida problem (dvs. vilken risk som föreligger för patienten i den aktuella situationen).<sup>106</sup> Informationsförpliktelsen är i vissa avseenden omfattande men samtidigt är rådgivningsavtalet ett *informationsavtal* och det är därvid tämligen naturligt att höga krav ställs på informationens omfattning och kvalitet. En motsatt slutsats, dvs. att uppdragstagaren inte behöver tillse att den tillhandahållna informationen är tillräcklig med beaktande av uppdragsgivarens behov, skulle leda till att många uppdragsgivare skulle behöva ytterligare rådgivare för att säkerställa att uppdragsgivaren t.ex. insett vilka risker som är förenade med ett visst handlande.

### *Skatterådgivning och annan rådgivning av prognostisk karaktär*

Särskilt vid skatterådgivning föreligger det risk för att uppdragsgivaren inte inser att uppdragstagarens rekommendationer är förenade med viss osäkerhet. I vissa fall (t.ex. NJA 1994 s. 598) har HD uttryckt att en rådgivare har ”med sakkunskap i skattefrågor långtgående förpliktelser när det gäller att

<sup>106</sup> Se överensstämmande Pålsson, Anne-Marie & Samuelsson, Per, Tvister på de finansiella marknaderna, JT 1999–00 s. 99, på s. 115: ”Inom vissa samhällssektorer förväntas människor hysa tillit till andra aktörers lojala handlande trots i vissa fall förekomsten av beaktansvärda risker. Sjukvårdssektorn är ett sådant område. Där förväntas patienter inte göra annat än följa givna råd eftersom den tillgängliga expertisen vida överstiger deras egen. Ur samhällsekonomisk synvinkel är det inte önskvärt att alla medborgare skaffar sig en komplett kompetens beträffande sitt fysiska välbefinnande. Det är lika lite önskvärt att sådan kompetens etableras om det ekonomiska välbefinnandet. I den mån sjukvården företagit en åtgärd som en patient menar innebar en felbehandling, finns det möjlighet att fastställa om så varit fallet. Det räcker då inte att sjukvården genom sina företrädare hänvisar till att läkarna aldrig lämnat någon garanti rörande behandlingens utfall. Dessutom måste läkarna informera patienten om de risker som en viss behandling är förenad med. Det är otänkbart att läkare skulle tillämpa olika typer av exotiska behandlingsformer utan att informera om riskerna.”

belysa en tilltänkt transaktions skattekonsekvenser”.<sup>107</sup> I detta fall hade en bank givit en företagare råd att företaga vissa transaktioner i syfte att undvika realisationsskatt, transaktioner som sedermera inte godkändes av skatteverket. HD konstaterade inledningsvis att ”[ö]vervägande skäl talar för att banken – i avsaknad av vägledande rättsliga avgöranden och med särskilt beaktande av transaktionernas karaktär – borde ha insett att den bedömning man gjorde var behäftad med osäkerhet.” Vidare framhöll HD att det i allmänhet är ”påkallat att den som lämnar rådgivning i komplicerade rättsfrågor fäster uppdragsgivarens uppmärksamhet på om prejudikat saknas och om rättsläget av denna eller någon annan anledning kan vara osäkert. Behovet av att sådan information lämnas måste emellertid vara beroende av vem uppdragsgivaren är, vilka kvalifikationer han har och om han redan känner till problematiken.” HD konstaterade emellertid, bl.a. till följd av att företagaren hade deltagit vid en informationskväll på banken, där rekvisiten i skatteflyktslagen hade diskuterats och att företagaren genomfört ytterligare en transaktion i syfte att undankomma realisationsvinstskatt, att omständigheterna sammantagna var ”sådana att det inte skäligen kan läggas banken till last som en skadeståndsgrundande oaktsamhet att banken vid sin rådgivning år 1988 underlät att informera Jan W om att det var osäkert hur de ifrågavarande transaktionerna skatterättsligt kunde komma att bedömas.”<sup>108</sup>

HD framhåller i fallet att en av de grundläggande förpliktelseerna för en uppdragstagare är att informera uppdragsgivaren om viktiga omständigheter som påverkar uppdragsgivarens möjlighet att fatta ett välgrundat beslut.<sup>109</sup> I detta mål avgjordes innebörden av skatteflyktslagen först genom ett avgörande 1990. Det är viktigt att påpeka att HD:s avgörande inte innefattar ett krav på att banken skulle ha förstått eller med större säkerhet kunnat fastställa hur rättsläget slutligen skulle komma att bli. Inte heller att banken hade någon form av garantiansvar för utfallet av rekommendationen.<sup>110</sup> Avgöran-

<sup>107</sup> NJA 1994 s. 598. Se vidare Kleineman, Skatterådgivarna och skadeståndsansvaret, s. 111 f. och Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 322 ff.

<sup>108</sup> Jfr NJA 1992 s. 502.

<sup>109</sup> Se t.ex. U 2003.2102 H och Bryde Andersen, Advokatretten, s. 776 f.

<sup>110</sup> Se även Göta hovrätts dom 1990-09-11, mål nr T 314/89 där en äldre kvinna hade ärvt ett större aktieinnehav efter sin man och ville ha en riskfri placering. Banken föreslog ett upplägg i flera led för att slippa realisationsskatt. Förlust uppstod. HovR:n ansåg att det varit en väsentlig förutsättning för kvinnan att placeringen varit riskfri men att det inte var visat att banken insett denna förutsättning. ”Mot denna bakgrund ter det sig, i brist på närmare precisering, naturligt att uppfatta hennes uttalande mera som en önskan att banken skulle förslå henne en lösning som enligt bankens bedömning var säker än som

det innebär i stället att en uppdragstagare måste analysera vilken kunskap som uppdragsgivaren har i förhållande till föremålet för uppdraget och därefter anpassa sina upplysningar därefter.<sup>111</sup>

Även om informationsförpliktelsen är omfattande synes HD:s praxis avseende skatterådgivningen inte ge stöd för att en skärpt bedömning sker vid denna typ av rådgivning. Rättsfallet är ett bra exempel på den ofta föreliggande informationsasymmetrin mellan uppdragsgivaren och uppdragstagaren, en asymmetri som även skulle kunna beskrivas i risktermer. Uppdragstagaren har att analysera vilken risk som är förenad med sitt uppdrag och med uppdragsgivarens tilltänkta transaktioner och beslut.<sup>112</sup> Om uppdraget innebär en förpliktelse att lämna information av värderande karaktär innefattar uppdraget ett krav på att uppdragstagaren gör en korrekt uppskattning av framtida fakta och därvid ska osäkerheten i bedömningen tydligt framhållas för uppdragsgivaren. Vid en eventuell tvist är nämligen det uppdragsgivaren som har bevisbördan för att uppdragstagaren på ett otillräckligt sätt har framhållit risken med att bedömningarna är förenade med osäkerhet. Bevisbördan kan vara betungande eftersom uppdragsgivaren vid tiden för redovisningen av uppdraget ofta är omedveten om att det föreligger brister i uppdragstagarens redovisning och därmed kommer troligtvis inte heller uppdragsgivaren att kunna säkra bevisning om detta. Att inte ett råd "leder till ett önskat ekonomiskt resultat behöver således inte betyda att rådgivningen har varit vårdslös. En finansiell rådgivare kan lika lite som någon annan med säkerhet förutsäga värdeutvecklingen av olika finansiella instrument."<sup>113</sup>

Som framgått ovan inbegriper ofta rådgivningen en uppskattning av framtida händelser och det är givetvis i många fall svårt att förutse ett sådant

ett krav på absolut garanti mot varje risk för förlust. [Rådgivaren] har också föreslagit henne en transaktion som bedömdes som säker men vilade på den då gängse, men, som det sedermera visade sig, oriktiga bedömningen att premieobligationer var en trygg placering." Risker med olika instrument diskuterades inte men för- respektive nackdelar med placeringarna diskuterades. Kundens önskan fick anses vara att banken skulle föreslå en säker placering vilket banken gjort och därför inte ansågs ha handlat vårdslöst.

<sup>111</sup> Se HD:s domskäl i NJA 1994 s. 598: "Behovet av att sådan information lämnas måste emellertid vara beroende av vem uppdragsgivaren är, vilka kvalifikationer han har och om han redan känner till problematiken."

<sup>112</sup> Jfr Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 310 mot bakgrund av NJA 1994 s. 598: "En motsvarande plikt att upplysa om osäkerhet och möjliga avvikande utfall måste antas föreligga ifall till exempel bedömningen av det skattemässiga utfallet av en viss transaktion är osäker på grund av en uppskattningsfråga. Oftare är väl dock i dylika fall osäkerheten tydlig för rådtagaren ändå och i så fall torde utebliven upplysning inte vara skadeståndsgrundande."

<sup>113</sup> Se ARN 2003-4189.

utfall. Därför föreligger det vid ansvarsbedömningen rörande omsorgs-  
pliktelse ett betydande handlingsutrymme innan handlandet konstateras  
vara vårdslöst.<sup>114</sup> I den mån det är möjligt att tillhandahålla en precis och ex-  
akt uppgift är handlingsutrymmet av naturliga skäl tämligen begränsat.<sup>115</sup>  
Det krävs vid denna typ av uppskattningar en kvalificering av handlandet för  
att vårdslöshet ska anses föreligga – "[j]ust genom att beslut faktiskt måste  
fattas avseende transaktioner och rättsliga åtgärder, vilka kan föranleda såväl  
vinst som förlust, måste ribban sättas tämligen högt innan man kan culpa-  
stämpla handlandet".<sup>116</sup>

Praxis uppvisar dock en entydig bild i ett avseende. Endast i undantagsfall  
kan nämligen en uppdragstagare undlåta att informera sin uppdragsgivare  
och det är i de situationer då uppdragsgivaren redan anses besitta *tillräcklig  
kunskap*. Kunskapen måste emellertid verifieras. Att t.ex. förutsätta att en yt-  
terst kvalificerad jurist har ingående skatterättsliga kunskaper är inte en håll-  
bar utgångspunkt. Uppdragstagaren måste även i efterhand kunna visa hur  
uppdragstagaren bedömt uppdragsgivarens kunskap – en bedömning som  
riskerar att underkännas och därmed anses vara vårdslös. Att undersöka och  
säkerställa uppdragsgivarens kunskap synes sällan utgöra en omfattande eller  
betungande förpliktelse.<sup>117</sup> Samtidigt kan det givetvis föreligga situationer då  
professionsutövare inte på förhand inser enligt vilka bedömningsgrunder  
som deras uppdrag kommer att analyseras.<sup>118</sup> Trots osäkerheten i vilka krav

<sup>114</sup> Se t.ex. U 2003.2102 H där Højesteret fastställde att en revisors plikt att lämna rekom-  
mendationer inte inbegrep förslag som kan anses vara irrelevanta. "Dette gælder varianter,  
der af retlige eller økonomiske grunde ikke kan anses for gennemførlige. Det samme gæl-  
der varianter, der – også under hensyn til en eventuel usikkerhed – samlet ikke kan anses  
for fordelagtige, hvorved bemærkes, at der må vises varsomhed vedrørende varianter, hvori  
indgår et element, der ikke har karakter af en normal forretningsmæssig disposition." Se  
även U 2003.2089 H och Bryde Andersen, Advokatretten, s. 777 f.

<sup>115</sup> Se t.ex. angående konkursförvaltare NJA 2001 s. 99 och NJA 2005 s. 443. Se även angå-  
ende NJA 2001 s. 99 Andersson, Håkan, *Professor om det stränga ansvaret för konkursför-  
valtare*, Pointlex 2001-04-10.

<sup>116</sup> Se Andersson, Processrisker och skadeståndsansvar, 4.2.

<sup>117</sup> Se Langsted, Rådgivning I, s. 243: "Inddrager man tillige retspraksis, vil man se, at der  
ikke er nogen speciel sondring imellem de typer af erhverv, hvor man kræver en "profes-  
sionel indsats", men samtidig at der – også hvor det kræves en professionel indsats–  
anvendes et culpakrav."

<sup>118</sup> Se Samuelsson & Søgaard, Rådgiveransvaret, s. 23: "Det er muligt, at der i en branche er  
opstillet så mange pligter, at det i realiteten for branchens udøvere selv med den højeste  
grad af agtpågivenhed er umuligt at have vished for, at alle branchens krav til enhver tid  
er efterlevet. Det betyder selvfølgelig, at ansvaret kan føles strengt og måske næsten objek-  
tivt, men i princippet er ansvaret stadigvæk et culpaansvar".

som kommer att ställas på uppdragstagaren skulle säkerligen få uppdragsgivare acceptera ett avtalsvillkor som innebar att uppdragstagaren inte hade att informera uppdragsgivaren om väsentliga förhållanden och eventuella risker som är förenad med uppdragstagarens analyser och rekommendationer.<sup>119</sup> Utgångspunkten torde därmed vara att avtalet kan presumeras innehålla en motsvarande förpliktelse, även om parterna inte uttryckligen reglerat detta.

### *Spekulativa moment*

Avseende praxis om skatterådgivning kan man dock skönja en annan tendens – nämligen att professionsansvaret i detta avseende inte innebär ett skärpt ansvar utan att ansvarströskeln i stället är högre. Det synes nämligen svårare för en skadelidande att få sin skada ersatt om skadan uppkommit i ett försök att *minska sin skattebörda*. I detta avseende utgör professionsansvaret snarare en lägre ansvarsnivå, eftersom det synes krävas någon form av kvalificerad vårdslöshet innan en rådgivare i skattefrågor kan konstateras ha handlat vårdslöst. Kleineman har i detta sammanhang ställt sig frågan om det föreligger ett *moraliskt moment* i culpabedömningen.<sup>120</sup> Det moraliska momentet skulle innebära att en person som har genomfört transaktioner i syfte att minska sin skattebörda har att bära en större risk för att denne lider en skada i förhål-

<sup>119</sup> Jfr NJA 1992 s. 502, där HD inte ansåg att en revisor varit vårdslös trots att denne inte nämnt riskerna med en för denne föreslagen transaktion. HD motiverar sitt ställningstagande med att det i och för sig kan "sägas ha legat nära till hands för [revisorn] att vid detta sammanträde nämna något om förlustavdragsfrågan och dess betydelse vid en försäljning; [uppdragsgivaren] och medparter hade ju själva givit en viss anledning därtill genom att föra på tal inventarieöverlåtelse från kommanditbolaget till aktiebolaget. Diskussionen var dock vid detta tillfälle av allmän och preliminär karaktär, och det kunde därför inte förväntas av [revisorn] att han då skulle lämna annat än mycket allmänna råd. Det förhållandet att han endast tillrådde en försäljning av tidningsföretaget utan att ta upp problemet med förlustavdragen kan därför inte anses utgöra försummelse från hans sida. Än mindre kan det läggas honom till last som oaktsamhet att han underlät att rekommendera den speciella transaktion som revisionskärandena angivit." Lycke frågar sig om utgången i målet hade blivit annorlunda om rådgivaren i stället hade varit jurist i stället för revisor. Lycke stödjer sin argumentation på NJA 1981 s. 1091 där HD uppställde ett krav på en särskilt sakkunnig att göra erforderliga undersökning av gällande rätt, se Lycke, Banks ansvar vid placeringsrådgivning, s. 520.

<sup>120</sup> Se Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, s. 198. Se även Samuelsson & Søgaard, Rådgiveransvaret, s. 87: "Det er således utvivlsomt, at domstolene vil strække sig videre for at tilkende erstatning, såfremt en skadelidt ved en advokats handlemåde er gået glip af en personskadeerstatning, medens omvendt domstolene har udvist tilbageholdenhed med at tilkende erstatning til skattetænkere eller krav om erstatning fra den tabende part i en retssag."

lande till andra former av ekonomiskt risktagande där högre krav kan ställas på uppdragsgivarens rådgivare.<sup>121</sup> Rådgivarens förpliktelser synes således vara mindre omfattande vid skatterådgivning och eventuellt andra typer av tjänster som inbegriper spekulativa inslag, som t.ex. placering i vissa typer av finansiella instrument.

Det är inte möjligt att dra några närmare slutsatser av ett tämligen begränsat praxismaterial men det är intressant att notera att domstolen i skattefrågor ställer högre krav på skadelidanden alternativt möjliggör för rådgivaren att anses ha uppfyllt sin informationsplikt på ett i förhållande till andra typer av uppdrag mindre omfattande sätt. Skillnaden i praxis är i detta avseende motstridig. Att en besiktningsman anses vårdslös eftersom denne underlåtit att förklara vad en undermålig ventilation i ett vindsutrymme skulle kunna innebära för fastighetens framtida skick samtidigt som en skatterådgivare anses ha uppfyllt en motsvarande informationsförpliktelse avseende riskbedömningar endast genom att på en oh-bild förevisa rekvisiten i en paragraf är svår att motivera.<sup>122</sup> Skillnaden i ansvarsbedömningen är möjlig att

<sup>121</sup> Se Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, s. 198. Se även Kleineman, Skatterådgivarna och skadeståndsansvaret, s. 103 och s. 108: ”Rättsfallet (NJA 1994 s. 598) är något speciellt och visar en ovanligt generös hållning till skatterådgivaren och avviker från den stränghet som HD visat i senare fall då det gäller t ex besiktningsmäns skyldighet att göra riskanalyser.” Jfr t.ex. RH 1996:102 där skuldsanering nekades med hänvisning till att skulden huvudsakligen orsakats genom att gäldenären tagit stora risker vid sina värdepappersaffärer: ”Det krav på restriktivitet som generellt föreligger vid beviljande av skuldsanering framstår dock som än mer väsentligt vid skuldsättning till följd av värdepappersaffärer. Det framstår vidare som uppenbart att [gäldenären] – med hänsyn till den stora förlust han gjort – tagit en väsentlig risk i de affärer han genomfört. Detta talar således ytterligare mot att bevilja [gäldenären] skuldsanering.”

<sup>122</sup> Jfr motiveringen i t.ex. NJA 1997 s. 65: ”Avsaknaden av luftspalt mellan isolering och yttertaksbrädor har inneburit en uppenbar risk för rötskador, som allvarligt skulle påverka husets funktion och medföra behov av en kostsam reparation. Det bör vid sådana förhållanden åligga en besiktningsman, som har i uppdrag att göra en sedvanlig besiktning inför ett fastighetsköp, att upplysa om denna risk. Liksom TR:n finner HovR:n att [besiktningsmannen] inte styrkt, att han lämnat sådana upplysningar att [uppdragsgivaren] kunnat inse risken med takkonstruktionen.” med NJA 1994 s. 598 ”[Uppdragsgivaren] hade på hösten 1987 i egenskap av ordförande i föreningen Norrortsföretagarna deltagit i ett möte vid vilket banken för föreningens medlemmar redovisade vilka tjänster banken kunde erbjuda. Vid detta möte höll [rådgivaren] ett föredrag där han redogjorde för olika sätt för fåmansföretagare att tillgodogöra sig inkomster från egna aktiebolag. [Rådgivaren] berättade därvid om bl a skalbolagsaffärer, växlingstransaktioner med utdelningsfonder och generalklausulen, varvid han visade en overhead-bild på de rekvisit som ingår i generalklausulen. [Uppdragsgivaren] hade alltså vid mötet med Norrortsföretagarna fått information om bl a generalklausulen.”

notera och oavsett om det är en medveten markering från domstolarna, innebär praxis reella faktorer värda att beakta vid analys av rådgivares förpliktelser.

I samband med ansvarsbedömningen uppkommer ofta frågan om uppdragstagaren har handlat felaktigt. Vad avser rättsliga (och möjligen andra bedömningar av uppskattande karaktär) är dock begreppet fel mindre lämpligt att använda för att fastställa vårdslöshet. Tidigare hänvisades det i analysen till Bengtssons kommentar till NJA 1994 s. 194.<sup>123</sup> Bengtsson menar där att det troligtvis krävs (i vart fall avseende statens ansvar för rättsliga bedömningar) att bedömningen varit *uppenbarligen* felaktig. Att nyttja begreppet fel i detta sammanhang innebär en risk för att analysen implicerar att det fanns *en* tolkning av bevisen som var *rätt*. Det är därför att rekommendera att analysen innefattar en hänvisning till att underrätterna har en rätt/skyldighet att själva tolka vad som ska gälla enligt lag och att HD kan ompröva och ändra resultatet av bedömningen. Att HD ändrar underrättens beslut, innebär inte att underrätterna dömt *fel* utan i stället att domstolen kommit till en annan slutsats. Givetvis kan underrätterna göra sig skyldiga till formella fel men toleransen vid tolkning av t.ex. bevis eller rättsregler är betydligt generösare – något som klart framgår av HD:s resonemang kring att ”uppenbart oriktiga bedömningar *kan* betraktas som culpösa”.<sup>124</sup> Därvid tydliggörs återigen att enbart ett konstaterande om fel inte är detsamma som att handlingen var vårdslös. Att det allmänna ansvaret, dvs. att domstolars bedömningar och ansvar enligt 3:2 SkL inte direkt kan överföras till ett civilrättsligt avtalsförhållande är givet. Samtidigt signalerar HD:s praxis i detta avseende hur ansvarsbedömningen av värderande utsagor kan komma att ske.

### *Avslutningsvis*

Är då professionsansvaret ett strängt ansvar? I jämförelse med ett sedvanligt culpaansvar är ansvaret strängare. Skillnaden i ansvarsnivå är tämligen naturlig, eftersom ansvarsnormen definieras på två från varandra skilda sätt. Att det föreligger skillnader vid en ansvarsbedömning rörande t.ex. en målars och en lekmans utförda prestationer är självklart. Målarens arbete jämförs med hur andra målare skulle utfört motsvarande arbete medan lekmannen jämförs med sina likasinnade, dvs. *icke-professionella personer*. Kravet på fackmässighet innebär att ansvarsbedömningen blir annorlunda. Kopplingen till en branschstandard gör emellertid inte att ansvarsbedömningen, i jämförelse

<sup>123</sup> Se även Anderssons kommentar till NJA 2003 s. 285 ovan.

<sup>124</sup> Se NJA 1994 s. 654.

med den sedvanliga culpabedömningen, enbart av den anledningen är skärpt eftersom ansvarsbedömningen inte är *en bestämd* jämförelsenorm utan varierar beroende på inom vilket område som skadan inträffat.<sup>125</sup>

Professionsansvaret kan i vissa situationer inbegripa ett ansvar i förhållande till en utomkontraktuell part – en tredje man. Att en värderingsman kan bli ansvarig i förhållande till andra än kontraktsparten har inte en koppling till rådgivaransvaret utan i stället informationsansvaret, dvs. att den som skapat informationen kan bli skadeståndsskyldig mot annan än sin kontraktspart om informationen är felaktig.<sup>126</sup> Att i detta avseende framhålla att professionsutövaren i vissa avseenden har ett ökat ansvar, i förhållande till tredje man, riskerar att påverka synen på det professionsansvaret som något annat än ett huvudsakligt kontraktuellt ansvar. Det skärpta ansvaret i förhållande till tredje man bör därför framhållas särskilt och inte tillsammans med en analys av professionens huvudsakliga ansvarsnorm – det kontraktuella ansvaret i förhållande till uppdragsgivaren.

Professionsansvaret är ett kontraktuellt ansvar. Att jämföra kontraktuella förpliktelser, även om dessa kommer till uttryck i lagstiftning och självreglering snarare än uttryckligen i avtalet, med den utomobligatoriska culpanormen är inte att rekommendera. Det är givetvis möjligt att en kontraktspart kan anses ha handlat oaktsamt i förhållande till kontraktspartens (*culpa in contractu*). Avtalsparterna kan genom avtal reglera vilken ansvarsnivå som ska föreligga dem emellan, t.ex. att endast skador vållade av grov oaktsamhet ska ersättas. Inte heller i detta avseende utgör professionsansvaret ett *strängt ansvar* i sig utan snarare nyttjas termen *strängt* för att kontrastera den *kontraktuella ansvarsbedömningen* mot den *utomobligatoriska culpabedömningen* – inte att professionsansvaret som utgångspunkt skulle vara ett strängt ansvar.

<sup>125</sup> Se t.ex. Örebro tingsrätts dom 2009-09-25, mål nr T 2274-08 m.fl. (ännu ej lagkraftvunnen, 2010-01-19) där en försäkringsrådgivare ansågs vårdslös för att ha lämnat råd om investering i produkter trots att rådgivaren enligt egen uppgift hade begränsade kunskaper om bl.a. vilken risk som var förenad med investeringen.

<sup>126</sup> Jfr Langsted som ställer sig tveksam till att nyttja begreppet informationsansvar genom att detta tenderar att fokusera endast på informationsförpliktelser. Han föreslår i stället termen kommunikationsansvar men identifierar samtidigt liknande problem med det begreppet eftersom det finns en risk för att fokus hamnar på det kommunikationsansvar som rådgivaren har att leva upp till och inte på det i vissa fall föreliggande kravet på rådgivaren att följa upp rådgivningen. Vidare riskerar kommunikationsprocessen att hamna i fokus i stället för innehållet, se Langsted, Rådgivning I, s. 17.



## Ett strängt expertansvar?

Om professionsansvaret inte generellt kan anses vara ett strängt ansvar, skulle det kunna föreligga en strängare ansvarsbedömning när rådgivaren angivit sig vara *expert* inom området, dvs. om ansvarsbedömningen avseende experter är annorlunda i förhållande till övriga professionsutövare. Det är mot bakgrund av tillitens relevans tydligt att många uppdragsgivare som utgångspunkt har att förlita sig på den information och de rekommendationer uppdragsgivaren erhåller från sin rådgivare.<sup>127</sup> Det synes samtidigt inte finnas något stöd för att i praxis hävda att några särskilda krav ställs på experter eller sakkunniga eftersom ansvarsbedömningen, även avseende denna typ av professionsutövare, sker utifrån god yrkessed.<sup>128</sup> Givetvis kan ansvarsbedömningen av en allmänpraktiserande jurists råd i skattefrågor och en skatteexperts råd skilja sig åt. Skillnaden i ansvarsbedömningen beror emellertid endast på att expertens kunskap bedöms i förhållande till andra experter och föreligger så snart som det är klarlagt vilken typ av professionsutövare som uppdragsgivaren har anlitat. Har uppdragsgivaren anlitat en person som utgivit sig för att vara skatteexpert och det senare visar sig att uppdragstagaren saknar erforderlig kunskap, kommer ”experten” att bedömas enligt *god expertsed*.<sup>129</sup> Ansvarsbedömningen är till synes beroende av att det kan konstateras att uppdrags-

<sup>127</sup> Se t.ex. Bryde Andersen, Advokatretten, s. 778: ”en advokat, der begiver sig ind på et nichepræget rådgivningsområde med åbenbare skatteretlige implikationer, har pligt til at rådgive fuldt ud om disse implikationer. En advokat, der ikke tilbyder sin rådgivning som specialist, har, som anført, pligt til at lade sit opdrag afgrænse, således at de falder udenfor. Og gør han det, kan klienten ikke vente, at den advokat, der yder generel rådgivning, som følge af den almindelige pligt til at kende ”gældende ret” også kender reglerne på et sådant specialområde.” Se vidare Evetts, Julia, *Introduction: Trust and Professionalism: Challenges and Occupational Changes*, Current Sociology, vol. 54, 2006, s. 515–531, s. 516 ff.

<sup>128</sup> Se Kleineman, Skatterådgivarna och skadeståndsansvaret, s. 111 f. Samuelsson & Søgaard, Rådgiveransvaret, s. 158: ”Det må på den ene side betyde, at et pengeinstitut, der har markeret sig med kampagner om boligrådgivning, vanskeligt vil kunne argumentere med ansvarsfrihed for fejlagtig rådgivning på boligområdet med henvisning til, at man ikke har specialistviden, mens en tilsvarende rådgivningsfejl udvist af bestyreren i en mindre andelskasse, som aldrig har givet sig ud fra at beskæftige sig med andet end modtagelse af indskud, må bedømmes mildere”. Författarnas argument synes dock snarare stödja uppfattningen om rådgivaransvaret såsom ett statusansvar. Jfr t.ex. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 289, som anför att 1990-talets praxis avseende skatterådgivare inte utgör grund för ett särskilt strängt ansvar för skatterådgivare. I stället är HD:s praxis att betrakta som ansvarsgrunden för experter. Se även Langsted m.fl., Revisoransvar, s. 255.

<sup>129</sup> Se t.ex. 7.8.2 VRGA: ”En advokat får ange viss inriktning på sin verksamhet endast om advokaten har särskilda insikter i och erfarenhet av angivet verksamhetsområde.”

givaren insett den kunskaps- och kompetensskillnad som föreligger mellan dessa två yrkeskategorier.<sup>130</sup>

Frågan om en rådgivares s.k. expertansvar kom att prövas av HD i NJA 1968 s. 285. En lantbrukare anlidade ett företag för att få hjälp med ogräsbekämpning av sin dillodling. Lantbrukaren hade själv ingen kunskap om vilket medel som var lämpligast att använda utan överlämnade till representanten för företaget att rekommendera vilken produkt som lantbrukaren skulle köpa. Företaget rekommenderade ett specifikt medel och odlingarna besprutades. Tre dagar senare upptäckte lantbrukaren att större delen av dennes odlingar hade förstörts och stämde därför säljaren för att få ersättning för den förstörda odlingen. I HD:s tämligen kortfattade domskäl konstateras att avtalet mellan lantbrukaren och företaget innefattat en förpliktelse för företaget att genomföra besprutning av dillodlingen. Avtalsförhållandet var yrkesmässigt och i avtalet förelåg även en förpliktelse för företaget att lämna en rekommendation om ett för lantbrukarens ändamål lämpligt bekämpningsmedel. Domstolen konstaterade att skadorna på dillodlingen hade orsakats av bekämpningsmedlet. HD anför vidare att det ”avtal som träffats mellan [lantbrukaren] och [företaget] får anses innebära att föreningen åtagit sig svara för att dillodlingen icke skulle skadas på angivet sätt genom besprutningen” och hade därför att ersätta lantbrukarens skador.

Rättsfallet har ansetts innebära en form av *garantifiktio*n, dvs. att företaget hade garanterat lantbrukaren att medlet i vart fall inte skulle vara skadligt för dillodlingen (ett s.k. produktansvar).<sup>131</sup> Målet har också ansetts vara ett av de

<sup>130</sup> Se t.ex. NJA 1974 s. 99 där två läkare blev skadeståndsskyldiga för att ha missat en skada vid analys av röntgenbilder. HD framhåller att ”[d]en i målet förebragta sakkunnigutredningen ger visserligen vid handen, att en luxation utan samband med fraktur är mycket ovanlig hos barn i [X:s] ålder. I all diagnostisk verksamhet måste också i viss utsträckning förbiseenden och misstag accepteras såsom ofrånkomliga.” Samtidigt ansåg HD att mot bakgrund av läkarnas erfarenhet så borde de ha upptäckt den föreliggande skadan. ”Med hänsyn till röntgenbildernas beskaffenhet får [läkarna], som är erfarna röntgendiagnostiker, likväl anses ha vid röntgenundersökningen brustit i uppmärksamhet och noggrannhet i sådan mån att de bör vara skyldiga att ersätta [X] för skada som åsamkats honom till följd av feldiagnosen.”

<sup>131</sup> Se t.ex. Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, s. 186: ”Som framgår av det bekanta ’Dill-målet’ – NJA 1968 s. 285 – utgör felaktiga rekommendationer ett speciellt produktansvarsproblem. Det förefaller dock mer äventyrligt att se felaktigheter vid upprättande av testamenten eller fel i tryckta skrifter som ett produktansvarsproblem om man t. ex. blivit vilseledd av informationen.” Se också Bengtsson, Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2001–2003, s. 839: ”Det gällde sakskada som drabbat näringsidkare – en situation där inte produktansvarslagen (1992:18) är tillämplig. Man har länge antagit att en säljare även utan uttrycklig garanti kan ådra sig skadestånds-

första målen där ett strikt *produktansvar* fastställdes.<sup>132</sup> Samtidigt innebär 1968 års avgörande att en person med sakkunskap har ett ansvar för att de rekommendationer som denne lämnar är anpassade för mottagarens behov. En grundläggande förpliktelse är därvid att i vart fall inte rekommendera lösningar som är direkt olämpliga för mottagaren. Rekommendationens karaktär som utgörande såväl en resultat- som en omsorgsförpliktelse är tydlig i detta fall. Försäljaren lyder inte under ett krav att rekommendera den absolut *bästa* produkten, däremot ska försäljaren rekommendera en *lämplig* produkt som kan passa beställarens behov. Att rekommendera en produkt som förstör uppdragstagarens egendom är därigenom direkt vårdslöst. Det är således inte nödvändigt för bedömningen av en uppdragstagares informationsförpliktelse att söka läsa in en garantifiktions i NJA 1968 s. 285, eftersom försäljaren är ansvarig för de rekommendationer som säljaren lämnar till köparen. Avtalet innehåller såväl en förpliktelse att utföra ett uppdrag som att därvid lämna rekommendationer till uppdragstagaren.<sup>133</sup>

ansvar utan vållande för egendomsskador som produkten orsakat, om på grund av hans uttalanden det kan anses föreligga en underförstådd garanti för produktens oskadlighet (se NJA 1968 s. 285 – som dock egentligen rör en tjänst, inte ett köp – och NJA 1985 s. 641)” och Bengtsson, Om skadestånd vid konsumenttjänster, s. 267: ”det välkända dillodlingsfallet, NJA 1968 s. 285, där en rekommendation vid en kommersiell tjänst betraktats som en sorts tyst garanti.” Se också Herre, Svensk rättspraxis: Förmögenhetsrätt 1978–2004, s. 705: ”Ett ansvar kan också föreligga vid brott mot en garanti avseende avsaknaden av skadebringande egenskaper. Ett ansvar har emellertid också utvecklats för underförstådda garantier” Se vidare NJA 1985 s. 641 i jämförelse med NJA 1968 s. 285 och Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 320: ”Det är tvivelaktigt om fallet rörde sålt gods eller om det rörde en tjänst. Det är dock klart att föreningen blev ansvarig på grund av sina i samband med försäljningen lämnade sakkunniga råd.” Jfr RH 159:83, NJA 1985 s. 641 och NJA 1989 s. 389. Se också avseende NJA 1968 s. 285 i förhållande till NJA 2001 s. 309 Ramberg, Jan, *Mysteriet med den tysta utfästelsen*, JT 2001–02 s. 405.

<sup>132</sup> Se t.ex. Bengtsson, Bertil, *Dillodlarmålet NJA 1968 s. 285*, Rättsfall att minnas: till Jan Hellner den 28 oktober 1997, 1. uppl., Juristförlaget, Stockholm, 1997, s. 179 ff. och Bengtsson, Om strikt ansvar för skadebringande egenskaper, särskilt s. 49 ff.

<sup>133</sup> Kleineman har framhållit att expertens vårdslöshet förelåg på ett stadium som låg före kontraktets ingående men trots att ”oaktsamheten hänför sig till en tidpunkt före kontraktet, förs denna oaktsamhet vidare till avtalet som en form av vilseledande information. Det oaktsamma beteendets anknytning till avtalet är därför konkret och närliggande.”, Kleineman, Ren förmögenhetsskada, s. 512. Kleineman menar att det därför är onödigt att tolka fallet såsom inbegripande en garantifiktions. I stället blir rådgivaren ansvarig eftersom skadevällaren haft klart för sig vilket syfte rådet hade (the end and aim-rule) och vilka skador som kunde följa, den skadelidande har konsulterat en specialist och tilliten till råden har varit befogad. Det är dock möjligt att anse (mot bakgrund av t.ex. NJA 1992 s. 243) att ett rådgivningsavtal inbegripande rekommendationer till lantbrukaren förelåg

Ytterligare ett fall som har ansetts synliggöra ett specialistansvar är NJA 1981 s. 1091.<sup>134</sup> Fallet avsåg frågan om en jurist, som var anställd vid en juristbyrå specialiserad på fastighetsrätt, hade varit vårdslös vid utförandet av sitt uppdrag. Juristen hade i ett mål om ersättning enligt naturvårdslagen inte framställt ett yrkande om s.k. indexuppräknning av begärd ersättning för tiden efter stämningsansökningens delgivning. Rättsläget var vid denna tid oklart om en sådan möjlighet fanns. HD konstaterade inledningsvis att juristen faktiskt kände till underrättspraxis där ersättning endast hade medgivits fram till dagen för stämningens delgivning. HD menade dock att juristen borde ha ifrågasatt värdet av dessa underrättsdomar eftersom dessa domslut snarare stod i strid med naturvårdslagens förarbeten. HD konstaterade att det fanns praxis från andra underrätter med motsatt resultat men att ”någon skyldighet att skaffa sig fullständig kunskap om underrättspraxis kan emellertid [juristen] inte anses ha haft.” HD ansåg att, även om juristen tolkade rättsläget som att någon möjlighet att erhålla ytterligare ersättning inte var möjlig, det ändå måste ha stått klart för juristen att rättsläget var oklart och starka skäl talade därmed för att dennes analys av rättsläget var behäftad med osäkerhet. Juristen borde således ha ”såsom [klientens] ombud haft att överväga huruvida han, för att så långt möjligt tillvarataga [klientens] intressen, skulle trots sin personliga uppfattning om rättsläget framställa ett yrkande om indexuppräknning i enlighet med den nyss angivna, för [klienten] förmånligare ståndpunkten i rättsfrågan. Utgångspunkten för dessa överväganden har bort vara att [klienten] borde avstå från att framställa ett sådant yrkande endast om detta kunde inverka menligt på hans ställning i övrigt i rättegången, exempelvis i rättegångskostnadshänseende, eller om det av andra vägande skäl måste anses oförenligt med [klientens] intressen att ett yrkande av denna innebörd framställdes.” Juristen hade inte anfört några godtagbara skäl för att inte framställa ett mer omfattande yrkande och därför ansåg HD att juristen hade handlat så pass oaktsamt att denne blev skadeståndsskyldig gentemot klienten.

separat och att det därefter tecknades ett avtal avseende besprutning av lantbrukarens dilodling alternativt att ett avtal avseende såväl rådgivning som besprutning förelåg vid ett tidigare stadium, låt vara att rekommendationen lämnades i samband med att uppdragsavtalet slöts. Därigenom lämnas inte rekommendationen i en prekontraktuell situation utan utgör avtalsinnehåll.

<sup>134</sup> Se t.ex. Heuman, Advokatens rättsutredningar, s. 88 ff.

Fallet innebærer at om någon är særskilt sakkunnig och har kommunisert dette till sin oppdragsgiver kommer ansvarsbedømmingen at utgå frå en kvalifisert sakkunnig person og inte, som vid andra professionsansvarsbedømmingar, frå en gjennomsnittlig kompetent person inom det aktuelle yrkesområdet.<sup>135</sup> Utger sig rådgiveren for at vara spesialist inom ett område kommer denne at vid culpabedømmingen givetvis at bli bedømt som en sådan, oavsett om rådgiveren verkligen er en spesialist eller inte. At mot bakgrunn av dessa två fall hævda at *spesialistansvaret* er skærpt eller strängt er emellertid missledande. En professionsutøvere som marknadsført sig som spesialist gentemot en kunde ger naturligtvis kunden en befogad forventan om at oppdragstageren er særskilt kvalifisert. Eftersom rådgivaransvaret er ett kontraktuelt ansvar utgør således kvalitetsnormen avtalsinnhåll og det er utifrån den utgangspunkt som oppdragstageren kommer at bli bedømt, dvs. fackmæssighet.<sup>136</sup> Därvid er ansvarsbedømmingen føge hjålp av at søke nytteja en fiktiv person som jåmførelsenorm då virkligheten i dag har blitt alltmer spesialisert og komplisert.<sup>137</sup>

I dette avseende kan ansvarsbedømmingen vid ekspertansvar sågas ha store likheter med den *køpråttslige tillitsbedømmingen*, framfor allt enligt 18 § KjøpL.<sup>138</sup> Tilliten till en rådgiver kan jåmføres med tilliten till en försåljare i en butik, en person som sjållan anses vara en ekspert. Givetvis kan det åven i kjøpråttslige sammenhang føreligge omstændigheter i det enskildte fallet, som

<sup>135</sup> Se t.ex. Halling-Overgaard, Advokaters erstatningsansvar, s. 39: "Det forekommer efter min vurdering dog naturligt, at den advokat, der konkret tilbyder en specialiseret rådgivningsydelse, også må forvente, at domstolene kan inddrage dette forhold ved stillingtagen til, hvorvidt advokaten har handlet culpøst."

<sup>136</sup> Jfr Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, s. 190 f. som mener att NJA 1981 s. 1091 kan tolkas som at "ett sådant ansvar er betydligt strångere ån eljest". Se åven Heuman, Advokatens råttsutredninger, s. 89: "HD:s domskål innebår noga taget at spesialistansvaret grundades på at byråns verksamhet de facto var inriktad på spesialområdet i fråga. Dette skulle innebåre at det strånga ansvaret åvilat bolaget oberoende av om klientens val av rådgiver bygger på føruåttningen at han skulle få hjålp av en ekspert."

<sup>137</sup> Jfr Jørgensen, Stig & Nørgaard, Jørgen, *Erstatningsret*, 3. udg., Juristforb., København, 1976 s. 37. Jfr von Eyben & Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 64 ff. og Hagstrøm, Culpanormen, s. 9. Langsted mener at begreppet dock fortfarande har sin funktion om man i stållet for at fråga sig vilka kunskaper og fårdigheter en bonus pater-person har i stållet frågar sig vilka egenskaper en sådan skulle ha, se Langsted, Rådgivning I, s. 237 ff.

<sup>138</sup> Se t.ex. Bergo, Børs- og verdipapirrett, s. 242 ff.: "Opplysningsansvaret etter kjøpsl. er ikke bare et ansvar for feil informasjon, men medfører også en viss plikt til fullstendighet."

skulle kunna betraktas vara särskilt tillitsgrundande.<sup>139</sup> Sådana omständigheter torde dock höra till undantagsfallen. Om t.ex. en kund önskar att köpa färg för att måla om sitt badrum, erhåller kunden på en fråga till en butiksanställd säkerligen en rekommendation om vilken typ av färg som är lämplig. Eftersom badrummet är ett våtutrymme krävs det en särskild typ av färg. Om kunden inte upplyses om detta förhållande kommer resultatet inte att bli bra och arbetet måste därmed göras om, vilket leder till en skada för kunden. Beroende på vilken typ av butik som kunden handlar i kommer ansvarsbedömningen att variera. Är säljaren anställd i en målarbutik krävs det att säljaren ställer en kontrollfråga till kunden rörande detta förhållande. Är försäljaren i stället anställd i en diversebutik som bl.a. säljer färg, är det inte möjligt att upprätthålla samma höga krav avseende försäljarens kunskap och omsorg om kunden.<sup>140</sup> Det är möjligt att argumentera för att en säljare i en målarbutik är att jämställa med en specialist, något som säljaren i diversebutiken inte är.

### Professionsansvar – ett status- eller funktionsansvar?

*”Man er det, som man gør!”<sup>141</sup>*

I kapitlet *Regleringstrender* ovan redovisades att många professioner i dag är föremål för en branschglidning. Syftet med att beskriva förändringen som en branschglidning innebär att tjänster, som vanligtvis tidigare tillhandahölls av en viss yrkeskategori, numera tillhandahålls av en mängd olika aktörer från ”olika” yrkeskategorier.<sup>142</sup> Om t.ex. en advokat bistår en klient vid en fastig-

<sup>139</sup> Jfr 17 § 2 st. KöpL (särskilt p. 2) som består av såväl ett tillits- som ett insiktsrekvisit: ”vara ägnad för det särskilda ändamål för vilket varan var avsedd att användas, om säljaren vid köpet måste ha insett detta särskilda ändamål och köparen har haft rimlig anledning att förlita sig på säljarens sakkunskap och bedömning”.

<sup>140</sup> Jfr ARN:s avgörande 1988-01-29 i ärende nr 87/R1364, där en färgsäljare inte hade någon sådan undersökningsplikt eftersom denne inte ”kände till eller borde ha känt till att färgen skulle användas för målning av murstock med inbyggt rökrör”. Det framgår dock inte av referatet i vilken typ av butik som försäljaren arbetade i.

<sup>141</sup> Se Jørgensen, Et funktionsbestemt professionsansvar, s. 13.

<sup>142</sup> T.ex. är det vanligt att en fastighetsmäklaren lämnar råd både vad gäller ekonomiska och juridiska aspekter av en fastighetsöverlåtelse. Vidare kanske t.o.m. mäklaren lämnar råd om möjligheterna att flytta en vägg eller andra frågor av arkitektonisk och byggnadsteknisk karaktär, se Jørgensen, Et funktionsbestemt professionsansvar, s. 5. Exempel på denna tendens finner man t.ex. i den nya danska revisorslagen där den tidigare begränsningen av revisors möjlighet att syssla med andra uppgifter än sådana som är kopplade till revision har upphävts. se 2–3 kap. Lov nr. 468 af 17. juni 2008 om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder (revisorloven).

hetsförsäljning är det inte självklart att advokaten enbart ska bedömas enligt god advokatsed utan möjligen blir även förpliktelser enligt god fastighetsmäklarsed tillämpliga på uppdraget.<sup>143</sup> Eventuellt är professionsutövarens titel kanske inte avgörande för ansvarsbedömningen (*statusansvar*) utan i stället är det innebörden av den levererade prestationen (*funktionsansvar*) som avgör vilka förpliktelser som följer av uppdraget. Branschglidningen blir därmed ett faktum som direkt är relevant att beakta vid ansvarsbedömningen eftersom det påverkar dels vilka direkta förpliktelser som följer av uppdragets karaktär, dels vilken professionspraxis som blir tillämplig.<sup>144</sup> Det framgår inte av respektive avgörande om HD avsett att signalera t.ex. att praxis rörande skatterådgivning av revisorer endast är tillämplig på revisorers rådgivning eller om prejudikatet också ska anses ha samma tillämpning även på skatterådgivning tillhandahållen av advokater.<sup>145</sup>

Under de senaste decennierna har det blivit alltmer vanligt att olika typer av rådgivare representerar samma juridiska person, t.ex. tillhandahåller revisionsbolagen förutom revisionstjänster även bl.a. kvalificerad juridisk rådgivning. Det är även vanligt att en yrkesgrupp, som en sidotjänst till sin huvudsakliga verksamhet, tillhandahåller *yrkesgruppsfrämmande tjänster* – t.ex. att en försäkringsmäklare, förutom att tillhandahålla sedvanlig kvalificerad rådgivning vad gäller uppdragsgivarens behov av försäkringsskydd, bistår klienten vid investeringstransaktioner i värdepapper.<sup>146</sup> Utvecklingen är särskilt tydlig på kredit- och finansmarknaden där det numera är vanligt att en

<sup>143</sup> Se t.ex. Vinding Kruse, *Advokatansvaret*, s. 67: ”Baggrunden for advokatens forretningsmæssige rådgivning er, at han i kraft af selve advokatgerningen normalt vil erhverve sig betydelig kyndighed og indsigt på en række forretningsmæssige områder, som det kun er naturligt, at hans klienter ønsker at udnytte. Ikke desto mindre må det fastholdes, at man, når det rejses spørgsmål om ansvar for denne del af rådgivningen, ikke kan anvende målestokken for professionsansvaret. Advokatstanden prætenderer ikke at give sig professionelt af med forretningsmæssig rådgivning, men yder denne nærmest – for at anvende et populært udtryk – som en slags ’service’ i tilgift til den juridiske. Advokaten konsulteres således ikke her som egentlig sagkyndig, og ansvarsspørgsmålet bør derfor bedømmes tilsvarende ’mildere’. Dertil kommer, at det ved rent forretningsmæssige råd – såsom betimeligheden af køb eller salg af værdipapirer etc. – ofte drejer sig om et skøn, som en langt mere usikkert, end hvor sagen drejer sig om juridiske råd.” Se videre Halling-Overgaard, *Advokaters erstatningsansvar*, s. 97 ff.

<sup>144</sup> Se t.ex. Hydén, Håkan & Svensson, Lars Gunnar, *Revisor och rätten*, Revisorer och näringsrätt: uppsatser i handelsrätt (vänbok tillägnad Axel Adlercreutz) (Hydén, Håkan & Svensson, Lars Gunnar red.), Studentlitt., Lund, 1982, s. 23 ff.

<sup>145</sup> Se t.ex. NJA 1992 s. 58, NJA 1992 s. 502 och Kleineman, *Etiskt och rättsligt ansvar för skatterådgivning*.

<sup>146</sup> Se 5 § FML.

mängd olika tjänster tillhandahålls, ibland t.o.m. från samma rådgivare.<sup>147</sup> Det blir således allt svårare att tala om enskilda professioners ansvar genom att dessa tillhandahåller ett flertal *professionsfrämmande* tjänster – professionsgränserna blir alltmer suddiga. I vilken mån *status* alternativt *funktion* innebär utgångspunkten för ansvarsbedömningen är därmed oklart.

I doktrinen har denna fråga diskuterats. Enligt von Eyben & Isager har icke-professionella som ger sig in på ett professionellt område att acceptera att också bli bedömda enligt den måttstock som gäller för den aktuella professionen.<sup>148</sup> Det avgörande är således i vilken roll som uppdragstagaren framträder, inte vilken faktisk kunskap denne har och därmed vilka förutsättningar som föreligger för att kunna leverera ett bra resultat.<sup>149</sup> Det avgörande är således de yttre iakttagbara omständigheterna som föreligger för rådgivarens motpart, dvs. de tillitsgrundande faktorerna.

Jørgensen instämmer och anser, efter en analys av det danska professionsansvaret, att det är ”funktionen, som må være det afgørende for forbrugerens (kundens) forventninger til rådgivningen ... Det nytter ikke, at institutionen f.eks. vil frigøre sig fra en juridisk professionsstandard ved at lade en ikke-juridisk bankansat udføre juridisk arbejde ... Man er det, som man gør!”<sup>150</sup>

<sup>147</sup> Se Jørgensen, Et funktionsbestemt professionsansvar, 4.

<sup>148</sup> Se von Eyben & Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 91 f. och U 1991.903 H och FED 1997.820 V. Se även Halling-Overgaard, Advokaters erstatningsansvar, s. 225: ”Omvendt, ved stillingtagen til, hvorvidt en advokat har handlet erstatningspådragende i forbindelse med skatterådgivning, vil den retspraksis, der foreligger vedrørende andre rådgivere – typisk revisorer – være af stor betydning, medmindre den vedrører fejl af regnskabsmæssige og/eller beregningsmæssige karakter. Den ansvarsnorm, der kan udledes af den foreliggende erstatningsretlige domspraksis vedrørende skatterådgivning i forbindelse med overdragelse af fast ejendom, overdragelse af ejerandele, gennemførelse af aktieombytning, virksomhedsomdanning eller omstrukturering i øvrigt samt endvidere vedrørende skatteproces, må således antages umiddelbart at være anvendelig i forhold til advokater, uanset om de pågældende domme omhandler skatteretlig rådgivning ydet af advokater, revisorer eller andre.”

<sup>149</sup> Se von Eyben & Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 91 och U 2002.1868 V, FED 1994.1612 Ø och FED 1994.1665 Ø.

<sup>150</sup> Se Jørgensen, Et funktionsbestemt professionsansvar, s. 13. Jfr Bryde Andersen, Advokatterten, s. 780 avseende advokaters icke-juridiska rådgivning: ”Da advokaten i kraft af sin rolle i opdraget fremstår med en særlig autoritet, må det tilrådes, at han gør klienten udtrykkeligt opmærksom på den begrænsning, der ligger i, at han nu tager den juridiske kaske af. ... Som regel vil det dog også uden en sådan disclaimer stå klart for klienten, når advokaten rådgiver på et ikke-juridisk grundlag, som ikke kan vurderes efter den professionelle målestok, advokaten ellers er underlagt.” Se även Samuelsson & Søgaard, Rådgiveransvaret, s. 87.



Kleineman synes vara av samma uppfattning och menar att det är uppdragets karaktär och de därmed tillhörande branschreglerna som bör ligga till grund för ansvarsbedömningen.<sup>151</sup> Stor vikt bör således fästas vid den egenskap vari sysslomannen ingått avtalet.<sup>152</sup> Samtidigt framhåller Kleineman att det är oklart om det ur HD:s professionsspecifika praxis är möjligt att utläsa några generella rådgivningsförpliktelser.<sup>153</sup>

Också Lehrberg framhåller betydelsen av vem det är som lämnar ett råd men påpekar samtidigt att kvalificerade, yrkesmässiga rådgivare som advokater och revisorer har ett långtgående ansvar för de råd som de lämnar. Det förefaller som att man i doktrinen är tämligen överens om att professionsansvaret i huvudsak är ett *funktionsansvar*.<sup>154</sup>

Langsted har i sammanhanget invänt mot att begreppet professionsansvar används, genom att begreppet riskerar att leda till felaktiga associationer. Han menar att man i stället, mot bakgrund av branschglidningen inom

<sup>151</sup> Jfr Kleineman, Tekniska konsulter skadeståndsansvar för vilsledande information, s. 703: "Enligt min uppfattning borde förekomsten av dylika branschnormer [god sed] vara vägledande för professionella yrkesutövare i samma bransch oavsett om dessa formellt – genom medlemskap i en viss organisation – har att iakttaga dessa eller om så ej är fallet". Jfr Kleineman, Ren förmögenhetsskada, s. 513: "I centrum för den skadeståndsrättsliga analysen kommer därvid normalt culpabedömningen, vilken ofta framstår som komplicerad vid immateriella tjänster. Det gäller framförallt att hitta den måttstock som kan vägleda vid bedömningen. Man får inte sällan därvid försöka att individualisera bedömningen och man kan därför ofta inte gå utanför den berörda yrkesgruppen. I vissa fall får man t o m söka efter ännu mer individualiserade måttstockar vid bedömningen av omfattningen av t ex ett särskilt expertansvar." Se också von Eyben & Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 91 f.

<sup>152</sup> Se t.ex. NJA 1957 s. 621 och RH 21:82. Se vidare Bengtsson, Särskilda avtalstyper 1, s. 158 och Heuman, Advokatens rättsutredningar, s. 22 f. Se även Langsted m.fl., Revisorsansvar, s. 255: "Inden for den generelle kompetence må den professionelle norm anvendes, selv om den pågældende revisors arbejde ikke holder mål med fagets standard. Klienterne kan med rette vente professionelt arbejde. Revisor giver dog undertiden råd eller udfører arbejde i videre omfang. Hvis revisor (klart) tilkendegiver, at han ikke virker som egentlig sagkyndig, må ansvaret også bedømmes efter en mildere målestok. Påtager han sig imidlertid arbejdsopgaver, som forudsætter faglig ekspertise uden at tage faglige forbehold, må ansvaret også bedømmes efter en professionel norm." Se vidare Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 6 f. och Langsted, Rådgivning I, s. 245. Se även Samuelsen & Søgaard, Rådgiveransvaret, s. 158 f. och Jackson & Powell, Jackson & Powell on Professional Liability, s. 10 ff.

<sup>153</sup> Se t.ex. Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, s. 196 där denne uttrycker tveksamhet över FfL:s och FmL:s analogimöjlighet i förhållande till andra rådgivartyper genom att lagarna är tämligen specifika och att lagarnas förpliktelser därmed inte utgör "generella rådgivarförpliktelser".

<sup>154</sup> Se Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, s. 291.

många professioner, bör använda begreppet *maskansvar*.<sup>155</sup> Tanken är att den aktör som går in på en annan marknad är skyldig att agera efter de normer som gäller på den marknaden och får således ta ett ansvar för den identitet som han framträder med på marknaden, dvs. vilken mask som rådgivaren väljer att ta på sig (t.ex. att en advokat agerar som finansiell rådgivare). Möjligt blir diskussionen kring professionsansvaret tydligare om man nyttjar Langsteds maskansvar för de situationer då uppdragstagarens funktion blir avgörande för bedömningen (i stället för vilken profession som denne tillhör).<sup>156</sup> Samtidigt kommer alltid bedömningen, även om den utgår från vilken typ av tjänst som tillhandahållits, att påverkas av vilken profession som uppdragstagaren har.

### *Shingle theory*

Ett område där funktionsansvaret är dominerande sedan lång tid är den amerikanska värdepapperslagstiftningen. Enligt bestämmelser i the *Exchange Act* från 1934 får en mäklare inte över huvud taget medverka vid en transaktion om mäklaren inte är medlem i en registrerad National Securities Association alternativt är kopplad till en nationell börs eller handelsplats.<sup>157</sup> Såväl börser och s.k. *Self-Regulatory Organizations*, utfärdar bindande regler för sina medlemmar avseende bl.a. relationen i förhållande till sina kunder. En mäklare får t.ex. endast rekommendera sina kunder att investera i instrument som är lämpliga utifrån kundens individuella förhållanden.<sup>158</sup> I amerikansk doktrin har mot bakgrund av denna reglering en särskilt teori utvecklats avseende uppdragstagares ansvar (fiduciary duties), den s.k. *shingle-theory*. Teorin innebär att enbart det faktum att någon identifierar eller marknadsför sig som *broker-dealer* leder automatiskt till att kunden kan förvänta sig att mäklaren kommer att handla hederligt i enlighet med det föreliggande regelver-

<sup>155</sup> Begreppet är inspirerat av Erik Werlauffs doktorsavhandling, se Werlauff, Erik, *Selskabsmasken: loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten*, Gad, København, 1991.

<sup>156</sup> Se t.ex. den tidigare gällande VEJ nr 9685 af 20/12/2004 Vejledning til bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder där reglerna avseende rådgivning enligt Bekendtgørelse nr. 1046 af 27. oktober 2004 om god skik for finansielle virksomheder innebar ett ”udtryk for at rådgivningen skal opfylde den professionelle standard, som gælder på det pågældende rådgivningsområde”. Kraven skulle motsvara de krav som normalt ställs på denna typ av rådgivning, se vidare Betænkning om rådgiveransvar, nr. 1362, 1998, s. 24 och Lyng Andersen & Møgelvang-Hansen, *Finansiell rådgivning*, s. 33.

<sup>157</sup> Se 1934 act § 15(b)(1)(B).

<sup>158</sup> Se Gedicks, *Suitability Claims for Unrecommended Securities Purchases*, s. 557 f.

ket.<sup>159</sup> Teorin har utvecklats inom självregleringen på marknaden och därefter kommit att fastställas av domstolarna.

Oftast är förhållandet mellan mäklaren och uppdragsgivaren av sådan karaktär att mäklaren intar ställningen som en agent och därvid har att iaktta fiduciary duties. I många situationer är det dock så att mäklaren i stället agerar som en principal vilket leder till att dessa förpliktelser inte är tillämpliga på partsförhållandet. För kunden är dock mäklaren fortsatt den som har mest kunskap och kunden förlitar sig därför på mäklarens rekommendationer. Mäklarens omsorgsplikt om kunden framgår därför av det värdepappersrättsliga regelverket och förpliktelserna behöver således inte förankras mot bakgrund av huruvida mäklaren är att anses som en fiduciary eller inte.<sup>160</sup>

Gedicks har därför konstaterat att det mot bakgrund av teorin inte längre är nödvändigt att konstatera om avtalet mellan en mäklare och dess uppdragsgivare är ett avtal inbegripande fiduciary-förpliktelser eftersom det närrättsliga regelverket i sig är tillitsskapande.<sup>161</sup> Genom att regelverket

<sup>159</sup> Se Loss, Louis, *The SEC and the Broker-Dealer*, *Vanderbilt Law Review*, vol. 1, 1948, s. 516–530, s. 517 och Reinsch et al., *Trust Your Broker?*, s. 181: "The essence of the shingle theory is a prohibition against a broker overreaching or taking unfair advantage through superior knowledge." Se även Root, *Suitability – The Sophisticated Investor – And Modern Portfolio Management*, s. 336: "Accordingly, courts have variously identified the fiduciary duty of broker-dealers as arising out of the factual nature of the relationship (Cheng), out of the strength of the agency created (Twomey and Duffy), or out of the implication that arises from the broker's hanging out a 'shingle' (Hughes)." Se vidare Halling-Overgaard, *Advokaters erstatningsansvar*, s. 41: "I tilknytning hertil forekommer det endvidere korrekt at antage, at en særlig 'branding' af bestemte advokatydelse/advokatfirmær – eksempelvis Danske Boligadvokater, Danske Inkassoadvokater eller Danske Familieretsadvokater – kan give forventninger om en særlig høj kvalitet af advokatydelse."

<sup>160</sup> Se Karmel, *Is the Shingle Theory Dead?*, s. 1275 och s. 1277 ff.: "At bottom, the shingle theory rests on the premise that a broker-dealer has fiduciary obligations to its customers. When a broker acts as an agent, such an obligation is generally consonant with an agent's common-law duties. However, the shingle theory arose in cases in which a securities firm was acting as a dealer or a principal, and not as an agent, selling stock to customers from inventory at unfair prices. ... Because securities firms operates in this dual capacity, their legal relationship with customers is confused if the courts insist on forcing the relationship between broker-dealers and customers to fit into the common-law categories of agent-fiduciary, or arm-length bargainer.", Karmel, *Is the Shingle Theory Dead?*, s. 1296.

<sup>161</sup> Se Gedicks, *Suitability Claims for Unrecommended Securities Purchases*, s. 560. Se även Gorton, *Vem kan man lita på – och när?*, s. 124 ff. Jfr McMeel & Virgo, *Financial Advice and Financial Products*, s. II–39 ff.: "courts may take a different approach depending upon the level of generality of the rules in question. Detailed rules concerning the suitability of investments have been held to be incorporated by reference in the governing contractual regime. In contrast, the more abstract principles have been held not to be implied into a financial services contract."

innehåller krav på lämpliga rekommendationer och att rådgivarna ska agera i enlighet med god sed erhåller därvid investerarna befogad tillit till de rekommendationer som de erhåller.<sup>162</sup> Funktionsansvaret har därigenom kommit att helt och hållet ersätta statusansvaret vid finansrådgivning.

Oavsett vilken etikett som man väljer att använda sig av löser det inte problemet med vilka krav som ska ställas på de enskilda professionerna vid varje tillfälle, dvs. om det är *aktörens yrkesmässiga krav* som ska utgöra bedömningsgrunden, t.ex. god advokatsed, eller om tjänsten i stället ska bedömas enligt *reglerna för den typ av verksamhet* som aktören tillhandahållit, t.ex. god rådgivningssed.<sup>163</sup> I den föregående analysen av praxis rörande ansvarsbedömningen vid professionsansvar framkom det tydligt att bedömningen i princip är objektiviserad, dvs. den subjektiva sidan av ansvarsbedömningen avseende skadevällarens individuella förutsättningar har liten betydelse. Har en person utgivit sig för att ha viss kunskap, kommer den utförda tjänsten att bedömas enligt den kunskapsnivån. Att skadevällaren inte haft reell möjlighet att undvika att skadan uppkom – genom att denne saknade tillräcklig kompetens – föranleder inte någon ansvars lindring. I detta avseende skulle det vara möjligt att hävda att professionsansvaret är ett *statusansvar*.<sup>164</sup>

Ett tecken på att professionsansvaret i allt högre grad i stället kommit att bli ett funktionsansvar är de av Ulfbeck identifierade s.k. *tvärgående ansvars-*

<sup>162</sup> Se Gedicks, Suitability Claims for Unrecommended Securities Purchases, s. 561.

<sup>163</sup> Se Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 6 f. Se t.ex. NJA 1995 C 26 där en advokat ansågs ha brutit mot god advokatsed genom att inte ha övervakat att en jurist, som advokaten anlitat som ombud, hade iakttagit god advokatsed vid utförande av uppdraget.

<sup>164</sup> Se Rt. 1994 s. 1430, Hagström, Obligasjonsrett, s. 457 och Gomard, Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktsforhold, s. 368. Jfr Svea hovrätts dom 2004-09-21, mål nr T 3102-04 där frågan var om en revisors uppdrag att företräda sin klient i en juridisk tvist var att bedöma enligt god advokatsed. HovR:n fastställde TR:ns dom som gjorde följande bedömning: ”Enbart det förhållandet att ett anlitat ombud förlorat ett mål innebär naturligtvis inte att det finns skäl att anse att ombudet brutit i omsorg och att det av den anledningen finns skäl att sätta ned arvodet. Vid bedömningen av vilka krav man kan ställa på det arbete som [uppdragstagaren], genom [den ekonomiske rådgivaren], utfört, anser tingsrätten att man inte kan ställa samma krav på honom som på en advokat.” I och med att [uppdragstagaren] åtagit sig att föra processer för [uppdragsgivarens] räkning har dock [uppdragsgivaren] haft rätt att kräva att det anlitate ombudet inte skulle förbise exempelvis lagregler och lättfunna rättsfall. ... Huruvida en korrekt utförd talan hade kunnat leda till framgång i något eller båda målen är i efterhand omöjligt att säga, men det kan i vart fall inte uteslutas att ett skickligare ombud hade kunnat vinna framgång i båda målen. Vid en samlad bedömning menar tingsrätten att [uppdragstagaren], genom [den ekonomiske rådgivaren], agerat oaktsamt och oskickligt vid utförandet av sitt uppdrag.”

*normer* som blivit allt vanligare. Med begreppet avses att det i lagstiftningen och praxis, mot bakgrund av professionernas utveckling, kommit att utkristalliseras särskilda ansvarsområden, t.ex. skatterådgivning, bolånerådgivning, finansiell rådgivning etc.<sup>165</sup> Regleringen blir därmed situationsanpassad i stället för att utgå från professionsutövarens yrke.<sup>166</sup> Tillhandahåller professionsutövaren en viss typ av tjänst, t.ex. finansiell rådgivning, lyder denne under ett särskilt regelverk oavsett vilken profession som rådgivaren tillhör. Ulfbeck påpekar samtidigt att skadevällarens status, det vill säga vilken profession denne tillhör, dock har fortsatt betydelse för ansvarsbedömningen eftersom domstolarna trots allt kommer att beakta vilken profession som skadevällaren tillhör.<sup>167</sup> Rådgivningen har kommit att bli alltmer central och självständig uppgift för professionsutövarna. Dessutom har behovet att anpassa rådgivningen efter kundens behov orsakat en så kallad branschglidning, det vill säga att den rådgivning som tillhandahålls sällan är begränsad till ett särskilt fackområde. T.ex. kan en försäkringsförmedlare lämna råd om försäkringar samtidigt som rekommendationer om lämpliga investeringsformer tillhandahålls kunden.

<sup>165</sup> Se Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 6 f. Se även Lycke, Banks ansvar vid placeringsrådgivning, s. 520: ”För både revisorer och jurister har metodansvarets omfattning således bestämts i enlighet med föreliggande uttryckliga bestämmelser avseende den metod som borde ha använts. När det gäller skatterådgivare har HD dock inte gjort några analogier med juristers ansvar för att göra en erforderlig undersökning av gällande rätt. I rättsfallen avseende skatterådgivares ansvar diskuteras inte uttryckligen dessas ansvar för undersökningar av gällande rätt.”

<sup>166</sup> Se Halling-Overgaard, Advokatens erstatningsansvar, s. 36: ”Opsummerede kan det vedrørende spørgsmålet om karakteren af advokatens ansvar således anføres, at der som udgangspunkt er tale om et professionsansvar i form af en norm, der er knyttet til advokatbegrebet, men i visse tilfælde – eksempelvis ved ikke-forretningsmæssigt begrundede dispositioner, eller hvor advokaten handler uden for advokatområdet – også en bredere rådgiver-ansvarsnorm.”

<sup>167</sup> Se Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder, s. 5: ”At ansvarsnormen er professionsbestemt, kan også formuleres på den måde, at skadevolderens status bliver afgørende ved ansvarsvurderingen.” Se även Lycke, Banks ansvar vid placeringsrådgivning, s. 520 f. angående kraven på en revisor (NJA 1992 s. 502) jämfört med en jurist (NJA 1981 s. 1091) avseende undersökningar av gällande rätt. ”Med risk för att måhända dra alltför långtgående slutsatser torde förklaringen till detta vara att metoden – erforderliga undersökningar av gällande rätt – återfanns i regelverket för juristen men inte för skatterådgivaren, en revisor. Möjligen skulle utgången för skatterådgivaren blivit en annan om han hade varit jurist.” Ett annat exempel är den danska fastighetsköplagen (Lov nr. 453 af 30. juni 1993 med senare ändringar om omsättning af fast ejendom) där den som förmedlar fast egendom eller ger rådgivning angående försäljning av fast egendom omfattas av lagens regler oavsett om det sker av en advokat, registrerad fastighetsmäklare eller bank, se 1 kap. 1 §.

I Sverige har en funktionsspecifik lagstiftning införts genom t.ex. lagen (2003:862) om finansiell rådgivning. Lagen är tillämplig enligt 1 § på finansiell rådgivning som en näringsidkare lämnar till en konsument, således oavsett om näringsidkaren är en bank, försäkringsmäklare, advokat eller dylikt. Bedömningen kompliceras dock av att ovanstående lag är tämligen generell och att de flesta immateriella professionsutövare i dag faller under olika former av specialreglering. Därigenom kan t.ex. lagen vara tillämplig på en advokat som lämnar finansiella råd. Advokaten har att iaktta god rådgivningssed men av lagens motiv framkommer inte i vilken mån bedömningen även har att beakta advokatens skyldighet att iaktta god advokatsed.<sup>168</sup>

Det är tydligt att bedömningen försvåras ytterligare av att det inte är självklart att alla regler avseende en profession blir tillämpliga endast av det faktum att en rådgivare har agerat inom ett annat område än dennes profession.<sup>169</sup> I såväl kapitlet avseende rådgivningsavtalet som förpliktelsekapitlet är det tydligt att rådmottagarens tillit är av stor vikt för bedömningen av vilka förpliktelser som rådgivaren har att iaktta, t.ex. om rådgivaren har utgivit sig för att vara särskilt sakkunnig på ett område. I detta avseende torde professionsansvaret inte vara möjligt att dela upp i ett status- eller ett funktionsansvar. Avgörande blir i stället vilken typ av rådgivning och vilken kvalitet som uppdragsgivaren hade fog för att förvänta sig (jfr 32 § 1 st. AvtL). Samtidigt påverkar givetvis rådgivarens profession uppdragsgivarens tillit till erhållna rekommendationer (jfr 10 § 2 st. AvtL).<sup>170</sup> Någon annan slutsats är inte möjlig att dra av de tämligen fåtaliga rättsfall som behandlar denna fråga.

<sup>168</sup> Se t.ex. avseende en advokats möjlighet att agera som fastighetsmäklare Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, s. 199: ”Den naturliga frågan blir då när advokaten skall upphöra agera enligt samfundets regler och i stället agera enligt fastighetsmäklarlagens. Om advokaten stadigvarande förmedlar fastigheter kanske han skall iakttaga lagens regler, men om han endast gör det i mindre omfattning bör han kanske i stället agera som ombud. Det kan väl inte vara så att det föreligger en direkt motsättning mellan hans ställning enligt lag respektive vad som gäller enligt samfundets bestämmelser?”

<sup>169</sup> Se t.ex. Langsted, Rådgivning I, s. 247. Se även FED 1994.1093 Ø där en fackförening inte ansågs ha en skyldighet att tillhandahålla skatterådgivning även om föreningen tillhandahöll rådgivning avseende lön-, arbets- och pensionsförhållanden. Se även DeMott, Deborah A, *Beyond Metaphor. An Analysis of Fiduciary Obligation*, Duke Law Journal, vol. 1988, 1988, s. 879–924, s. 923 f. där författaren framhåller vikten av att bedöma varje situation individuellt i stället för att omedelbart bedöma om uppdraget inbegripit fiduciary duties.

<sup>170</sup> Se t.ex. Jørgensen, Et funktionsbestemt professionsansvar, s. 5.

## Avslutande kommentarer

Ansvarsbedömningen av vissa professioner har hävdats vara, i förhållande till den sedvanliga culpabedömningen särskilt *sträng*.<sup>171</sup> Vid analys av praxis synes detta argument inte vara rättvisande. Många av de fall som oftast anses utgöra grunden för ett skärpt ansvar innefattar krav på att en uppdragstagare måste vara tydlig i förhållande till sin uppdragsgivare vid redovisningen av uppdraget.<sup>172</sup> En förpliktelse som förelegat i lagstiftning i minst 100 år.<sup>173</sup> Kravet på tydlighet (en form av pedagogisk plikt) har skapats mot bakgrund av det informationsövertag som ofta en uppdragstagare har i förhållande till sin uppdragsgivare. Informationsplikten innefattar inte ett ansvar för att den tilltänkta transaktionen ska vara fri från risk eller att risken med transaktionen ska ligga på uppdragstagaren. Professionsansvaret har inte utvecklats till att vara ett kontrollansvar, vilket förvisso är tämligen naturligt eftersom ett kontrollansvar är svårörenligt med omsorgsplikter.<sup>174</sup> I stället innefattar informationsplikten en förpliktelse för uppdragstagaren att säkerställa att uppdragsgivaren är *införstådd* med de risker som *uppdragstagarens rekommendationer inbegriper*.<sup>175</sup> Informationsförpliktelserna är en central komponent i om-

<sup>171</sup> Se t.ex. Aspholm, Rättsekonomisk analys av revisors skadeståndsansvar i Norden. Författaren anför bl.a. angående skadeståndsansvaret för revisorer att: "Revisorer skall *åläggas skadeståndsansvar* endast vid *uppenbar försummelse*. Ett skadeståndsansvar vid uppenbar försummelse motiveras med att revisorerna ex ante bör vara medvetna om att deras handlande strider mot god revisorssed. Genom sitt handlande underlåter revisorerna att förebygga uppenbar förutsebar skada och åsidosätter sitt professionsansvar på ett medvetet sätt", s. 224.

<sup>172</sup> En förpliktelse som i många avseenden är att likna vid säljarens upplysningsplikt enligt t.ex. 18 och 19 §§ KöpL. Se vidare Hultmark, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, s. 20 ff. och s. 32 ff. och Ramberg & Herre, Allmän köprätt, s. 101 ff.

<sup>173</sup> Se t.ex. KommL.

<sup>174</sup> Jfr i mål MD 2006:4 där KO ansåg att kontrollansvaret hade kommit att bli så pass etablerad att det skulle anses utgöra en tvingande allmän rättsprincip. Marknadsdomstolen ansåg dock inte att det fanns tillräckligt underlag för att kontrollansvaret skulle anses vara en allmän rättsprincip i konsumentförhållanden och att en sådan ansvarsgrund i så fall bör införas genom lagstiftning. Se även Rutberg, Anmälan av Swahn & Wendleby, Lagen om finansiell rådgivning till konsument, s. 948.

<sup>175</sup> Se t.ex. Hayek avseende regler som syftar till att utjämna risk och osäkra framtidsvariabler mellan kontraktsparter: "The rules of just conduct just merely serve to protect conflict and to facilitate co-operation by eliminating some sources of uncertainty. But since they aim at enabling each individual to act according to his own plans and decisions, they cannot wholly eliminate uncertainty. They can create certainty only to the extent that they protect means against the interference by others, and thus enable the individual to treat those means as being at his disposal. But they cannot assure him success in the use of these

sorgsplikten som är förenad med sysslomannauppdraget i vidsträckt bemärkelse.

Att ansvaret hävdas vara ett skärpt ansvar kan förklaras mot bakgrund av att ett flertal olika ansvarsgrunder har utvecklats i praxis och lagstiftning under de senaste årtiondena. Detta innebär att ansvaret upplevs som skärpt eller strängt.<sup>176</sup> I stället avspeglar praxis endast i detta hänseende de krav som följer av *samhällsutvecklingen*. Professionsansvaret är inte att förväxla med t.ex. utvecklingen av produkt- eller principalansvaret – en ansvarsutveckling som i sak innebär att ansvarsnormen har blivit mer omfattande.<sup>177</sup> Professionsansvaret bör således inte beskrivas som ett skärpt ansvar eftersom risken är att begreppet då kan komma att bli utgångspunkten för ansvarsbedömningen. I stället för att bedöma vilka förpliktelser som uppdragstagaren skulle ha iakttagit är risken i stället att det konstateras att uppdragstagaren har ett professionsansvar och att det därav föreligger vissa förpliktelser för uppdragstagaren att beakta.<sup>178</sup>

I vissa fall har emellertid domstolarna ställt krav som varit mer omfattande än vad som vid tiden för den skadegörande handlingen framgick av t.ex. branschpraxis. I detta avseende skulle praxis kunna anses skapa ett skärpt ansvar, framför allt om varje fall analyseras var för sig.<sup>179</sup> Det är viktigt att framhålla att domstolarna alltid har en möjlighet att *utvärdera* om

means, neither in so far as it depends only on material facts, nor in so far as it depends on the actions of others which he expects. They can, for instance, not assure him that he will be able at the expected price to sell what he has to offer or to buy what he wants.”, Hayek, Friedrich August von, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy – Volume 2, The Mirage of Social Justice*, Routledge, London, 1976, s. 38.

<sup>176</sup> Se t.ex. Hveem, *Finansiell rådgivning og god skikk*, s. 152: ”Etter min vurdering har verdipapirhandelloven befestet, presisert og skjerpet et allerede strengt profesjonsansvar innenfor lovens anvendelsesområde”.

<sup>177</sup> Se Jørgensen, *Et funktionsbestemt professionsansvar*, s. 1 f.

<sup>178</sup> Se Langsted, *Rådgivning I*, s. 242: ”dette begreb ikke har noget reelt indhold, og at der i bedste fald sammenfatter, at der i en gruppe tilfælde, der implicerer professionelle erhvervsudøvere, gælder visse fælles målestokke, men i værste fald er vildledende, fordi det dels kan antyde, at der gælder visse særlige ansvarsregler og/eller ansvarsniveauer, og dels og måske især fordi det kan friste til en unødvendig fortolkning af hvilke professioner, der måtte kunne falde ind under begrebet, og hvilke der ikke gør det. Dette er særligt farligt, hvis man på den baggrund fristes til at deducere fra begreb til ansvarsnorm i stedet for omvendt.”

<sup>179</sup> Se t.ex. NJA 1996 s. 65 och NJA 1994 s. 532.



branschpraxisen är av en *acceptabel standard*.<sup>180</sup> Ett underkännande av branschpraxis är därför inte detsamma som att ansvaret skärpts. I stället har branschpraxis innefattat alltför låga krav i förhållande till den ansvarsnorm som blir tillämplig.<sup>181</sup> Om inte rådgivaren preciserar sina förpliktelser i avtalet, riskerar denne att domstolen vid en efterföljande prövning tolkar in förpliktelser enligt den sysslomannarättsliga lagstiftningen och praxis. Även om avtalet är specificerat till sin karaktär angående vilka förpliktelser som åvilar parterna är inte detta en garanti mot att domstolen ändå kommer att kunna tolka in ytterligare förpliktelser.

Betraktas i stället rådgivaransvarspraxis mot bakgrund av t.ex. konsumenttjänstlagens regler om krav på *fackmässigt* utförande och den sysslomannarättsliga omsorgsplikten, utgör HD:s praxis inte något skärpt eller långtgående krav på rådgivningen. Att en näringsidkare vid utförande av en immateriell tjänst, har att beakta sin uppdragsgivares intressen är en grundläggande förpliktelse – ett krav som även föreligger enligt den *kontraktuella lojalitetsplikten*.<sup>182</sup> Att kräva att uppdragstagaren vid utförandet av sitt uppdrag har att självständigt analysera (och inte endast förlita sig på branschpraxis) omfattningen av sina sysslomannarättsliga förpliktelser är varken ett strängt eller orättfärdigt krav. Något strängt ansvar föreligger således inte vid professionsansvaret. Möjligen signalerar begreppet att det är sysslomannens förpliktelser som uppdragstagaren, förutom branschpraxis och lagstiftning,

<sup>180</sup> Se Cranston, *Legal Ethics and Professional Responsibility*, s. 1. "[F]ocusing simply on the profession's ethical rules can lead to moral blindness: legal ethics and professional responsibility are more than a set of rules, they are also a commitment to honesty, integrity and service in the practice of law". Se vidare avseende självregleringens rättsliga status, Cranston, *Legal Ethics and Professional Responsibility*, s. 4: "The codes are not law and are not applied as if they were. In their application the professional bodies adopt a creative role in interpretation ... The justification for this liberal, purposive approach is that lawyers should know that certain conduct is wrongful, even if not expressly proscribed by the codes."

<sup>181</sup> I vilken mån domstolarna kan bedöma parternas förpliktelser utifrån sedvana om inte någon av parterna åberopat detta är dock omstritt. Se Westberg, *Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade avtalsvillkor*, särskilt på s. 350 där denne ifrågasätter om det är möjligt för domstolarna att uttolka vad som är handelsbruk genom att studera doktrin eller annan källa där information om sedvänjan framgår. Domstolarna har självklart den rollen när det gäller lagstiftning men frågan är om domstolarna har/skall ha den rätten när det gäller handelsbruk. Det är parterna som har bevisbördan och om materialet är ingivet för att styrka någonting annat är det frågan om domstolen kan grunda sin dom på att avtalet anses utgöra handelsbruk utan att ta in sakkunnigutlåtanden eller genom att någon av parterna har lyckats visa detta.

<sup>182</sup> Se Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 302 ff.

har att beakta för att säkerställa att uppdragstagaren iakttar sin omsorgs-  
plikt.<sup>183</sup> Att trots detta beskriva professionsansvaret som strängt i förhållande  
till bedömningen av en lekman riskerar att bidra till uppfattningen om att  
professionsansvaret skulle innefatta särskilt höga krav på en professionsut-  
övare och att ansvarsgrunden skulle vara mer långtgående än en skadestånds-  
rättslig culpabedömning – ett argument som skulle kunna nyttjas av  
branschföreträdare för att motverka ytterligare reglering.<sup>184</sup>

Det har vidare inom den rättsekonomiska doktrinen diskuterats, mot  
bakgrund av ett eventuellt ansvar och svårigheten med att bedöma skador  
vållade av finansrådgivning, huruvida ansvaret för finansiella tjänster skulle  
reduceras med tanke på dess speciella karaktär. Palmer har därvid framhållit  
tre särskilda faktorer. För det första handlar finansiella tjänster om att *fördela*  
*inkomstflöden* och uppstår det en skada för en person leder detta till att en an-  
nan person får en motsvarande ökad förmån, vilket leder till att ingen sam-  
hällskostnad har uppstått. För det andra så resulterar ofta finansiella tjänster  
i *fördelar* som uppdragstagaren inte kan ta betalt för. Fullt ansvar i denna si-  
tuation skulle leda till att uppdragstagaren får ta ett större ansvar för den le-  
vererade tjänsten än vad uppdragstagaren kan få ersättning för. För det tredje  
så kan de administrativa kostnaderna för att *undvika culpa* vida överstiga för-  
delarna med ett skadeståndsansvar.<sup>185</sup>

Gällande det första argumentet har skadeståndsansvaret en klar fördel ge-  
nom att detta verkar för att den vanligtvis starkare parten (i vart fall kun-  
skapsmässigt) skyddar sig själv genom att teckna en ansvarsförsäkring (i  
många situationer är det dessutom lagkrav på att vissa professioner ska ha an-  
svarsförsäkring för att över huvud taget få tillhandahålla sina tjänster). Detta  
kommer troligen att leda till att kvaliteten på tjänsterna ökar eftersom ett

<sup>183</sup> Det har i detta sammanhang framhållits att domstolarna måste beakta risken för att de  
uppställer alltför långtgående ansvarskrav, se Kleineman, Rådgivares informationsansvar  
– en probleminventering, s. 211, ”Personligen menar jag att ett av de största problemen  
är att motverka att ansvaret blir alltför långtgående. Det finns som bekant exempel från  
andra länder där ansvaret ständigt expanderat genom att de dömande organen sett mycket  
strängt på dessa frågor. Tendenser i motsvarande riktning finns redan i någon mån i svensk  
rätt. De rådfrågandes skydd måste ständigt vägas mot rådgivarnas samhällsfunktion och  
vad som skulle kunna bli konsekvensen om ansvaret blev alltför vidlyftigt. Även det s. k.  
konsumentintresset måste vägas mot intresset av att de berörda näringarna inte blir förla-  
made av att skadeståndsanspråk framställs i tid och otid.”

<sup>184</sup> Jfr von Eyben & Isager, Lærebog i erstatningsret, s. 81 f. Jfr med den ”sedvanliga” culpa-  
bedömningen i t.ex. NJA 1981 s. 683.

<sup>185</sup> Se Palmer, James D., *Liability for Negligently Performed Financial Services: An Economic  
Theory*, Victoria University of Wellington Law Review, vol. 26, 1996, s. 71–90, s. 76.

proaktivt kvalitetsarbete ofta är mer ekonomiskt gynnsamt för producenten än att betala skadestånd (t.ex. för att det ger producenten viss goodwill och gott renommé).<sup>186</sup> Gällande det andra argumentet anser Palmer att juridiken måste skapa instrument för att korrigera det fel som han anser föreligger genom att leverantören av tjänsten inte kan ta betalt av alla som kan tänkas nyttja tjänsten, t.ex. när det gäller ett värderingsintyg eller ett testamente. Domstolarna har här den delikata uppgiften att balansera de intressen som föreligger av ett eventuellt utvidgat ansvar gentemot tredje man och att respektera kontraktets subjektiva begränsning.<sup>187</sup> Avseende den tredje faktorn förespråkar Palmer egentligen ingenting annat än en tillämpning av Hand's Rule, dvs. att en avvägning måste ske mellan kostnaderna för att undvika eller minimera riskerna för skada mot ett efterföljande skadeståndskrav.<sup>188</sup>

Palmer har identifierat ett huvudsakligt problem avseende snarare informationsansvaret än professionsansvaret – nämligen i vilken utsträckning som informationsproducenter ska vara ansvariga för informationens kvalitet i förhållande till personer som de inte står i ett kontraktuellt förhållande med. Lagstiftaren har i många år arbetat med att skapa ett rimligt och avgränsbart ansvar i form av prospektansvaret. Slutsatsen som därvid kan dras är att det tyvärr fortsatt är oklart vilken omfattning som ansvaret egentligen har. Orsaken är att lagstiftaren, på samma sätt som vid regleringen av finansrådgivning, har svårt att bestämma sig för vilket ansvar som varje enskild investerare har för risken att informationen de förlitat sig på var felaktig. Ökade krav på information är möjligen inte den rätta lösningen på detta problem. Professionsansvaret är i detta avseende direkt kopplat till frågan om informationsansvaret genom att många professioner såväl producerar information som lämnar råd till enskilda kunder (se vidare under avsnitt 12.3).

## Investerarskyddets utformning

*"By promising something which cannot, in reality, be delivered, the regulatory system undermines the inevitable fundamental responsibility which consumers must take for their own decisions. As a result, when things go wrong, investors believe*

<sup>186</sup> Se Palmer, Liability for Negligently Performed Financial Services: An Economic Theory, s. 79.

<sup>187</sup> Se Palmer, Liability for Negligently Performed Financial Services: An Economic Theory, s. 80.

<sup>188</sup> Se Palmer, Liability for Negligently Performed Financial Services: An Economic Theory, s. 81.

*they are entitled to compensation, almost irrespective of the quality of advice given.*<sup>189</sup>

I detta avsnitt kommer olika aspekter av investerarskyddsregleringens utformning att diskuteras ur ett övergripande perspektiv: Regleringsteknikens lämplighet prövas, tillsynsmyndighetens funktion inom ramen för investerarskyddet undersöks, regleringens anpassning till resultaten av forskningen inom behavioral finance bedöms.<sup>190</sup>

### Regleringstekniker avseende investerarskydd

*”So investor confidence is emerging as a favourite poster child of regulators as well as academic commentators. But the nature of investor confidence, and whether and how it should be promoted, is rarely discussed.”*<sup>191</sup>

Den finansiella marknadens regelverk har som sagt kommit att förändras på ett omfattande sätt de senaste tjugo åren – såväl kvantitativt som kvalitativt. Regelverket har även förändrats till sin karaktär. Regleringstekniken är reaktiv. Lagstiftaren försöker att detaljreglera problemen i takt med att de uppkommer. Det har ifrågasatts om en ständigt ökande regelmassa är rätt väg att gå.<sup>192</sup>

### Näringsrättsliga aspekter

*Näringsrättslig reglerings tillämplighet i civilrättsliga förhållanden*

Tidigare reglerades finansiell verksamhet framför allt genom tillståndsplikt. Den näringsrättsliga regleringen har kommit att kompletteras med regler

<sup>189</sup> Ford & Kay, *Why Regulate Financial Services?*, s. 150.

<sup>190</sup> I vissa delar kommer aspekter som tidigare behandlats i avhandlingen att återigen belysas, något som nödvändiggörs av argumentationens fullständighet.

<sup>191</sup> Moloney, *Confidence and Competence: The Conundrum of EC Capital Markets Law*, s. 18.

<sup>192</sup> Se t.ex. Gorton, *Vem kan man lita på – och när?*, s. 133: ”Inom det finansieringsrättsliga området har ett stort antal regler införts och normer tillkommit som alla syftar till att skapa och upprätthålla förtroendet för de finansiella marknaderna och de finansiella intermedieärerna. Den omständigheten, att jag inte känner mig särskilt övertygad om att mer lagstiftning i sig löser uppkommande problem, innebär inte att jag förespråkar ett allmänt upphävande av regler. Dock borde i större grad undersökas effekten av nya regler, deras utformning och omfattning samt behovet av och utformningen av en rimlig övervakning.”

med civilrättslig prägel, en aspekt som redan i sig själv har gjort regelverket mer komplicerat att överblicka och tillämpa. Den tidigare gränsen mellan civilrätt och näringsrätt har kommit att bli suddig.<sup>193</sup> Många bestämmelser tar sikte på att reglera förhållandet mellan investerare och institut och det blir därmed tämligen naturligt att dessa regler även får direkt betydelse för det individuella avtalsförhållandet mellan investeraren (uppdragsgivaren) och institutet (uppdragstagaren). Den näringsrättsliga lagstiftningen har kommit att harmoniseras. Även om denna harmonisering har potential att få en motsvarande privaträttslig verkan kan man inte bortse från risken för variationer bland medlemsstaternas uppfattningar. Detta kan påverka effekten av harmoniseringssträvandena på värdepappersmarknaden inbegripande investerarskyddet.

Mot bakgrund av den analyserade branschglidningen och att alltfler professioner tillhandahåller samma typer av tjänster, har det blivit svårare att bedöma vilka specifika förpliktelser – och därmed vilket ansvar – som en finansiell rådgivare har i förhållande till sin uppdragsgivare. Ett konkret problem med dagens reglering är att det är oklart om en försäkringsförmedlare kan informera om produkter och tjänster utan att detta är att betrakta som rådgivning. Utgångspunkten är att den information som tillhandahålls är information om produkter och därmed utgör marknadsföring. Många förmedlare erhåller emellertid olika former av ”marknadsföringsbidrag” från producenterna av de finansiella tjänsterna och produkterna. Finansinspektionen har uppfattningen att sådan form av marknadsföring är att betrakta som rådgiv-

<sup>193</sup> Se t.ex. angående ISD-direktivets privaträttsliga verkan Moloney, Confidence and Competence: The Conundrum of EC Capital Markets Law, s. 11: ”Up to now, the investor as a focus for specific protection in the pan-EC market has been subsidiary to the investment firm as a beneficiary of integration. ... This has led to a harmonised regime which addresses the basic authorisation controls and prudential or stability requirements which represent the minimum rule-base for politically acceptable mutual recognition. The absence of harmonised retail investor-protection rules, particularly in the cornerstone ISD, is striking even though the retail investor is encourage to access the wider investment-service marketplace. It contains only a skeletal set of non-harmonised conduct-of-business principles with which firms should comply. The marketing of investments is not addressed. There are no rules addressing contractual protections, suitability assessments, or disclosure requirements This problem tracked across the EC regime: until the July 2003 adoption of the Prospectus Directive, there was no attempt to tailor the harmonised disclosure rules to the needs of any group of investors, much less retail investors. Powerful symbolic evidence of this lack of focus on the retail investor comes from the absence of any definitions of the retail investor from the securities regulation regime until September 2003.”

ning.<sup>194</sup> Någon särskild grund för inspektionens slutsats anges emellertid inte. Frågan torde vara alltför komplex och betydelsefull för att ett okritiskt accepterande av inspektionens uppfattning ska kunna tolereras men exemplet påvisar att gränsdragningarna mellan marknadsföring, information, försäljning och rådgivning är svåra. Detta leder till stor osäkerhet för kunder, rådgivare och tillsynsorgan. Osäkerheten är, här som annars, otillfredsställande, inte minst ur ett legalitetsperspektiv.

Det är inte endast gränserna för den tillståndspliktiga verksamheten som vållar stora problem. Frågan om vilken ansvarsnorm som föreligger vid finansrådgivning är, beroende på situationen, ofta oklar. Lagstiftaren har genom ett antal olika regleringstekniker sökt att precisera rådgivarens förpliktelser. I den finansiella lagstiftningen finns det för det första ett antal bestämmelser av allmän karaktär, s.k. portalparagrafer. Bestämmelserna är inte bara allmänna till sin karaktär utan anses också vara av näringsrättsligt slag. Tidigare ansågs sådana generella bestämmelser inte kunna ligga till grund för ansvarsgrundande förpliktelser. Generella krav på sundhet och iakttagande av investerarnas intressen kan som visats emellertid anses motsvara ett krav på omsorgsplikt.<sup>195</sup> Dessa bestämmelser finner numera tillämplighet även i privaträttsliga förhållanden.

### *Sundhetskrav*

Kravet på sundhet har en dubbel funktion. Dels fungerar det som ett övergripande, allmänt formulerat krav, dels är det tillräckligt konkretiserat för att ge signaler om vilket uppträdande som lagstiftaren åsyftat med reglerna (symbolverkan). Trots sin bristande precision signalerar sundhetsbestämmelser att alla aktörer har att iaktta kravet vid utövandet av sina verksamheter. Det är emellertid ofta nödvändigt att ytterligare förtydliga begreppet, bl.a. genom allmänna råd och rekommendationer och självregleringsorganens riktlinjer.

Vid tillkomsten av försäkringsförmedlingslagen ansågs det inte vara nödvändigt att införa ett sundhetskrav.<sup>196</sup> Anledningen var att förmedlaren har att iaktta god försäkringsförmedlingssed och den allmänna omsorgsplikten, vilket lagstiftaren ansåg vara ett tillräckligt krav för att säkerställa att verksam-

<sup>194</sup> Se Finansinspektionens rapport 2009:4, Kartläggning av försäkringsförmedlarnas verksamhet., s. 4 f.

<sup>195</sup> Se avsnitt 10.2.2.

<sup>196</sup> Se prop. 2004/05:133, s. 101 och s. 126.

heten skulle bedrivas med tillfredsställande kvalitet. Behovet av en särskild sundhetsbestämmelse ansågs därmed vara begränsat. Lagstiftaren menade således att de civilrättsliga kraven vid uppdragets utförande kombinerade med tillsynen vara tillräckliga element för att säkerställa en sund verksamhetsutövning.<sup>197</sup> Lagstiftarens konstaterande angående behovet av en särskild sundhetsbestämmelse leder till slutsatsen att kravet på god sed kan anses inbegripa ett sundhetskrav. Någon annan slutsats är svår att dra då ett handlande av viss omfattning, vilket bedöms strida mot god sed, i sin tur skulle kunna riskera att rubba förtroendet för den aktuella marknaden och de tjänster som där tillhandahålls. Uppmärksammas bör att lagstiftaren valt att instifta ett krav på sundhet vid sådana verksamheter där det föreligger stora risker för skada på samhället och dess struktur om förtroendet för en viss marknad rubbades. Sundhetsbestämmelserna kan således sägas vara ett utflöde av ett krav på god sed men att begreppet även innefattar något ytterligare – ett skydd för en samhällsviktig funktion. Som ovan angetts kan avvikelser från sundhetsbestämmelserna vara ansvarsgrundande. Eftersom sundhet och god sed går hand i hand, skulle man kunna hävda att god sed indirekt för med sig motsvarande funktion.<sup>198</sup>

Ett konstaterande av att kravet på sundhet inte är uppfyllt anses emellertid inte vara tillräckligt för näringsrättsliga sanktioner. Normen anses i detta avseende vara alltför oprecis.<sup>199</sup> Således torde det krävas att bristen är hänför-

<sup>197</sup> Jfr motsvarande samspel mellan självreglering och tillsynsverksamhet i förhållande till uppställda krav i lagstiftning, Samuelsson, Normbildning rörande otillbörlig kurspåverkan, s. 873: ”Artikeln vill även påvisa att de olika formerna av sanktioner (straff- och privaträttsliga) mot vissa oönskade beteenden, som inte klart definieras, förskjuter tyngdpunkten från normernas innehåll till de institutioner som har ansvar för deras tillämpning och därmed behörigheten att definiera handlingars förenlighet med normsystemet. Ett exempel på detta är Stockholmsbörsen som med stöd av begreppet god sed utformat regler som kompletterar straffbudet och som genom disciplinnämnden kan vitesbelägga beteenden som strider mot god sed.”

<sup>198</sup> Se Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, s. 129 ff.

<sup>199</sup> Se avseende försäkringsrörelse RÅ 1990 ref. 106: ”Vad som skall förstås med ’en sund utveckling av försäkringsväsendet’ har inte närmare belysts av lagstiftaren (jfr Försäkringsverksamhetskommittens betänkande (SOU 1983:5) Koncession för försäkringsrörelse s 117). Uppenbart är dock att ett uppfyllande av de i 7 kap 2 § FRL uppställda och ovan berörda kraven på soliditet och skälighet måste ses som grundläggande element i en sund utveckling av försäkringsväsendet (jfr prop 1948:50 s 350). Uppfylls inte dessa krav, bör detta givetvis kunna läggas till grund för åtgärder enligt 19 kap 11 § FRL. I vad mån sundhetskriteriet omfattar även andra krav av sådan dignitet framgår inte av FRL. Under alla förhållanden bör emellertid en allmän hänvisning till sundhetskravet inte få utgöra ensam grund när det gäller åtgärder av så ingripande natur som en erinran eller ett föreläggande

lig till iakttagandet av en mera precis regel i lag eller föreskrift, innan ett ingripande kan förekomma.<sup>200</sup> Vid tvivel om rättsläget när det saknas domstolspraxis kan med hänsyn till likabehandlingsprincipen myndighetens egen praxis spela stor roll. Denna praxis är dock ofta svårtillgänglig och osystematiskt ordnad, vilket försvårar en granskning av rättstillämpningen,<sup>201</sup> vilket i sin tur försämrar förutsättningarna för dess enhetlighet.<sup>202</sup>

Oklar reglering av den finansiella marknaden leder till att marknaden och tillsynsmyndigheterna belastas med osäkerhet, vilken i sin tur bl.a. kräver uppbyggnad av interna kontrollrutiner. Troligen kan allmänhetens förtroende för en marknad svikta om uppfattningen om dess normbildning är att den är oklar och svårtillämpad.<sup>203</sup>

### *Allmänna råd*

I domstolspraxis har Finansinspektionens (eller äldre motsvarighets) allmänna råd tillmätts avgörande betydelse.<sup>204</sup> I vissa fall har sådana råd t.o.m. beaktats retroaktivt.<sup>205</sup> I NJA 1997 s. 524 betraktades Finansinspektionens allmänna råd vara en kodifikation av god sed på marknaden. Det intressanta med målet är att Finansinspektionen genom de allmänna råden uttolkat vad som utgjorde god sed på marknaden, något som blev vägledande för HD i sin tolkning av borgensavtalet och eventuell jämkning enligt 36 § AvtL. Frågan är hur man ska se på övriga allmänna råd? När kan man veta om de är tillämpliga retroaktivt eller inte? Är det hela den aktuella författningen som

enligt 19 kap 11 § FRL. Konkreta brister, av rättslig eller annan natur, måste vara en förutsättning för sådana åtgärder. Vad som förekommit i ärendet ger inte vid handen att det förelegat någon sådan särskild omständighet som skulle kunna föranleda ett ingripande mot Skandia med tillämpning av 19 kap 11 § första eller andra stycket FRL.”

<sup>200</sup> Jfr prop. 1992/93:89, s. 145 f.

<sup>201</sup> Se Johansson, Offentligrättslig normgivnings påverkan på banks privaträttsliga förpliktelser, s. 128.

<sup>202</sup> Jfr normbildningen kring begreppet otillbörlig kurspåverkan, se Samuelsson, Normbildning rörande otillbörlig kurspåverkan, s. 873 ff.

<sup>203</sup> Samuelsson, Normbildning rörande otillbörlig kurspåverkan, s. 875.

<sup>204</sup> Se t.ex. NJA 1995 s. 693 och NJA 1999 s. 408.

<sup>205</sup> Se NJA 1997 s. 524: ”Vid tiden för leasingavtalet fanns det inte några författningar, föreskrifter eller råd som angav hur finansbolagen skulle hantera borgensförbindelser. Först d 31 okt 1991 meddelade Finansinspektionen allmänna råd i ämnet. Dessa råd skulle tillämpas på borgensförbindelser ingångna efter denna tidpunkt. De har numera ersatts av nya, beslutade d 9 dec 1993. Enligt vad Finansinspektionen anfört i sitt yttrande till HD kan de allmänna råden dock till viss del tjäna som vägledning vid bedömningen av tidigare kreditgivning.”



utgör en deskription av sedvanan? Om inte, hur urskiljer man i de allmänna råden en kodifikation av god sed, från en önskan att påverka densamma, till att normativt ange för marknaden vad god sed numera innebär? Problem uppstår vid bedömning av vilka allmänna råd eller delar därav som ska anses bindande. Om de inte kan anses innebära en motsvarighet till god sed på marknaden, kan de trots allt bli bindande när Finansinspektionen har utfärdat dessa bestämmelser såsom en rekommendation och därigenom skapat den goda seden?

Som ovan visats har de näringsrättsliga normerna i form av allmänna råd betydelse för bedömningen av om en uppdragstagare handlat lämpligt vid utförandet av sitt uppdrag eller om ett avtalsvillkor ska anses vara oskäligt. Detta utgör en klar parallell till näringsrättslig lagstiftning.<sup>206</sup> Huvudsakligen har dessa normers civilrättsliga inverkan fått betydelse vid bedömningen av huruvida ett avtalsvillkor ska anses oskäligt enligt 36 § AvtL. Vilken rättslig verkan som allmänna råd ska ha vållar emellertid större problem. Det är, trots att HD tillmätt Finansinspektionens allmänna råd stor betydelse, fortsatt oklart om allmänna råd (oavsett innehåll) alltid ska anses utgöra god sed på marknaden. Ur ett legalistiskt perspektiv är de allmänna rådens svävande tillstånd inte helt tillfredsställande. Om allmänna råd med automatik ska jämföras med god sed borde detta fastställas i lag.

Det kan framstå som naturligt att konsumenten kan komma att inrätta sitt beteende efter de allmänna rådets utformning på så vis att konsumenten agerar i förlitan till deras normativitet. Det är svårt att avgöra vilken betydelse konsumentens uppfattning av dess innehåll ska ha vid en bedömning av en aktörs handlande. Kan tilliten till normativitet påverkas av om konsumentens tillit är befogad eller inte? Frågans betydelse ska måhända inte överdrivas. Trots att alla förväntas känna till gällande rätt måste utgångspunkten på finansmarknaden vara att investeraren faktiskt inte känner till det detaljerade innehållet i regleringen – oavsett form. Om investeraren inte har kunskap om innehållet, kan investeraren inte heller anses ha tillit till att rådgivaren efterlever de i regleringen stipulerade förpliktelserna. Investerarna kan emellertid utgå från att deras intressen beaktas och att regelverket i stort tvingar rådgivaren att agera ärligt och med iakttagande av investerarens intressen. Vid ansvarsbedömningen bör man därför möjligen kunna presumera att investeraren har tillit till att t.ex. normer i de allmänna råden efterlevs av rådgivaren.

<sup>206</sup> Se Johansson, Offentlighetsrättslig normgivnings påverkan på banks privaträttsliga förpliktelser, s. 144.

På detta indirekta sätt kan regleringen bli avtalsinnehåll och ligga till grund för en *fiktiv* tillitsbedömning (fiktiv i det avseendet att ansvarsbedömningen utgår från att investeraren har fäst tillit till de detaljerade reglernas innebörd). Problemet är att regelverket inte synliggör investerarens eget ansvar och ser av den anledningen ut att främja viss naivitet hos investeraren, vilket inte kan vara av godo. Alla som rättshandlar gör det på egen risk, och något undantag för investerare på finansmarknaden kan givetvis inte godtas. För att korrigera den eventuella oriktiga syn som investerare har avseende riskfördelningen mellan rådgivaren och investeraren, borde därför regleringen uttryckligen ange denna grundregel och därmed tydliggöra investerarens eget ansvar. Jag håller därför med Johansson om att det är bättre att reglera eventuella missförhållanden mellan t.ex. en bank och dess kunder med tydliga, privaträttsliga regler än att kunderna i efterhand är hänvisade till en eventuell avtalsjustering med hjälp av 36 § AvtL – inte minst för att bestämmelsens restriktiva tillämpning utgör ett rättsmedel mot endast mera betydande missförhållanden.<sup>207</sup>

#### *Individualiserat krav på att upprätthålla förtroendet för marknaden?*

Regleringen ställer krav på aktörerna att bedriva verksamheten på så sätt att förtroendet för den finansiella marknaden upprätthålls. Förtroendekravet syftar delvis till att säkerställa att enskildas kapitalinsatser inte otilbörligen äventyras.<sup>208</sup> Frågan är emellertid vilken verkan ett sådant krav i lagstiftningen får för det enskilda avtalsförhållandet mellan t.ex. en rådgivare och dennes uppdragsgivare. Risken för rubbat förtroende för den finansiella

<sup>207</sup> Se Johansson, Offentligrättslig normgivnings påverkan på banks privaträttsliga förpliktelser, s. 144 f.

<sup>208</sup> Se Herring, *The Known, The Unknown, and the Unknowable in Financial Policy: An Application to the Subprime Crisis*, s. 393: "With regard to prudential policy, the primary goal of financial stability must be to protect the functioning of the financial system in providing payment services and facilitating the efficient allocation of resources over time and across space. This may be threatened by a loss of confidence in key financial markets or institutions, as we have seen in the current subprime crisis." Se vidare angående Sarbanes-Oxley och regelverkets påverkan på företagets handlande och investerarnas förtroende för den finansiella marknaden, Ramirez, *The End of Corporate Governance Law: Optimizing Regulatory Structure for a Race to the Top*, s. 333: "Predictably, all of these pro-management outcomes led to a crisis in investor confidence, culminating in a parade of corporate corruption scandals in 2001–2002. Recent events illustrate just how weak American corporate governance standards have become and just how ineffective SOX has been in restoring investor confidence."

marknaden som motiv till ökad reglering har ifrågasatts i doktrinen.<sup>209</sup> Samtidigt har det visats att reglering de facto kan motverka förtroendebuster, exempelvis genom att regleringen kan ställa ökade krav på bolagen att förmedla mer information till marknaden. Denna metod tillämpades för att återskapa förtroendet för marknaden efter Enron-skandalen.<sup>210</sup>

Regleringens förtroendeskapande effekter på den finansiella marknaden i stort och på investerarnas benägenhet att handla med finansiella instrument och produkter torde inte kunna ifrågasättas.<sup>211</sup> Oberoende härav har många investerare alltså stora svårigheter att fatta rationella investeringsbeslut, vilket bl.a. visats av forskningen inom behavioral finance (se vidare avsnitt 12.3.3).<sup>212</sup> Lagstiftaren torde i enlighet med dessa forskningsrön emellertid kunna söka att komma till rätta med investerarnas brister.<sup>213</sup> Det är dock värt

<sup>209</sup> Se t.ex. Moloney, Confidence and Competence: The Conundrum of EC Capital Markets Law, s. 7: "Capital market regulation is typically justified on grounds which include transparency, access, fairness, competition, efficient markets and effective capital formation, systemic stability, and investor protection. But there is also an important rhetorical weapon in the regulators' arsenal: the general rhetoric of investor confidence is frequently used to justify more specific objectives and initiatives. The link between investor confidence and investor protection rules, for example, is commonplace in securities regulation. The confidence rhetoric is also typically closely allied to capital formation objectives and the promotion of efficient markets. Uninformed investors may fear they will be exploited, may be reluctant to invest, or may invest in other financial centres. More specifically, inefficient pricing mechanisms in securities markets are thought to erode investor trust in market integrity, discourage investor participation, and reduce capital formation." Se vidare angående den EU-rättsliga regleringen i detta avseende Moloney, Confidence and Competence: The Conundrum of EC Capital Markets Law, s. 9 ff.

<sup>210</sup> Se Paredes, Blinded by the Light, s. 43.

<sup>211</sup> Se t.ex. SOU 1989:72, del 1, s. 287: "Som tidigare nämnts är det en nödvändig förutsättning att allmänheten kan känna förtroende för värdepappersmarknaderna. Detta mål har varit en av de främsta utgångspunkterna för utformningen av nu gällande lagstiftning och våra förslag till reglering av marknadsplatser, mellanhänder, tillsyn m.m."

<sup>212</sup> Se vidare angående marknadspsykologi Krugman, Krisen, s. 111: "Således är det i princip möjligt att förlust av förtroendet i ett land kan orsaka en ekonomisk kris som rättfärdigar den förtroendeförlusten – att länder kan vara sårbara för vad ekonomer kallar 'självuppfyllande spekulativa attacker'. ... Det lustiga är att sedan man väl tagit möjligheten av självuppfyllande kriser på allvar blir marknadspsykologin viktig – eftersom tron gör den viktig. Den blir så viktig att förväntningarna, även investerarnas fördomar, inom vissa gränser blir grundläggande ekonomiska faktorer."

<sup>213</sup> Se t.ex. Moloney, Confidence and Competence: The Conundrum of EC Capital Markets Law, s. 28: "Any potential downsides to the promotion of investor confidence might be addressed by regulatory systems which protect investors and the market from irrational decision-making, although with the caveat that law-makers are also vulnerable to behavioral difficulties which can call for careful monitoring of the law-making process. Confi-

att notera att såväl den svenske som den europeiske lagstiftaren hittills i princip lämnat denna forskning obeaktad och modellerat lagstiftningen efter axiomat om ”*the rational economic man*”.<sup>214</sup> Den finansiella marknaden i stort är givetvis en väldigt komplicerad marknad att reglera. Samtidigt får inte komplexitet utgöra ett hinder för välunderbyggda lagförslag och tydliga regleringsformer.<sup>215</sup> Vad gäller investerarskyddet finns fortfarande mycket att önska i denna bemärkelse.<sup>216</sup>

## Investerarfokuserad reglering

### *Informationskrav*

Det är tydligt att investerare är i behov av såväl anpassad information som personligt utformade rekommendationer för att minimera risken för dåliga placeringar. I avhandlingen har visats att det i dag uppställs en mängd olika krav på att investeraren ska erhålla viss information inför sitt beslut att inves-

dence can then be promoted with the protection of a de-biasing regulatory buffer which can act as ‘market therapy’.” Se även Arlen, Comment: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law, Jolls, Behavioral Law and Economics, s. 137 ff. och Choi & Pritchard, Behavioral Economics and the SEC. Se också SOU 1989:72, del 1, s. 235: ”Den aktiesparande allmänheten uppfattar ofta skyddet i ’börsetiska’ frågor i vid mening som otillräckligt och den institutionella uppbyggnaden som svåröverskådlig. Enskilda aktieägare tycks ibland ha svårt att förstå vilken institution som kan behandla vissa frågor och klagomål. Delvis beror känslan på rättslöshet kort och gott på genuin okunnighet om aktiemarknadens funktionssätt, till exempel en utbredd föreställning om att en småsparares förluster alltid har orsakats av ’oetiskt beteende’ av någon stor aktör.”

<sup>214</sup> Vissa tecken på en omvärdering finns dock. Se bl.a. rapporten Östling, Robert, Beteendekonometri och konsumentpolitik, Rapport utarbetad på uppdrag av Integrations- och finansdepartementet (2009-03-11), s. 6 ff.

<sup>215</sup> Se t.ex. kritik mot att den amerikanska lagstiftaren, vid införandet av Sarbanes-Oxley Act of 2002, inte i tillräcklig mån beaktat aktuell forskning inom corporate governance och rättsekonomi, Romano, Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance och Macey & O’Hara, *Regulation and Scholarship: Constant Companions or Occasional Bedfellows?*, Yale Journal on Regulation, vol. 26, 2009, s. 89–116, s. 92 ff.

<sup>216</sup> Vad gäller möjligheten att genom lagstiftning reglera ansvar för information och därvid beakta såväl skyddet för informationslämnaren såsom informationsmottagaren ställer sig Kleineman skeptisk till om det är möjligt och om det inte i stället är så att: ”[s]kadestånds-rättsligt effektiva regler uttrycks måhända bäst i doktrinsatser eller av domare”, se Kleineman, Det skadeståndsrättsliga informationsansvarets särart, Festskrift till Peter Seipel, s. 281. Se vidare prop. 2000/01:68 Ersättning för ideell skada. Angående reglering av det allmännas informationsansvar och svårigheten med att därvid utforma en regel som är tar tillräcklig hänsyn till det enskilda fallet, se Bengtsson, Skadestånd för oriktig myndighetsinformation, s. 35 ff. och Lambertz, Göran, *Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden – trender och utvecklingsmöjligheter*, JT 2004–05 s. 3, på s. 16.

tera. Frågan är emellertid om informationskraven är lämpligt utformade. Det har nämligen påvisats att det finns risker med att investerare ”överinformerar”. Det har även visats att en investerare t.o.m. kan fatta sämre beslut om investeraren erhåller ”för mycket” information, än om mindre information hade tillhandahållits.<sup>217</sup> Vi kan helt enkelt inte hantera för mycket information.<sup>218</sup>

Även om forskningen påvisat att det finns risk för att investeringsbesluten påverkas negativt av för mycket information, finns det samtidigt ett antal argument för att dagens informationsmodell är att föredra. För *det första* bearbetas stora delar av den detaljerade och komplicerade informationen av experter, t.ex. rådgivare. För *det andra* investerar många investerare i fonder och har därvid att bedöma en övergripande investeringsstrategi i stället för information om de specifika bolag som fonden investerar i.<sup>219</sup> För *det tredje* väljer många investerare att ta hjälp av rådgivare, som i många fall är bättre skickade att bedöma den finansiella informationen än investeraren själv.

Även rådgivare kan emellertid ha svårt att hantera mycket information, även om de har större kompetens och bättre verktyg för att hantera stora mängder finansiell information än gemene man.<sup>220</sup> Studier har visat att även rådgivare, när de har att bedöma stora informationsmängder, väljer informationsstrategier som innebär att de missar relevant information.<sup>221</sup> Ytterligare riskfaktorer är överskattande av sin egen förmåga, tendensen att fokusera på framgång och en övertro på att framgången kommer att hålla i sig.<sup>222</sup> Rådgivare riskerar, i likhet med investerare, att påverkas av kognitiva brister och

<sup>217</sup> Se t.ex. Hirshleifer, David A. & Teoh, Siew Hong, *Limited Attention, Information Disclosure, and Financial Reporting (September 2003)*, JAE Boston Conference October 2002, s. 48 ff. och Hirshleifer, David A., Lim, Sonya S. & Teoh, Siew Hong, *Disclosure to a Credulous Audience: The Role of Limited Attention*, Dice Center Working Paper No. 2002-3, s. 28 f.

<sup>218</sup> Se t.ex. Renuart & Thompson, *The Truth, The Whole Truth and Nothing but the Truth: Fulfilling the Promise of Truth in Lending*, s. 244: ”The danger posed by too much information is selective ignorance; the risk is that a key piece of information may be ignored. When faced with too much information, or overwhelmingly complex tasks, consumers seek a ‘good enough’ solution. Consumers seek an alternative that meets minimum requirements without expending too much energy in the search.” Se även Langevoort, Ego, *Human Behavior, and Law*, s. 879 f. och Klingberg, Torkel, *The Overflowing Brain: Information Overload and the Limits of the Working Memory*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 11 ff.

<sup>219</sup> Se Paredes, *Blinded by the Light*, s. 30 f.

<sup>220</sup> Se Paredes, *Blinded by the Light*, s. 32.

<sup>221</sup> Se Paredes, *Blinded by the Light*, s. 34.

<sup>222</sup> Se Paredes, *Blinded by the Light*, s. 34 f.

felaktiga strategier. Ytterligare information kan inte lösa detta problem utan problemet måste angripas på andra sätt.

### *Utbildning*

Att endast använda sig av ökade krav på information är således inte tillräckligt. Informationskraven måste bl.a. kombineras med kvalitetskrav för att regleringen ska få så positiva effekter som möjligt.<sup>223</sup> Dessutom måste regleringen innehålla detaljerade kunskapskrav på rådgivarnas kompetens, för att tillförsäkra att investerare erhåller rådgivning av hög kvalitet.

Förutom specificerade krav på information och rådgivning finns behov av att öka även investerarnas kunskap genom bl.a. utbildning. Genom att kombinera utbildning med reglering som beaktar den behavioristiska forskningen, torde man kunna komma åt en del av de beteendebriker som föreligger hos investerarna.<sup>224</sup> Det är givetvis inte möjligt att lagstiftningen helt skulle kunna korrigera de kognitiva brister som investerare lider av.<sup>225</sup> Det är exempelvis svårt att motverka den överoptimism som ofta inträder vid kraftigt ökade börskurser.<sup>226</sup> Att lagstiftaren anpassar regleringen med beaktande av den behavioristiska forskningen i kombination med utbildning och andra indirekta sätt att påverka investerare genom t.ex. informationskrav torde därmed kunna leda långt.<sup>227</sup>

<sup>223</sup> Se t.ex. Renuart & Thompson, *The Truth, The Whole Truth and Nothing but the Truth: Fulfilling the Promise of Truth in Lending*, s. 217: "Given what we know about consumers' limited capacity to process complicated information, disclosures must be both simple and comprehensive. Disclosures will not be effective if they require intermediate computational steps, such as the summation of various fees. Consumers cannot generally calculate interest or evaluate the tradeoff between a higher interest rate and lower fees on their own, especially where there are multiple fees in different amounts assessed for different reasons."

<sup>224</sup> Se Cunningham, *Behavioral Finance and Investor Governance*, s. 802 f.

<sup>225</sup> Se för en motsvarande diskussion angående förhållandet mellan läkare och patient och de förväntningar som föreligger i detta partsförhållande Bovbjerg, Randall R., Miller, Robert H. & Shapiro, David W., *Paths to Reducing Medical Injury: Professional Liability and Discipline vs. Patient Safety – and the Need for a Third Way* *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 29, 2001, s. 369–380, Magnus, Ulrich, *Presumed Liability of Doctors*, *Essays in Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa*, volume II, Jure, Stockholm, 2006, s. 749 ff. och Crossley, Mary, *Infected Judgment: Legal Responses to Physician Bias*, *Villanova Law Review*, vol. 48, 2003, s. 195–304.

<sup>226</sup> Se Partnoy, Frank, *Why Markets Crash and What Law Can Do About It*, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 61, 2000, s. 741–817, s. 755 ff.

<sup>227</sup> Se Cunningham, *Behavioral Finance and Investor Governance*, s. 805 f. Se vidare t.ex. Langevoort, Donald C., *Selling Hope, Selling Risk: Some Lessons for Law from Behavioral*

Nuvarande krav på rådgivare att beakta investerarens kognitiva brister kommer förhoppningsvis leda till rådgivning av högre kvalitet, t.ex. att rådgivaren vid undersökning av investerarens riskaversion klarlägger hur ofta investeraren brukar ångra sina investeringsbeslut och i så fall i vilken grad (se ovan angående ånger och förmåga att kunna leva med sina beslut, se vidare avsnitt 2.2).<sup>228</sup> Många klagomål på rådgivningen i dag består ofta i att kunden menar att denne inte insett den risk som investeringen varit förenad med.

För att skapa bättre förutsättningar för rådgivning av god kvalitet med beaktande av kunskaper om kundbeteenden har Kahneman och Riepe föreslagit att rådgivarens verksamhet utformas enligt följande:

Rådgivaren bör *tydliggöra osäkerheten i den presenterade prognosen* för kunden. Rådgivaren ska inte vara påverkad av kundens uppfattning om marknaden utan i stället förklara bakgrunden till rådgivarens rekommendation.<sup>229</sup>

Rådgivaren bör *motverka tendensen till större optimism om framtiden* än vad som kan beläggas med hjälp av historiska data, framför allt eftersom det finns en klar tendens att fokusera på den positiva utvecklingen.<sup>230</sup>

Rådgivaren bör vara uppmärksam på sin egen och kundens uppfattning om att *besitta större förmåga än andra* att kunna förutse utvecklingen på marknaden. Innan ett investeringsbeslut fattas bör rådgivaren fråga sig ännu en gång vad det är som gör att denne anser sig se en systematik i underliggande data.<sup>231</sup>

Rådgivaren bör använda sig av ett *brett tidsperspektiv* när rådgivaren diskuterar placeringar och tillse att de underliggande data som används verkligen är av relevans för kundens individuella situation.<sup>232</sup>

Rådgivaren bör ta reda på hur *riskaversiv kunden är i förhållande till volatilitet*. Rådgivaren bör därvid inte rekommendera investeringar med hög risk till en riskaversiv kund eftersom kunden endast kommer att acceptera en sådan investering om kunden underskattar risken med placeringen.<sup>233</sup>

*Economics About Stockbrokers and Sophisticated Customers*, California Law Review, vol. 84, 1996, s. 627–701, s. 693 ff. och Rapp, Robert N., *Rethinking Risky Investments for that Little Old Lady: A Realistic Role for Modern Portfolio Theory in Assessing Suitability Obligations of Stockbrokers*, Ohio Northern University Law Review, vol. 24, 1998, s. 189–279, s. 261 ff.

<sup>228</sup> Se Cunningham, Behavioral Finance and Investor Governance, s. 799.

<sup>229</sup> Se Kahneman & Riepe, Aspects of Investor Psychology, s. 4.

<sup>230</sup> Se Kahneman & Riepe, Aspects of Investor Psychology, s. 5.

<sup>231</sup> Se Kahneman & Riepe, Aspects of Investor Psychology, s. 7.

<sup>232</sup> Se Kahneman & Riepe, Aspects of Investor Psychology, s. 9.

<sup>233</sup> Se Kahneman & Riepe, Aspects of Investor Psychology, s. 10.

Rådgivaren bör överväga om risken i portföljen kan och bör reduceras genom att använda sig av *derivat*.<sup>234</sup>

Rådgivaren bör fokusera mer på hur kunden tidigare faktiskt har betett sig på marknaden i stället för på kundens uttalanden om sitt framtida beteende. Rådgivaren bör därvid poängtera vikten av att ha ett längre tidsperspektiv vad avser investeringar och därför utforma analyser som inte fokuserar endast på den senaste tidens utveckling.<sup>235</sup>

Om ovanstående regler skulle införas i t.ex. föreskrifterna till värdepappersmarknadslagen och/eller i SwedSecs licensieringskrav, skulle sannolikt fler investerare tillhandahållas rådgivning av högre kvalitet, som även beaktar investerarens svårigheter med att agera rationellt på den finansiella marknaden.

### *Tillsyn*

Som ovan konstaterats torde det krävas att regler kombineras med en effektiv tillsyn genom vilken regelbrott genererar en kännbar och slagkraftig sanktion. Marknadsbevakningen sker oftast genom att tillsynsmyndigheter och branschorganisationer samverkar för att uppnå en effektiv efterlevnad av regleringen på marknaden. Oavsett sanktioner har branschen ofta ett eget intresse av att samverka – inte endast av goodwillskäl, utan även för att en fungerande tillsyn genom tillämpning av gällande regelverk torde verka för en konkurrens på lika villkor.<sup>236</sup> Regelefterlevnaden kan givetvis ändå vara bristfällig, men den behöver inte nödvändigtvis vara orsakad av undermålig tillsyn.

<sup>234</sup> Se Kahneman & Riepe, *Aspects of Investor Psychology*, s. 12.

<sup>235</sup> Se Kahneman & Riepe, *Aspects of Investor Psychology*, s. 17.

<sup>236</sup> Se SOU 2007:1, s. 117 f. De problem som förelåg på telemarketingmarknaden var framför allt orsakade av ett fåtal bolag inom telefoni- och hälsokostbranschen, där konsumenter blivit ofrivilligt bundna av avtal. Trots vetskapen om vilka bolag som orsakat de flesta problemen har Konsumentverket inte kraftfullt kunnat agera mot bolagen. Orsaken anges vara att verket haft svårt att säkra bevisning gentemot bolagen och därmed haft svårt att styrka överträdelserna. I utredningen föreslogs att tillsynsmyndigheten skulle få ökade möjligheter för en effektiv tillsyn, bl.a. genom att överträdelser i informationsskyldigheten skulle sanktioneras genom att en marknadsstörningsavgift infördes i distans- och hemförsäljningslagen och den nya marknadsföringslagen (då goda erfarenheter med en sådan lösning erhållits vid tillämpningen av marknadsföringslagen där en sådan regel redan fanns), se SOU 2007:1, s. 121 f. För att en marknadsstörningsavgift skulle vara effektiv ansågs det vid tillkomsten av den tidigare marknadsföringslagen att det fanns ett mer påtagligt intresse av att skydda allmänna konsument- och näringsidkarintressen och att regeln var tillräckligt precis för att kunna sanktioneras, se prop. 1994/95:123, s. 104 och 78 f.



Ett exempel på ett område som använt motsvarande regleringstekniker som på den finansiella marknaden är reglerna avseende telefonförsäljning, s.k. *telemarketing*. Området har nyligen varit föremål för översyn i samband med att direktivet om otillbörliga affärsmetoder skulle implementeras.<sup>237</sup> I utredningens slutbetänkande konstaterade utredningen efter en genomgång av såväl lagstiftning som branschens självreglering, att det inte var fel på regelverkets handlingsregler. Problemet ansågs i stället ligga i att det fanns klara brister i efterlevnaden av regelverket.<sup>238</sup> Utredningen ansåg att de främsta orsakerna till den bristande efterlevnaden var att sanktionerna var otillräckliga och att uppföljningen och tillsynen på området inte varit tillräckligt effektiv. En annan bidragande orsak var att kunskap om och förståelse för hur avtal ingås var klart bristande hos i vart fall en del av konsumenterna (framför allt avseende funktionen av negativ och ofrivillig avtalsbindning).<sup>239</sup>

På ett område där självregleringen har en viktig roll – som är fallet på den finansiella marknaden – är det av avgörande vikt att både lagstiftningen och självregleringen kombineras med ett effektivt sanktionssystem för att regelverket ska komma att efterlevas. Riskerna med ett undermåligt sanktionssystem har analyserats av Di Lorenzo. Han undersökte om regleringen av amerikanska värdepappersmarknaden t.o.m. uppmuntrade ett oetiskt beteende. Di Lorenzo kom till slutsatsen att en marknad måste ha klara och tydliga regler (kombinerat med en effektiv tillsyn) för att vara effektiv och påverka aktörernas beteenden.<sup>240</sup> Risken är annars att aktörerna gör en ”cost-benefit-

<sup>237</sup> Se Marknadsföringsutredningen avlämnade först betänkandet Otillbörliga affärsmetoder (SOU 2006:76) och sedermera även utredningens slutbetänkande Telefonförsäljning (SOU 2007:1). Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG och Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktivet om otillbörliga affärsmetoder).

<sup>238</sup> Dvs. distans- och hemförsäljningslagen, marknadsföringslagen och branschens egna uppförandekoder, se SOU 2007:1, s. 116 f.

<sup>239</sup> Se SOU 2007:1, s. 117 och prop. 2005/06:105 Trygga konsumenter som handlar hållbart – Konsumentpolitikens mål och utveckling, s. 70 och däri hänvisad skrivelse från Konsumentverket gällande problem gällande telemarketing riktad till konsumenter, Konsumentverkets skrivelse Jo2006/244/KO. Många konsumenter är i dag omedvetna om att avtal kan ingås muntligen, t.ex. över en telefon, eller att de tror att de blir bundna fast de civilrättsligt inte blivit det, se SOU 2007:1, s. 132. Ett av de vanligaste problemen är att konsumenterna tror sig ha tackat ja till ytterligare information om en produkt eller en tjänst, inte att de ingått avtal.

<sup>240</sup> Se Di Lorenzo, Vincent, *Does the Law Encourage Unethical Conduct in the Securities Industry*, Fordham Journal of Corporate & Financial Law, vol. 11, 2006, s. 765–806, s. 776 ff.

analys” av riskerna med att inte följa regelverket.<sup>241</sup> En ytterligare risk med en marknadsreglering som är beroende av att enskilda (t.ex. en bankanställd) efterlever och säkerställer de skyddskrav som regleringen uppställer, är att de enskilda inte direkt känner ett personligt ansvar för de fel som orsakas och därför inte har incitament nog för att efterleva kraven.<sup>242</sup> Slutligen kan nackdelarna av eventuella böter och skadestånd komma att övervägas av de fördelar som föreligger med att hålla sig i utkanterna av vad som tillåtet eller direkt bryta mot reglerna.<sup>243</sup> Sanktionerna måste därvid vara tillräckligt omfattande för att påverka beteendet, något som lagstiftaren måste beakta vid utformningen av regleringen. En möjlighet för lagstiftaren är därför att använda sig av samma typ av cost-benefit-analys som aktörerna tillämpar för att kunna förutse var oönskade beteenden kan tänkas uppkomma.<sup>244</sup>

Som ett exempel på kritik mot tillsynen på det finansiella området kan anföras Riksrevisionens översyn 2006 av Finansinspektionen och Konsumentverket. Riksrevisionen påpekade därvid att myndigheternas tillsyn hade eftersatts på ett flertal viktiga områden: *Information* om t.ex. risker och avgifter ansågs ofta vara svåråtkomlig, svårfattlig och ofullständig. *Oskäliga avtalsvillkor* förekom och villkoren var ofta svårförståeliga och krångliga. *Sunt uppträdande och god sed* kunde ifrågasättas på den punkten att många företag haft dolda avgifter eller inte informerat om räntehöjningar. *Nya komplicerade finansiella produkter* förekom och kritiserades eftersom det kan ta tid att etablera en god sed bland de företag som erbjuder produkten.<sup>245</sup> Civilutskottet beslutade dock att inte företa någon åtgärd då bägge myndigheterna i sina respektive regleringsbrev redan hade fått i uppdrag att överse ett antal av de av Riksrevisionen kritiserade områdena.<sup>246</sup>

<sup>241</sup> Se Di Lorenzo, Does the Law Encourage Unethical Conduct in the Securities Industry, s. 783 ff. Samma idé kring företagens cost-benefit-tänkande kan användas för att få företagen att ta krafttag mot barnarbete genom att konsumentorganisationer samarbetar och verkar för en bojkott av företagets produkter, se Rossell Jaffe, Natasha & Weiss, Jordan D., *Self-Regulating Corporation: How Corporate Codes Can Save Our Children*, Fordham Journal of Corporate & Financial Law, vol. 11, 2006, s. 893–922, s. 897 ff.

<sup>242</sup> Se Di Lorenzo, Does the Law Encourage Unethical Conduct in the Securities Industry, s. 786 ff. Se även Fox, Dennis R., *The Law Says Corporations are Persons, but Psychology Knows Better*, Behavioral Sciences & the Law, vol. 14, 1996, s. 339–359, s. 348 f.

<sup>243</sup> Se Di Lorenzo, Does the Law Encourage Unethical Conduct in the Securities Industry, s. 803 f.

<sup>244</sup> Se Di Lorenzo, Does the Law Encourage Unethical Conduct in the Securities Industry, s. 804 f.

<sup>245</sup> Se 2006/07:RRS4, s. 6.

<sup>246</sup> Se 2006/07:CU5 Konsumentskyddet inom det finansiella området.

Utöver marknadsrättsliga sanktioner anses det i vissa fall även nödvändigt att komplettera regelverket med civilrättsliga sanktioner. I exempelvis 2 kap. 8 § FAL finns bestämmelser om att underlåtenhet att informera om och särskilt framhålla vissa villkor efter avtalets ingående leder till att försäkringsgivaren inte får återropa dessa villkor gentemot försäkringstagaren. Detta gäller bl.a. villkor som med hänsyn till försäkringens beteckning och övriga omständigheter innebär en oväntad eller väsentlig begränsning av försäkringsskyddet. Samtidigt är marknadsföringslagen tillämplig genom 2 kap. 9 § FAL och försäkringsgivaren riskerar då att även drabbas av sanktioner enligt denna lag. Lagrådet invände mot kritiken att denna civilrättsliga sanktion inte var anmärkningsvärd. Lagrådet uttryckte dessutom att en begränsning av sanktionssystemet till marknadsrättslig tillsyn och eventuell tillämpning av 36 § AvtL skulle öka risken för att informationen inte skulle bli tillräcklig.<sup>247</sup> Regleringen försvarades även med att det, framför allt i konsumenträttsliga sammanhang, anses att överraskande eller särskilt betungande standardvillkor inte blir del av avtalet redan genom en svepande hänvisning utan att de måste omnämnas särskilt.<sup>248</sup> Inte desto mindre utgör regeln en utvidgning av den gallringsregel som följer av allmänna avtalsrättsliga regler om standardvillkors införlivande. Enligt dessa regler blir standardvillkoren ovillkorligen del av avtalet om motparten fått del av dessa, såvida villkoren inte kan åsidosättas för att de är oskäligen eller otydliga, närmast med en tillämpning av 36 § AvtL respektive oklarhetsregeln. Gallringsregeln i 2 kap. 8 § tillämpas även om försäkringstagaren fått del av villkoren, vilket torde vara det ojämförligt vanligaste. Regeln träder dessutom över huvud taget inte i tillämpning förrän efter avtalsingäendet. Denna regel har också uppfattats vara onödigt sträng.<sup>249</sup> En lösning motsvarande den i 2 kap. 8 § FAL föreslogs också av Marknadsföringsutredningen för distans- och hemförsäljningslagen.<sup>250</sup> Förslaget ledde emellertid inte till lagstiftning i denna del.

<sup>247</sup> Se prop. 2003/04:150, s. 1058.

<sup>248</sup> Se prop. 2003/04:150, s. 1058 f. och NJA 1979 s. 401. Se även NJA 1978 s. 432 och NJA 1997 s. 524.

<sup>249</sup> Se Bengtsson, Försäkringsavtalsrätt, s. 197, ff., s. 215 ff., s. 385 f., s. 528 f., s. 578 och s. 581. Se även Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, s. 397 not 303, s. 515 med not 292.

<sup>250</sup> Se SOU 2007:1, s. 19 och 147. Se även SOU 2007:1, s. 125: "Under lagstiftningsarbetet framhöll Lagrådet att tekniken med en civilrättslig sanktion av informationsbestämmelser inte var anmärkningsvärd [se prop. 2003/04:150, s. 1058]. Att enbart lita till marknadsrättslig övervakning och jämkning av ett avtal med stöd av 36 § avtalslagen skulle också, menade Lagrådet, innebära en risk för att informationen på väsentliga punkter blev sämre.

### *Tydligare syfte med regleringen*

Det är möjligt att ifrågasätta varför investeringar på den finansiella marknaden ska skyddas av ett omfattande regelverk.<sup>251</sup> Såsom framhållits ovan framförs ofta i motiven att det är viktigt att investerare skyddas, så att inte förtroendet för den finansiella marknaden äventyras. Frågor som följer härav är emellertid om inte investerarskyddet kan tillmätas ett självständigt värde och vilken omfattning som investerarskyddet ska ha, dvs. vilka risker som kan tolereras att investerare själva får bära. En jämförelse med den påverkan en olämplig fastighetsinvestering kan ha för den enskildes ekonomiska ställning och det begränsade investerarskydd som uppställs i jordabalkens felregler kan vara nyttigt i detta sammanhang. Det kan också ifrågasättas om regelverket ska modelleras med normalinvesteraren eller den svagaste kunden som mall.<sup>252</sup>

### **Preciserade kunskapskrav och god sed**

Orsaken till att lagstiftaren ansett det nödvändigt att uppställa särskilda kunskapskrav på vissa professioner är att kraven bidrar till att öka kvaliteten på tjänsterna.<sup>253</sup> Uppdragsgivaren har som en följd härav rätt att utgå från att rådgivaren är kvalificerad, vilket är fördelaktigt om uppdragsgivaren inte har förmåga att utvärdera huruvida rådgivarens kompetens är tillräcklig,<sup>254</sup> men

Ett motsvarande synsätt kan enligt utredningen anläggas när det gäller informationsbestämmelserna i distans- och hemförsäljningslagen. Det kan därför vara både naturligt och effektivt att vid sidan av det marknadsrättsliga sanktionssystemet koppla också en civilrättslig påföljd till en underlåtenhet att lämna föreskriven information enligt distans- och hemförsäljningslagen. Såvitt utredningen har kunnat finna förekommer det inte några problem med ofrivillig avtalsbindning och liknande förfaranden vid telefonförsäljning av finansiella tjänster. Det saknas därför tillräckliga skäl att nu införa en motsvarande påföljd i fråga om sådana avtal. Bevisbördan för att föreskriven information verkligen har lämnats ligger på näringsidkaren. En civilrättslig sanktion för brister i informationslämnandet bör därför kunna leda till både en bättre efterlevnad av de aktuella lagreglerna och att näringsidkarna säkerställer bevisning om att de har lämnat föreskriven information.”

<sup>251</sup> Se Lyngé Andersen, Lennart, *Hvad nu, Bendt Bendtsen?: Retssikkerhed og kundetillid*, Christian Ejlers' Forlag, Kbh., 2006, s. 5 f. och s. 16 ff.

<sup>252</sup> Se Chiu, *Securities Intermediaries in the Internet Age and the Traditional Principal-Agent Model of Regulation*, s. 352. Se vidare Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, s. 339 ff., Hveem, *Finansiell rådgivning og god skikk*, s. 179 och Boe, *Forholdet mellom privatrett og offentlig rett – nye tendenser*, s. 114 och s. 135.

<sup>253</sup> Se avsnitt 10.2.1.

<sup>254</sup> Uppdragsgivarna kan själva behöva öka sin kompetens, se t.ex. Moloney, *Confidence and Competence: The Conundrum of EC Capital Markets Law*, s. 33 ff.: ”A greater focus on

regleringen skyddar även den som händelsevis skulle ha sådan förmåga. Detta leder till att behovet att närmare utreda uppdragstagarens kompetens minskar, vilket kan antas vara effektivitetshöjande. Kunskapskraven är av avgörande vikt, inte minst eftersom de utgör en komponent vid ansvarsbedömningen. Att rådgivaren inte varit tillräckligt kompetent verkar givetvis inte lindrande.

De lagstadgade kunskapskraven avseende försäkringsförmedlare, finansiella rådgivare och investeringsrådgivare ska konkretiseras av Finansinspektionen. Lagstiftaren har med varm hand överlämnat till inspektionen att närmare ange vilka specifika kunskapskrav rådgivarna ska uppfylla, i motiven framförs endast översiktliga hänvisningar till relevanta ämnesområden.<sup>255</sup> Fi-

education as to the generic and particular risks of the EC capital market might reduce any impact of investor irrationality on the growing market and develop a more sophisticated investor base for the new marketplace. Higher levels of EC financial literacy are particularly necessary given the increasing need for savers to take responsibility for their pension provision and the move by savers to place retirement funds in the capital markets in order to achieve better returns.” Se även t.ex. Finansinspektionens rapport 2009:10, Konsumentskyddet på finansmarknaden, s. 6: ”Enkäten visar att hushållen i gemen ofta har svårt att se en omedelbar nytta med att utvärdera och jämföra alternativ till sin huvudbank respektive sin etablerade leverantör av försäkringar. Bristen på aktivitet kan bero på att hushållen tycker att det är svårt att jämföra och förstå de olika valen. En undersökning som EU genomförde visar att nästan tre av tio svenskar tycker att privatekonomi och finansiella tjänster känns svårt, vilket är dubbelt så högt som EU-genomsnittet. En orsak till att konsumenterna finner det svårt kan vara att informationen om finansiella produkter är för komplicerad eller otillräcklig för att konsumenterna ska kunna ta den till sig. En annan är att konsumenten saknar tillräcklig kunskap för att ta till sig informationen. I den utsträckning detta är förklaringen, kan utbildningsinsatser som tydliggör vinsterna med att engagera sig, och riskerna med att inte göra det, påverka viljan och förmågan att ta ett större ansvar för löpande vardagsekonomiska beslut.” Se vidare den av FI refererade rapporten Eurobarometer, Public Opinion in Europe on Financial Services (Eurobarometer 230), särskilt s. 21: ”Although an average of 92% citizens put the onus on financial institutions to provide them with advice. How much trust do they place in this advice? Financial institutions in Finland (75%), Belgium (71%) and Denmark (70%) seem to inspire particularly high levels of trust. However, in Greece, trust seems to be more of an issue with only 17% trusting the advice of financial institutions.”

<sup>255</sup> Se som ett exempel avseende kunskapskrav för försäkringsförmedlare enligt FfL prop. 2004/05:133, s. 65 f.: ”När det gäller det närmare innehållet i reglerna kan följande allmänna överväganden och bedömningar göras. Alla förmedlare bör ha kunskap om de regler som gäller för försäkringsförmedlingsverksamhet, dvs. i första hand de bestämmelser som kommer att finnas i den nya lagen om försäkringsförmedling och i de föreskrifter och allmänna råd som kommer att meddelas med anledning av lagen. Därutöver bör alla förmedlare ha kunskap om den eller de försäkringsprodukter som han eller hon förmedlar,

nansinspektionen har därefter utfärdat föreskrifter där bl.a. kunskapskraven behandlas.<sup>256</sup>

Kunskapskraven preciseras inte i föreskrifterna. Dessa innehåller i stället övergripande uppställningar av ämnesområden och lagar som rådgivarna ska ”känna till” och i vissa fall kunna ”tillämpa”. Jämfört med t.ex. SwedSecs kunskapskrav är inspektionens anvisningar till rådgivarna (och därigenom också till de privata utbildningsföretag som tillhandahåller kurser inför rådgivarnas licensieringstester och certifieringar) väldigt allmänna och i vissa avseenden intetsägande. Som ett exempel kan anföras 16 kap. 3 § FFFS 2007:16: ”Värdepappersföretaget ska se till att den personal som lämnar investeringsrådgivning känner till innehållet i relevanta lagar och regler med utgångspunkt från rådgivningens inriktning, omfattning och svårighetsgrad.”

Ett annat exempel är kunskapskraven för försäkringsförmedlare i 2 kap. 3 § FFFS 2005:5 (jfr bilaga 1 FFFS 2004:4). Där anges att den som ska förmedla försäkringar ska ha kunskap om ”försäkringsförmedlarens roll och ansvar”. Därefter räknas ett antal ämnen upp: ”Lagen om försäkringsförmedling, Förordningen om försäkringsförmedling, Relevanta föreskrifter och allmänna råd från Finansinspektionen, Finansinspektionens roll och tillsyn,

vilket kräver såväl viss grundläggande kunskap om försäkring i allmänhet som mer detaljerad kunskap om det aktuella produktområdet. I vissa fall torde det vara nödvändigt med mycket goda kunskaper inom olika specialområden, t.ex. vid förmedling av försäkringar mot stora risker. Utöver dessa kunskaper kan det, beroende på den verksamhet som skall bedrivas, vara nödvändigt för en förmedlare att ha kompetens inom ett antal olika områden. Kunskaper i t.ex. försäkringsrätt, civilrätt, skatterätt och ekonomi torde vara nödvändiga för många förmedlare, liksom kunskaper i mer specifika frågor, såsom åtgärder mot penningtvätt, rådgivning etc. Frågor kring kvalitetskrav på utbildningen bör lösas inom ramen för det tänkta föreskriftsarbetet.” Se vidare avseende rådgivningslagen prop. 2002/03:133, s. 21 f. och angående till värdepappersföretagen anknutna ombuds kompetens prop. 2006/07:115, s. 377 f.: ”Vi finner i likhet med utredningen att det är det värdepappersinstitut som anmäler ett anknutet ombud för registrering som bör svara för kontrollen av om ombudet uppfyller de krav som ställs på anknutna ombud. Bolagsverkets granskning bör avgränsas till att avse en kontroll av om en anmälan innehåller de uppgifter som föreskrivs och att det inte i övrigt finns något hinder för registrering. Bolagsverket skall således inte göra någon granskning av om ett anknutet ombud har tillräckliga kunskaper och kvalifikationer eller att det även i övrigt är lämpligt att driva verksamhet som anknutet ombud. Denna granskning ankommer således på det värdepappersinstitut som gör anmälan om registrering och i viss mån på Finansinspektionen som skall utöva tillsyn över värdepappersinstitut och anknutna ombud.”

<sup>256</sup> Se 2 kap. FFFS 2005:11, 2 kap. FFFS 2004:4 och 16 kap. 2–8 §§ FFFS 2007:16.

God försäkringsförmedlingssed, Etik och moral”. Med beaktande av att det grundläggande ansvarsbegreppet god sed inte heller varit föremål för någon närmare konkretisering vare sig i lagarnas motiv eller till lagen hörande föreskrifter är det i dag svårt för en rådgivare och dennes arbetsgivare att försäkra sig om att rådgivaren utför sitt uppdrag med tillräcklig kvalitet.<sup>257</sup> Det är svårt för arbetsgivare, utbildare och rådgivare att närmare föreställa sig vad som förväntas av en försäkringsförmedlare i detta avseende. Kunskapskraven kan spänna över en bred linje – från att översiktligt känna till innehållet i t.ex. FfL till att i detalj behärska lagens innehåll och därtill hörande föreskrifter. Risken med så pass ospecificerade kunskapskrav är att en rådgivare först i efterhand – vid en tvist med uppdragsgivaren – av domstolen får fastställt om rådgivaren haft tillräcklig kunskap. Situationen förbättras inte av det faktum att Finansinspektionen bl.a. har tillsynsansvar över kunskapskravens efterlevnad. Tillsynen kan i detta avseende i praktiken inte rimligen innebära mer än att inspektionen undersöker om det finns någon form av dokumentation över förmedlarens kunskap, t.ex. att denne har gått en kurs, erhållit någon form av certifieringsintyg eller genomgått någon utbildning hos arbetsgivaren. Det är givetvis en svår uppgift att närmare precisera specifika kunskapskrav för en bransch där rådgivarna tillhandahåller rådgivning om många olika typer av tjänster och produkter. SwedSecs kunskapskrav visar emellertid att det är möjligt att dels tämligen långtgående specificera vilka särskilda ämnesområden som blivande rådgivare förväntas behärska och vilka kunskapsnivåer som ska uppnås, dels att utvärdera deras kompetens.

Situationen är otillfredsställande men lätt åtgärdad. Inte minst av rätts säkerhetsskäl borde Finansinspektionen själv närmare specificera de kunskapskrav som den anser vara nödvändiga. Det borde framför allt tydligt anges om t.ex. ingående kunskap om skatterätt är ett krav eller om det är tillräckligt att rådgivaren kan identifiera att rekommendationerna kan ha beaktansvärda skattekonsekvenser så att denne kan hänvisa uppdragsgivaren till en skatteexpert.

<sup>257</sup> Se t.ex. 2 kap. 1 och 2 §§ FFFS 2004:4: ”1 § Näringsidkaren ska se till att den personal som lämnar råd har tillräckliga kunskaper i förhållande till den rådgivning som lämnas. Kunskaperna ska vara relevanta i förhållande till rådgivningens inriktning, omfattning och svårighetsgrad.” och ”2 § Näringsidkaren ska se till att den personal som lämnar råd känner till innehållet i relevanta lagar och regler med utgångspunkt från rådgivningens inriktning, omfattning och svårighetsgrad.”

## Behov av en finansavtalslag?

Det föreligger åtskilliga gränsdragningsproblem mellan rådgivningslagen och värdepappersmarknadslagen. Lagarna är tillämpliga på olika typer av finansrådgivning, och det uppställs alltså en skiljevägg mellan lagarna. Rådgivningslagens analogiverkan är omstridd såväl vad avser föremålet för rådgivning som vilka uppdragsgivare som kan omfattas. Rådgivningslagens motiv synes avvika från utgångspunkten att ett kontraktuellt skadestånd ska motsvara det positiva kontraktsintresset, vilket leder till att konsumenter på oklara principiella grunder kan få ersättning för endast det negativa kontraktsintresset när näringsidkare med största sannolikhet i stället som utgångspunkt har rätt till det positiva kontraktsintresset, låt vara att bevisproblemet avseende skadans storlek i regel torde uppstå.

Rådgivningslagen är en lag som fyller ett viktigt behov, nämligen att kondensera de principer och mera handfasta regler som utmynnat ur rättspraxis och doktrin avseende rådgivningsförpliktelser vid finansrådgivning.<sup>258</sup> Som visats i avhandlingen är rådgivningslagen emellertid i ett antal avseenden oklar, och flera av de oklarheter som lagen hade till syfte att undanröja, är fortsatt aktuella.

Som ett mått på en norms effektivitet kan man använda dess tillämpningsfrekvens. En privaträttslig norm gör nytta om den kan användas till att slita tvister, och allra helst ska tillämpningen kunna befästas på empiriskt verifierbart underlag. Man bör emellertid inte övervärdera detta mått. Tala påpekar att det visserligen är så att man i vissa situationer överdriver rättens betydelse för människornas medvetande, värden och moral men vidhåller att ”rättens symboliska funktion [har] en klart större betydelse i vår pluralistiska värld, karaktäriserad av arbetsfördelning och specialisering, än cyniskt lagda människor medger”.<sup>259</sup> Trots dess brister går det inte att bortse från att rådgivningslagen har en symbolverkan som inte bör underskattas.<sup>260</sup>

Rådgivningslagen har haft en tydlig påverkan på branschen. Rådgivarna har licensierats. Rådgivningsprocessen har strukturerats och dokumenteras. Oklara gränser mellan rådgivning och försäljning föreligger fortsatt, men gränsdragningen har i vart fall medvetandegjorts och rådgivarnas verksamhet har kommit att formaliseras i större utsträckning än tidigare. Genom lagen

<sup>258</sup> Se vidare angående fördelarna med att kodifiera praxis, Roos, Behövs en bankavtalslag?, s. 38 f.

<sup>259</sup> Se Tala, Lagstiftningsforskning, s. 153.

<sup>260</sup> Se vidare Galligan, Denis J., *Law in Modern Society*, Oxford University Press, New York, 2006, s. 331 ff., särskilt på s. 335 ff.



har investerare blivit medvetna om att det går att ställa krav på rådgivare och de kan lättare informera sig om vad rådgivare har att leva upp till. Vid eventuella klagomål eller krav på skadestånd har det numera etablerats ordningar avsedda att underlätta informationsinhämtning och tvistlösning för framför allt konsumenter – t.ex. inrättandet av Konsumenternas Bank- och försäkringsbyrå, krav på kundklagomålsansvariga hos de företag som tillhandahåller bl.a. finansrådgivning, biträde av Konsumentombudsmannen vid tvister med prejudikatsvärde etc.

Rådgivningslagen är till sin karaktär väsentligen generellt utformad och lämnar många frågor obesvarade. En del av dessa har behandlats i avhandlingen. En kritik som kan framföras mot rådgivningslagen är att dess övergripande skyddssyfte riskerar att missförstås av gemene man. Kraven på rådgivarna har genom den omkringliggande regleringen och den ökade uppmärksamheten ökat markant och detta kan verka förvillande om systemets grundbult obestridligen är att investerare fortsatt har att bära investeringsrisken. Denna pedagogiska utmaning blir inte mindre av att gränsdragningen mellan vårdslöst utförda rådgivningstjänster och de fall där investerarna har att ansvara för sina ”undermåliga” investeringsbeslut är svår att illustrera i teorin och i många fall inte lättare att förutsäga i praktiken.

Att finansrådgivning regleras av antingen rådgivningslagen eller värdepappersmarknadslagen bidrar alltså till gränsdragningsproblem.<sup>261</sup> Värdepappersföretagens möjligheter att marknadsföra sina tjänster genom ombud, framför allt försäkringsförmedlare, leder dessutom till att en rådgivningssituation kan vara att bedöma enligt tre regelverk samtidigt – rådgivningslagen, värdepappersmarknadslagen och försäkringsförmedlingslagen – varav inte något av dem har till funktion att verka som bakomliggande, tolkningsstödjande ramverk. Lånefinansieras investeringen ska dessutom rådgivningen och kreditgivningen bedömas enligt bank- och finansieringsrörelselagen och eventuellt konsumentkreditlagen. Det förhållandet att en uppdragsgivare enligt värdepappersmarknadslagen är att bedöma som antingen icke-professionell kund, professionell kund eller jämbördig motpart samtidigt som övriga regelverk utgår från kundkategoriseringen konsument eller näringsidkare försvårar situationen. Dessutom kompletteras lagstiftningen av föreskrifter, allmänna råd och vägledning från Finansinspektionen och

<sup>261</sup> Även det europeiska regelverket är omfattande och svåröverskådligt, vilket föranlett kommissionen att löpande utvärdera regleringen, se KOM(2005) 629 slutlig, s. 5 ff. Se även KOM(2005) 117 slutlig, Grönbok om politiken för finansiella tjänster 2005–2010.

Konsumentverket. En myriad av bestämmelser blir således eventuellt tillämpliga på ett investeringsråd om t.ex. ett månatligt sparande i fonder alternativt köp av en aktieindexobligation.

Regelmassan är svåröverskådlig och leder till problem såväl vid efterlevnad av regelverket som tillsyn över detsamma. Finns det då någon lösning på detta problem? Nej, det finns naturligtvis inte någon enkel patentrösning. Däremot skulle situationen främjas av att regelverket samlades i den mån det är möjligt i en övergripande lag som skulle vara tillämplig på finansavtal i stort. Den norska finansavtalslagen fyller ett sådant syfte. Lagen inbegriper regler om kreditgivning, informationsplikt till borgenärer, avrådningsplikt etc. Om en motsvarande lagstiftning infördes i Sverige skulle vissa av de gränsdragningsproblem som i dag föreligger kunna undvikas. Att framför allt informationsförpliktelser vid finansiella avtal samlas i en övergripande lag, skulle bidra till att det blir tydligare för alla inblandade aktörer, hur omfattande informationsförpliktelserna är. En kritisk granskning av om de motsägelser mellan de lagfästa krav som ställs på olika professioner vilar på rationella grunder skulle vara oundviklig. En allmänprofessionell avrådningsplikt skulle i detta sammanhang sannolikt te sig naturlig.

Även om regelverket är komplicerat och att det säkerligen är förenat med stora svårigheter att samla reglerna i en finansavtalslag, torde ett möjligt och önskvärt första steg vara att rådgivningslagens tillämpningsområde vidgades genom avförandet av de begränsningar som anges i 3 a §. På så sätt skulle lagen bättre kunna samspela med värdepappersmarknadslagen och försäkringsförmedlingslagen genom uppställandet av huvudsakligen generellt utformade minimikrav. Införandet av en definition av finansiell rådgivning (alternativt placeringsrådgivning och finansrådgivning) i lag eller bindande föreskrift som tydligt kontrasterar försäljning respektive marknadsföring torde vara efterlängtat. Ett tydliggörande av på vilka sätt rådgivare ska få kombinera rådgivningen med försäljning och marknadsföring är eftersträvanvärt. Här skulle försäkringsförmedlingslagens krav på etikettering av förmedlarkategorier kunna tjäna som förebild. Ett krav på att rådgivaren uppger när denne rör sig mellan dessa faser kan möjligen övervägas.

Förhoppningsvis kommer en översyn av regelverket avseende finansrådgivning inom en snar framtid att bli en realitet. Behovet är överhängande.