

Reklamation av investeringsrådgivning och diskretionär förvaltning

FREDRIC KORLING¹

De senaste åren har investerarskyddet varit i fokus för såväl den svenska som den europeiska värdepappersmarknadsregleringen. Trots detta saknas det fortsatt harmoniserade regler avseende bl.a. reklamation och preskription inom EU, vilket gör att ledning får sökas i den nationella lagstiftningen. I artikeln analyseras en kunds reklamationskyldighet vid investeringsrådgivning och diskretionär förvaltning. Det saknas såväl lagstiftning som självreglering vid diskretionära förvaltningsuppdrag och ledning får därför sökas genom en analogi av framför allt lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter. De standardavtal som finns på området, med särskilda reklamationsregler, anses av författaren inte vara tillämpliga på ett förvaltningsavtal i dess helhet utan endast på enskilda transaktioner.

1. Inledning

Allmänt sett är ett diskretionärt förvaltningsuppdrag ett löpande uppdrag, dvs. uppdragsgivaren har givit uppdragstagaren i uppdrag att förvalta uppdragsgivarens medel i enlighet med placeringsinstruktionen. Uppdragstagaren redovisar vanligtvis genomförda transaktioner löpande genom månatliga sammanställningar, s.k. avräkningsnotor. Eftersom reklamationskyldigheten inte regleras i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden (cit. värdepappersmarknadslagen, VpmL) vare sig avseende de tillståndspliktiga investeringstjänsterna investeringsrådgivning (2 kap. 1 § 5 p. VpmL) eller diskretionär portföljförvaltning (2 kap. 1 § 4 p. VpmL) kan denna regleras avtalsmässigt mellan parterna, förutsatt att det inte finns någon tillämplig

¹ Innehavare av post doc-tjänst finansierad av Torsten Söderbergs Stiftelse. Jag vill tacka prof. Jori Munukka för värdefulla kommentarer på artikeln. Resterande felaktigheter är givetvis till fullo mina egna.

konsumentlagstiftning eller annan indispositiv lagstiftning som anger något annat. På området återfinns den enda reklamationsregleringen i 7 § lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter (cit. rådgivningslagen, LFR).²

Det bör inledningsvis framhållas att det vid frågor om diskretionär portföljförvaltning rör sig om två huvudsakliga uppdrag – dels ett uppdrag avseende finansiell rådgivning (LFR)/investeringsrådgivning (VpmL), dels ett diskretionärt portföljförvaltningsuppdrag. Eftersom uppdragen är att bedöma som separata, inte minst till följd av att de utgör två olika typer av tillståndspliktiga investeringstjänster, kommer jag att bedöma reklamationsfrågan per uppdragstyp, dvs. finansiell rådgivning/investeringsrådgivning och diskretionär portföljförvaltning var för sig.

2. Reklamation av rådgivningsuppdrag

2.1 Reklamationsregleringen vid finansiell rådgivning

Kunden (uppdragsgivaren) träffar ofta förvaltaren (uppdragstagaren) vid ett flertal tillfällen, såväl vid upprättandet av placeringsinstruktionen som löpande under förvaltningsuppdragets utförande.³ Vid dessa möten diskuteras genomförda placeringar och planerade investeringar i enskilda finansiella instrument och allmänt hur förvaltningen fortsättningsvis bör utföras. Vid dessa möten ger förvaltaren oftast kunden även rekommendationer om hur förvaltningen fortlöpande bör ske och om placeringsinstruktionen eventuellt behöver justeras. Vanligtvis sker sådana möten även vid de tillfällen där kunden har invänt mot att förvaltningen inte utförts i enlighet med placeringsinstruktionen. Diskussionerna vid ett sådant möte blir att betrakta som finansiell rådgivning enligt 1 § LFR respektive investeringsrådgivning enligt 2 kap. 1 § 5 p. VpmL till följd av att uppdragstagaren vid dessa typer av

² Jag kommer i denna artikel fokusera på rättsförhållandet mellan ett värdepappersbolag och en icke-professionell kund/konsument. I många avseenden torde emellertid synpunkterna i denna fråga ha bäring även i förhållande till en professionell motpart.

³ Förvaltaren torde vanligen träffa kunden åtminstone en gång per år för att se över genomförda placeringar samt eventuellt justera placeringsinstruktionen. Ett värdepappersföretag har även skyldighet att minst en gång per år till varje kund för vars räkning det innehar finansiella instrument eller medel lämna en översikt över de finansiella instrumenten eller medlen om sådan sammanställning inte har tillhandahållits kunden i något annat regelbundet utdrag, se 17 kap. 13 § Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 2007:16) om värdepappersrörelse.

möten ofta också lämnar *rekommendationer* till kunden om hur denne bör agera.⁴

Reklamation av finansiell rådgivning/investeringsrådgivning regleras i rådgivningslagen. Värdepappersmarknadslagen saknar reklamations- och preskriptionsregler och rådgivningslagens regler blir således tillämpliga även på investeringsrådgivning enligt värdepappersmarknadslagen.⁵

Det som skiljer värdepappersmarknadslagen från rådgivningslagen är att något konsumentbegrepp inte återfinns, istället är kunderna indelade efter kompetens – icke-professionella kunder, professionella kunder och jämbördiga motparter, 8 kap. 15–20 §§ VpmL. En icke-professionell kund enligt värdepappersmarknadslagen kan vara antingen att bedöma såsom en konsument eller en näringsidkare (när det i denna artikel hänvisas till en icke-professionell kund avses en person som omfattas av konsumentdefinitionen i rådgivningslagen, låt vara att en näringsidkare som är en icke-professionell kund i många avseenden torde bedömas på ett likartat sätt beroende på individuella omständigheter).⁶ Mot bakgrund av att rådgivningslagen utgör en kodifikation av praxis rörande rådgivare (även i förhållande till icke-konsumenter) samt att rådgivningslagens krav på avtalsparterna i stora delar inte är särskilt ”konsumentvänliga” torde bedömningen av frågan om reklamation har skett i tid vara tämligen likartad oaktat om kunden i rådgivningslagens mening är en konsument eller näringsidkare. En näringsidkare har nämligen i många fall ett likartat kundskyddsbehov, eftersom det faktum att kunden är en näringsidkare inte automatiskt leder till att denne därmed också besitter tillräckliga kunskaper för att bedöma t.ex. risken med den tilltränkta investeringen.⁷

Enligt 7 § LFR ska en konsument, som vill göra gällande att finansiell rådgivning orsakat denne skada, underrätta näringsidkaren om detta *inom skälig tid efter det att han eller hon märkt eller bort märka att skada har uppkommit*. Sker inte reklamation i tid faller rätten till skadestånd enligt rådgivningslagen bort, 7 § 2 st. LFR. Detsamma gäller om konsumenten inte väcker talan inom 10 år från rådgivningstillfället, 7 § 2 st. LFR.

I propositionen till rådgivningslagen anförs att skadebestämningen vid finansiell rådgivning oftast är svår att bedöma till följd av att skadan kan

⁴ Se Korling, Fredric, Rådgivningsansvar: särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning, Jure, Stockholm, 2010, s. 238 ff. och s. 293 ff.

⁵ Se prop. 2006/07:115 Ny lag om värdepappersmarknaden, s. 441.

⁶ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 245 ff. och s. 285 ff.

⁷ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 285.

komma att öka och minska med tiden. Det kan även gå lång tid mellan rådgivningstillfället och tidpunkten för skadans realiserande. Det ankommer därför på konsumenten att *agera* om denne upptäcker att en skada har uppkommit.⁸ Det är således inte möjligt för konsumenten att "helt passivt" betrakta ett händelseförlopp innebärande att insatt kapital efter hand "minskar eller att oförutsedda utgifter skapas och ökar".⁹ Därav följer att konsumenten har en uttrycklig skyldighet att reklamera efter det tillfälle då konsumenten har märkt eller borde ha märkt att den finansiella rådgivningen har orsakat en skada.¹⁰ Tidpunkten för bedömningen av om reklamation skett i tid är vad som kan anses vara *skälig tid* från det att konsumenten märkt eller bort märka att skada har uppkommit. Det anges emellertid inte någon specifik tidsram i propositionen till rådgivningslagen för vad som ska utgöra skälig tid utan detta måste avgöras från fall till fall.¹¹ För bedömning av om

⁸ Se NJA 2007 s. 35 avseende frågan om tolkning av uttrycket "skada upptäckts" i villkoret § 6.8 i standardavtalet Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvksamhet (ABK 96) där HD konstaterade att: "Med hänsyn till vad BKK [Föreningen Byggandets Kontraktskommitté] anfört kan en lämplig avvägning mellan de motstående intressena vara att det i allmänhet bör gälla att tiden för framställande av krav på skadestånd skall börja löpa när det för beställaren framstår som sannolikt att han är ansvarig mot sin uppdragsgivare och det föreligger skälig anledning för honom att anta att konsulten är ansvarig för skadan." Justitierådet Kerstin Calissendorff var skiljaktig och anförde i denna del: "För att reklamationsfristen skall börja löpa krävs således dels att beställaren har fått kännedom om de faktiska omständigheter som är ett element i kontraktsbrottet, dels att beställaren borde förstå att de konstituerar ett fel för vilket konsulten svarar, dvs. sammantaget att denne gjort sig skyldig till ett kontraktsbrott. Vad vidare gäller insikten om att beställaren också lider en ekonomisk skada till följd av kontraktsbrottet, kan det inte anses förenligt med ändamålet med reklamationsbestämmelsen och vad ovan anförts om ordet upptäckt, att reklamationsfristen börjar löpa först när det står klart eller framstår som sannolikt för beställaren att kontraktsbrottet medfört en skada. Det får anses tillräckligt att beställaren borde förstå att han kan komma att lida en skada till följd av kontraktsbrottet. Eftersom det i regel redan i ett tidigt stadium uppkommer kostnader för beställaren för utredning av felet, torde detta sista led sällan välla svårighet för beställaren vid bedömningen av om reklamationskyldighet har inträtt."

⁹ Se prop. 2002/03:133 Lag om finansiell rådgivning till konsumenter, s. 34. Se även Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, Norstedt, Stockholm, 1956, s. 204 ff. Reklamationskyldigheten är ett utflöde av den kontraktuella lojalitetsplikten där avtalsparten har en skyldighet att visa lojalitet genom att minska skadeverkningarna av den vårdslösa rådgivningen, se Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure, Stockholm, 2007, s. 59 och Ramberg, Christina, *Reklamation mot advokater och revisorer*, SvJT 2010 s. 142, på s. 145.

¹⁰ Se prop. 2002/03:133, s. 34. Se även Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. 2 häftet, allmänna ämnen*, 5 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011, s. 152 ff.

¹¹ Se prop. 2002/03:133, s. 35.

reklamation skett inom skälig tid, behöver emellertid ett flertal faktorer analyseras.

2.1.1 Fristens början

Det föreligger ett krav på konsumenten att reklamera då konsumenten hade kunnat notera att effekten av rådet inte överensstämde med det som kunden hade förväntat sig.¹² Däremot är det inte alltid givet att konsumenten borde ha insett att den aktuella effekten är vållad av ett *vårdslost* råd. Vid bedömningen av kundens insikt torde krävas att kunden dels inser att en skadlig effekt har uppkommit, dels inser att den skadliga effekten är orsakad av rådgivarens *handlande* för att reklamationsfristen ska börja löpa.¹³ Det är således konsumentens kompetens, eller i vart fall den kompetens som konsumenten borde ha haft, som blir avgörande för när fristen ska anses börja löpa. Därvid spelar konsumentens personliga sakkunskap stor roll (se nedan).

2.1.2 Personlig sakkunskap

Bedömningen av om när konsumenten borde ha upptäckt att tjänsten inte är avtalsenlig utgår från den enskilde konsumentens kunskap och kompetens (insåg) kombinerat med en objektiv bedömning (borde ha insett).¹⁴ Är konsumenten kunnig inom området ställs högre krav än vad som gäller för en genomsnittlig konsument. Därutöver kan konsumenten ansetts ha upptäckt skadan i ett tidigare skede än vad som faktiskt skedde mot bakgrund av att

¹² Se avseende reklamationsfristens början enligt konsumentköplagen (1990:932) (cit. KköpL), Herre, Johnny, *Konsumentköplagen: en kommentar*, 2 rev. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2004, s. 190: "När varan kommer i konsumentens besittning utan dennes vetskap uppkommer reklamationskyldigheten inte förrän konsumenten får kännedom om att varan har avlämnats." Se även NJA 1988 s. 335 och NJA 1977 s. 756 samt Ramberg, Christina, *Reklamation vid kontraktbrott*, 1 uppl., Juristförlaget, Stockholm, 1996, s. 51 ff.

¹³ Se Kleineman, Jan, *Reklamationsplikt vid rådgivningsansvar, Festskrift till Torgny Hästad 2010*, Studier i kontrakts- och skadeståndsrätt, Jure, Stockholm, 2011, s. 734 f.: "Att kunden bort inse såväl att rådgivaren varit oaktsam som att det inträtt en skadlig effekt är enligt mitt förmenande två nödvändiga rekvisit som måste vara uppfyllda för att reklamationsfristen skall börja löpa." Se motsvarande enligt konsumentköplagen, prop. 1989/90:89 om ny konsumentköplag, s. 114 f.: "I praktiken bör säljaren få godta att en relativt lång tid har förflutit innan köparen reklamerar mot ett köp, förutsatt att felet inte är sådant att det märks redan vid en ytlig granskning av varan." Se även Ramberg, *Reklamation vid kontraktbrott*, s. 55 f. och Ramberg, *Reklamation mot advokater och revisorer*, s. 152.

¹⁴ Se Ramberg, *Reklamation vid kontraktbrott*, s. 56 ff. och s. 61 f.

man bedömer att konsumenten *borde* ha upptäckt skadan vid ett tidigare tillfälle. Typen av finansiellt instrument kan påverka bedömningen i detta avseende. I fall av relativt okomplicerade instrument kan det räcka med att konsumenten tar del av de redovisningar som regelbundet skickas till konsumenten.¹⁵ Vid mer komplicerade placeringar kan det krävas att konsumenten mer aktivt bevakar investeringen. För att ett sådant övervakningsansvar ska aktualiseras torde det emellertid krävas att konsumenten är införstådd med placeringens komplicerade natur och att konsumenten har tillräcklig kompetens för att övervaka att placeringen är avtalsenlig. Konsumentens kompetens och möjlighet att bedöma utfallet på den aktuella investeringen är således av vikt för bedömningen.¹⁶ För att reklamationsplikten ska föreligga är det givetvis nödvändigt att konsumenten i sådana fall är tillräckligt kompetent att förstå vilka risker som är förenade med sådan typ av handel med finansiella instrument och också har tillräcklig kompetens för att effektivt utvärdera den information som tillställs denne genom avräkningsnotor eller annan typ av transaktionsrapportering.¹⁷ Om kunden haft omständigheter av personlig natur som försenat granskningen, t.ex. genom sjukdom, torde detta kunna anföras som giltig ursäkt för att inte ha reklamerat tidigare.¹⁸

¹⁵ För en definition av vad avses vara okomplicerade instrument enligt värdepappersmarknadslagen, se 8 kap. 25 § 1 st. 1 e VpML och 15 kap. 11 § FFES 2007:16.

¹⁶ Se prop. 2002/03:133, s. 34 f. och s. 55 f.: ”Även den enskilde konsumentens möjligheter att rätt bedöma utfallet på den aktuella investeringen torde vara av betydelse, t.ex. erfarenheten av aktuella finansiella instrument.” Se motsvarande prop. 1984/85:110, s. 217. Se även NJA 2008 s. 1158 och Grauers, Folke, *Reklamationsfristen vid fastighetsköp*, Infotorg Juridik (2009-03-25): ”Tyvärr ger rättsfallet ingen vägledning om köparen bort märka felet ännu tidigare, eftersom det inte fanns underlag för en sådan bedömning. Rimligen måste ändå köparen ha märkt så pass tydliga felsymtom (’besvärande lukt’) innan en besiktning beställdes, att han ’bort märka’ felet redan då, men vad som krävs i det avseendet är fortfarande oklart, även om det i förarbetena framhållits att fristen börjar löpa först, då felet på ett ’påtagligt sätt’ framträder. Hur besvärande skall en lukt vara för att köparen skall ha bort märka felet?”

¹⁷ Se prop. 2002/03:133, s. 35. Se även prop. 1989/90:89, s. 114: ”Frågan om när köparen borde ha märkt felet kan vara beroende av hans kunskaper om varor av det slag som köpet avser. Skyldigheten att reklamera inträder nämligen inte nödvändigtvis redan då t.ex. de funktionsstörningar som felet orsakar först kunde konstateras, utan det bör dessutom förutsättas att köparen borde ha insett att störningarna kan bero på fel i varan, och inte något annat, såsom felaktig användning e.d.” Se också avseende dolda fel, prop. 1989/90:77 om konsumentskydd vid förvärv av småhus m.m, s. 62.

¹⁸ Se Ramberg, Jan & Herre, Johnny, *Köplagen*, 1 uppl., Fritze, Stockholm, 1995, s. 373 och prop. 1984/85:110 om konsumenttjänstlag, s. 217. Vad avser näringsidkare torde möjligheten att åberopa personliga omständigheter vara betydligt begränsad, se Håstad, Torgny, *Köprätt: och annan kontraktsrätt*, 6 uppl., Iustus, Uppsala, 2009, s. 101 med hänvisning

Avgörande är således när den enskilde konsumenten insåg eller borde ha insett att rådgivningen inneburit att konsumenten rekommenderats olämpliga placeringar. Detta torde vanligtvis först ske en tid efter det att konsumenten investerat i enlighet med rådgivarens rekommendationer och erhållit en negativ avkastning på det investerade kapitalet. Det poängteras i propositionen att konsumenten åläggs ett aktsamhetskrav innebärande att om en konsument valt att investera i enlighet med rådgivarens rekommendationer, bör konsumenten också ha ”rimlig kontroll över hur denna placering utvecklas resultatmässigt”.¹⁹ Denna aspekt bör därför framhållas av rådgivaren vid rådgivningstillfället.

Det är emellertid inte tillräckligt för att fristen ska börja löpa att konsumenten erhållit avräkningsnotor eller motsvarande transaktionsrapportering. Det krävs ett ytterligare moment, nämligen att konsumenten har insett eller borde ha insett att denne erhållit olämpliga rekommendationer, dvs. att tjänsten inte är avtalsenlig. Det är således kundens egen kompetens som blir avgörande. Upptäcker inte kunden omedelbart att en felaktig placering har genomförts finns det en risk för rådgivaren att kunden så att säga spekulerar på rådgivarens risk, dvs. att konsumenten avvaktar en eventuell positiv avkastning och därför inte reklamerar så länge investeringen löper med positiv avkastning. Reklamation sker i stället oftast först när kunden förlorat pengar på investeringen. Konsumenten kan emellertid endast sägas tillåtas spekulera på rådgivarens bekostnad om konsumenten inte har tillräcklig kunskap för att bedöma transaktionens innebörd och verkan. Först när kunden har eller borde ha haft tillräcklig kunskap och insikt börjar reklamations-

till NJA 1982 s. 301. Se även NJA 2005 s. 142: ”I leasingavtalets villkor anges inget beträffande reklamation i händelse av krav på återbetalning av leasingavgifter. Någon direkt tillämplig lag finns inte i detta fall. När det gäller att bedöma hur lång tid efter betalningen betalaren kan vara passiv utan att gå miste om sin rätt till återbetalning får det anses vara en allmän princip inom civilrätten att en köpare eller beställare, som vill göra gällande anspråk på grund av fel eller brist, har att reklamera utan oskäligt uppehåll efter det han märkt eller bort märka felet respektive bristen (jfr justitierådet Linds tillägg i NJA 1989 s. 224). När betalaren är en näringsidkare måste krävas en snabbare reaktion än när det handlar om konsumentförhållanden.” Se avseende NJA 2005 s. 142 Herre, Johnny, *Räntetjusteringsklausuler i leasingavtal och vid avbetalningsköp*, Infotorg Juridik (2005-03-24): ”Att märka här är att skälet till att reklamation ansågs ha skett i tid var att det ansågs att J reklamerat så snart han insett att det förekommit överdebiteringar och att han inte borde ha insett detta tidigare. Det som är intressant i detta sammanhang är att fråga inte var om ett typiskt fel/brist i säljarens prestation utan om en felaktig tillämpning av ett avtalsvillkor.”

¹⁹ Se prop. 2002/03:133, s. 35.

fristen löpa. Det man bör tänka på är att förvaltaren har agerat avtalsstridigt och därmed ej med tillräcklig omsorg tillvaratagit kundens intressen. Det är därför rimligt att risken för konsumentens felaktiga placering bärs av rådgivaren, till dess att konsumenten inser eller borde ha insett att konsumenten erhållit ett olämpligt råd.

Avgörande för tolkningen av situationen är emellertid vid vilket *tidpunkt* som kunden bedöms ha haft eller borde ha haft tillräcklig kunskap om den felaktigt levererade tjänsten. Om kunden dröjer alltför länge med att reklamera finns det en risk för att kundens handlande genom passivitet istället bedöms vara ett accepterande av placeringen.²⁰ En annan möjlighet är att förvaltarens skadeståndsskyldighet begränsas med hänsyn till att kunden har försummat sin skyldighet att begränsa skadan. Den avgörande faktorn är dock återigen vid vilken *tidpunkt* kunden bedöms ha haft tillräcklig kunskap alternativt borde ha insett att kunden erhållit en avtalsstridig prestation.

I doktrinen har diskuterats med hänvisning till NJA 2008 s. 243 om det är möjligt för rådgivaren att genom en preciserad fråga till kunden efterhöra om denne har för avsikt att kräva skadestånd av rådgivaren. Det har framförts att om en preciserad fråga ställs till kunden och

”klienten inte svarar på advokatens/revisorns fråga, kan man normalt utgå från att klienten genom sin passivitet förlorat rätten att göra gällande rätt till skadestånd. ... Om klienten svarar att han inte har för avsikt att kräva skadestånd, kan han sannolikt inte därefter ångra sig och senare framföra krav på skadestånd.”²¹

En sådan effekt kan endast rimligen föreligga i de fall då kunden är tillräckligt kompetent att bedöma rådgivningens kvalitet och dess effekter. Saknar konsumenten tillräcklig kompetens synes det inte vara möjligt för konsumenten att ge rådgivaren ett sådant besked, snarare åvilar det rådgivaren att upplysa konsumenten om effekterna av att ett sådant svar ges mot bakgrund av ett otillräckligt informationsunderlag.

2.1.3 Rådrum för felundersökning

Som framhålls i propositionen kan det gå avsevärd tid mellan rådgivningstillfället och tidpunkten för skadan. Skadan kan dessutom variera över tid

²⁰ Se t.ex. NJA 2007 s. 909 där HD framhåller att det av ”allmänna kontraktsrättsliga principer i kommersiella förhållanden får anses följa att en avtalspart som vill göra gällande påföljder på grund av avtalsbrott inte kan förhålla sig passiv”.

²¹ Se Ramberg, Reklamation mot advokater och revisorer, s. 146.

genom att värdet på investeringen ökar eller minskar under en kortare tidsperiod. Det torde därför finnas betydligt utrymme för konsumenten att undersöka om skadan i det aktuella fallet beror på sedvanliga variationer i investeringens värde eller om skadan är orsakad av rådgivarens handlande.²² Det material som konsumenten har att bedöma i detta fall är oftast dokumentation från rådgivningsmötet samt avräkningsnotor och motsvarande material som sänds till kunden från näringsidkaren. Konsumenten kan inte förhålla sig helt passiv och underlåta att ta del av materialet utan det torde krävas att konsumenten inom rimlig tid tar del av materialet och därvid undersöker om denne erhållit en kontraktssänlig tjänst.²³

2.1.4 Fristens längd

När reklimationsfristen börjat löpa ska konsumenten när denne upptäckt eller bort upptäcka att rådet orsakat denne en skada reklamera detta förhållande inom skälig tid.²⁴ Konsumenten kan således inte passivt betrakta händelseförloppet utan har en skyldighet att meddela rådgivaren för det fall att konsumenten anser att rådgivarens handlande har givit upphov till aktuell skada.²⁵ Reklimationsfristens längd kom att prövas i NJA 2008 s. 1158 som avsåg reklamation enligt 4 kap. 19 a § jordabalken (1970:994) (cit. JB).²⁶ Enligt 4 kap. 19 a § JB ska köparen reklamera inom skälig tid från det att

²² Se prop. 2002/03:133, s. 34. Se även Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2010, s. 221.

²³ Se motsvarande enligt konsumenttjänstlagen prop. 1984/85:110, s. 217: "Det bör sålunda i allmänhet kunna fordras att konsumenten ganska omgående gör åtminstone en ytlig granskning av resultatet i de fall där detta är möjligt och meningsfullt med hänsyn till tjänstens art. ... Normalt bör det alltså inte kunna göras gällande att han på annat sätt, t.ex. genom att företa en mer ingående eller systematisk undersökning, bort märka ett fel som inte kunnat upptäckas vid en ytlig granskning." Se även Håstad, Köprätt, s. 102.

²⁴ Se Ramberg, *Reklamation vid kontraktsbrott*, s. 58 ff. och Ramberg, *Reklamation mot advokater och revisorer*, s. 154: "Mot bakgrund av den domen [NJA 2008 s. 1158] som inte rörde ett avtal där köparens lojalitetsförpliktelse är särskilt stark (det var inte ett avtal uberrimae fidei) samt att klienter intar en underlägsen ställning i förhållande till advokater/revisorer, är det min bedömning att reklimationsfristen mot advokater och revisorer kan vara sex månader eller längre." Jfr NJA 1994 s. 532 avseende reklimationsplikt för näringsidkare med otillräcklig kunskap om innebörden av redovisningen av den köpta tjänsten.

²⁵ Se prop. 2002/03:133, s. 34.

²⁶ Enligt propositionen gäller att avseende dolda fel får "reklimationsfristen beräknas med utgångspunkt från den tidpunkt vid vilken felet på ett påtagligt sätt framträder", prop. 1989/90:77, s. 62.

denne märkt eller bort märka felet.²⁷ I fallet ansåg HD att en köpare som reklamerat inom 4,5 månader hade reklamerat inom skäligen tid, särskilt med hänsyn tagen till att köparen undersökt möjligheten att göra felet gällande mot besiktningsmannen samt att det på grund av semestertider tog något längre tid att få svar från företaget som utfört besiktningen.²⁸ HD anförde avseende tiden för reklamation att:

”[d]et måste anses att det för en köpare som är privatperson utan särskild sakkunskap på området i många fall är svårare vid fastighetsköp än vid köp av lös egendom att bedöma om det föreligger ett fel som kan göras gällande mot säljaren. Det får därför i större utsträckning godtas att en fastighetsköpare innan han reklamerar skall ha möjlighet att anlita biträde av sakkunnig person för att undersöka felet och för att göra bedömningar av det. Vidare kan det vid fastighetsköp finnas möjlighet att framställa krav mot en besiktningsman som utfört överlåtelsebesiktning i stället för mot säljaren. Ett visst, om än begränsat, tidsmässigt utrymme för att innan säljaren reklamerar överväga den saken bör få finnas. I undantagsfall bör även sjukdom och liknande omständigheter av personlig art på köparens sida kunna beaktas när reklamationsfristen bestäms.”

Noterbart är att köparen tillerkändes en tämligen lång reklamationstid med hänvisning till att det vid fastighetsköp kan vara svårt för köparen att bedöma om varan är avtalsenlig. Motsvarande torde i många situationer vara gällande för en köpare av en finansiell tjänst (i vart fall avseende en komplicerad tjänst), vilket även följer av annan konsumentlagstiftning. Detta särskilt som det för många kunder torde vara svårt att löpande utvärdera den finansiella tjänstens avtalsenlighet, annat än vid preciserade köp- och försäljningsuppdrag.²⁹ Effekten av det vårdslösa rådet kan emellertid förvärras med beaktande av att rådgivningen omsatts i köp av finansiella instrument vars värde snabbt kan förändras och konsumenten torde därför så snart som möjligt meddela rådgivaren om att konsumenten anser att rådet varit förfelat.³⁰ Vad som utgör skäligen tid torde emellertid i vart fall innebära betydande utrymme

²⁷ Se prop. 1989/90:77, s. 62 ff. och Beckman, Lars K. m.fl., *Jordabalken: en kommentar till JB och anslutande författningar*, 2 rev. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012, s. 91 f.

²⁸ Se Grauers, Reklamationsfristen vid fastighetsköp.

²⁹ Se prop. 1984/85:110, s. 217: ”Sammanfattningsvis innebär det anförda att det i praktiken får godtas att det kan förflyta en i vissa fall ganska lång tid innan konsumenten reklamerar mot ett fel som inte märks vid en ytlig granskning av tjänstens resultat och som inte heller omedelbart kommer i dagen vid en normal användning av föremålet för tjänsten.”

³⁰ Se vidare Ramberg, Reklamation mot advokater och revisorer, s. 147 f.

för kunden att analysera händelseförloppet och inhämta ytterligare råd för att korrekt kunna bedöma situationen.³¹

2.1.5 *Minimifrist*

Vad som i slutänden anses vara inom skälig tid måste emellertid avgöras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Här har typen av placering samt kundens personliga kunskap och förmåga stor betydelse för bedömningen.³² Huvudregeln är således gällande i såväl konsumenträttsliga som i näringsidkarförhållanden att den part som vill påtala brister i den köpta varan/tjänsten ska reklamera inom *skälig tid*, se t.ex. 32 § köplagen (1990:931) (cit. KöpL).³³

Det har dock anförts att det inte skulle vara lämpligt att analogisera från den tvåmånadersfrist som följer av 23 § konsumentköplagen (1990:932) (cit. KköpL) och konsumenttjänstlagen (1985:716) (cit. KtjL) mot bakgrund av att priserna på finansiella instrument ”ofta är utsatta för marknadssvängningar, vilket gör tjänsten finansiell rådgivning speciell”.³⁴ Uppfattningen har mötts av kritik mot bakgrund av att konsumenter torde ha minst lika svårt att bedöma att en skada har uppkommit i en rådgivningssituation som vid köp av t.ex. lös egendom, en kritik som jag delar.³⁵ Bedömningen av om

³¹ Jfr motsvarande enligt 17 § konsumenttjänstlagen (1985:716) (cit. KtjL) där ett meddelande som lämnas inom två månader från det att konsumenten märkt felet anses alltid ha lämnats inom skälig tid, se prop. 1984/85:110, s. 216 ff.

³² Se prop. 1984/85:110, s. 35. Se också MD 2005:10: ”När det sedan gäller tiden för framställande av anspråk bör ledning kunna hämtas från lagstiftning på konsumenträttens område, t.ex. KtjL. Enligt 17 § KtjL är den yttersta tidsfristen två år för reklamation enligt huvudregeln. I MD 2002:23 fann Marknadsdomstolen också att ett villkor som angav att anspråk för att kunna göras gällande skulle framställas utan oskäligt dröjsmål, dock senast 90 dagar efter att den händelse anspråket grundades inträffade, var oskäligt. I normalfallet är det rimligt att reklamation sker inom den i villkoret angivna tiden, men det måste anses oskäligt att helt frånta konsumenten hans möjligheter att reklamera senare och oavsett om denne har laga förfall. Av anförda skäl är villkoret såvitt avser såväl kravet på skriftlighet som tiden för ställande av anspråk oskäligt.”

³³ Se Ramberg & Herre, Köplagen, s. 372 ff. Se även Ramberg, Reklamation vid kontraktsbrott, s. 60 f.

³⁴ Se Swahn, Mikael & Wendleby, Björn, *Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter: en kommentar*, 1 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2005, s. 88 f. Se Ramberg & Herre, Köplagen, s. 373 och Herre, Konsumentköplagen: en kommentar, s. 190: ”En omständighet som har betydelse för bedömningen är vilken typ av vara köpet avser. Är varan utsatt för snabba prisfluktuationer talar detta för att tiden blir kortare.”

³⁵ Se Kleineman, Reklamationsplikt vid rådgivningsansvar, s. 724.

lämnade finansiella råd varit olämpliga för en konsument är oftast komplicerade till följd av att priserna för ett finansiellt instrument kan variera kraftigt. Därtill är konsumenten oftast i ett informationsunderläge i förhållande till rådgivaren och saknar därmed oftast kompetens att självständigt bedöma rådets tillförlitlighet och lämplighet. Det torde vara betydligt lättare för en konsument att bedöma om t.ex. en kaffekokare eller en TV-apparat är avtalsenlig än om konsumenten erhållit ett vårdslöst finansiellt råd. Det vore därför märkligt och inte i linje med övrig konsumentlagstiftning om konsumenter på detta område skulle ha en sämre utgångspunkt vad avser frågan om reklamation än vid bedömningar av om en vara är avtalsenlig, dvs. att en reklamation inom en tvåmånaders period inte skulle anses vara inom skälig tid.³⁶ Eftersom det dessutom poängteras att konsumenten bör ges betydande rådrum för konsultation och bedömning av det aktuella fallet torde en reklamation som tillhandahålls näringsidkaren i vart fall inom minst två månader från det att konsumenten har upptäckt att denne erhållit ett olämpligt råd anses vara inom skälig tid.³⁷

2.1.6 Rådrum för konsultation

Konsumenten ska även ges tid för att konsultera annan expertis än rådgivaren. Det torde vanligtvis föreligga ett visst motstånd hos en konsument att anlita ytterligare en expert för att bedöma om den första experten har utfört sitt arbete korrekt och i enlighet med uppdragsavtalet.³⁸ Tiden för rådrum

³⁶ Se prop. 1989/90:89, s. 112 f. och prop. 2001/02:134 Ändringar i konsumentköplagen, s. 56 f. och s. 85. Tvåmånadersregeln infördes till följd av att konsumentköpsdirektivet 1999/44/EG implementerades och att överensstämmande regler skulle följa av konsumentköp- och konsumenttjänstlagen, prop. 2001/02:134, s. 56 f. och s. 89.

³⁷ Se överensstämmande Kleineman, Reklamationsplikt vid rådgivningsansvar, s. 724: "Jag har svårt att förstå varför denna typ av konsumenter inte skulle behöva minst lika mycket rådrum som motsvarande kategori anses behöva vid konsumentköp." Jfr avtalad maximitid för reklamation MD 1980:25: "Marknadsdomstolen har i nyssnämnda ärenden [MD 1976:2 och MD 1977:9] funnit en reklamationstid på tre dagar vid tvättjänster respektive sju dagar vid flyttningstjänster oskälig. Med beaktande av det nu anförda måste även det nu behandlade avtalsvillkoret, som anger en reklamationsfrist på åtta dagar, bedömas som oskäligt."

³⁸ Se prop. 1984/85:110, s. 217: "För en konsument kan det vidare framstå som tveksamt, om ett fel är av sådant slag att det kan åberopas. Det kan därför vara nödvändigt för konsumenten att få rådgöra med någon som är insatt i reklamationsfrågor innan han avgör om han skall påtala felet hos näringsidkaren." Se även prop. 1989/90:77, s. 62: "En köpare kan behöva biträde av en sakkunnig person för att bedöma huruvida ett fel föreligger som kan göras gällande mot säljaren. Det kan vidare vara nödvändigt att göra en

inbegriper således tillräckligt med tid för att dels kontakta en annan expert, dels tillräckligt med tid för experten så att denne kan bedöma situationen och lämna rekommendationer till konsumenten om hur denne bör agera.³⁹ Konsumentens tid för rådrudd för konsultation torde inbegripa dels konsultation av en expert för att bedöma om *tjänsten i sig* är felaktig, dels konsultation av en expert för att bedöma om det finns *rättslig möjlighet* att kräva rättelse av felet.⁴⁰ Kunder måste därför vid finansiell rådgivning bedömas ha minst lika stort behov av rådrudd som en privatperson vid köp av en vara eller en fastighet.

2.1.7 Reklamationens form

Det finns inget formkrav angivet för reklamationen, dvs. reklamationen torde kunna delges rådgivaren i för kunden valfri form. Det är emellertid tämligen vanligt att näringsidkaren i sina standardavtal anger särskild form för reklamation. Konsumentlagstiftningen saknar formkrav för reklamation och fråga uppkommer därför om det är möjligt för en näringsidkare att invända att reklamationen inte avgivits i korrekt form med hänvisning till standardavtalet och därför har skett för sent.

Konsumentombudsmannen har i flera tvister vid Marknadsdomstolen (MD) fört talan mot sådana typer av standardvillkor. Krav på skriftlig reklamation har därvid inte ansetts tillåtet i avtal med konsumenter.⁴¹ Motsva-

särskild undersökning av fastigheten.” Se vidare NJA 2008 s. 1158 och Ramberg, Reklamation mot advokater och revisorer, s. 149.

³⁹ Se prop. 2002/03:133, s. 24 f. och s. 55 f.

⁴⁰ Se prop. 1984/85:110, s. 217 f.

⁴¹ Se MD 1990:7: ”Marknadsdomstolen förbjuder N.N. vid vite av femtiotusen kr att vid erbjudande av isoleringsarbete till konsumenter för enskilt bruk använda villkoret ’Vi åtar oss genast efter eventuell skriftlig reklamation avhjälpa alla fel som vi kan ha åsamkat både i mtrl och arbete utan kostnad för kunden. Under förutsättning att de ytor vi isolerat ej har bristfälligt omgivande skikt.’ eller väsentligen samma villkor.”, MD 2002:23: ”Påtalat villkor anger att uppsägningen skall ske skriftligen för att vara giltig. Ledning för bedömningen hämtas bl.a. från konsumentskyddande lagstiftning. Av förarbetena till konsumentköplagen (prop. 1989/90:89 s. 113) framgår t.ex. att något krav på att reklamationer skall vara skriftliga inte kan ställas. Som anförs under villkoret a) har Marknadsdomstolen också i tidigare mål funnit att ett avtalsvillkor om att reklamation skall ske skriftligen är oskäligt enligt AVLK. Skäl saknas för annan bedömning i nu aktuellt fall. Föreskriften om skriftlig form måste därför vara att anse som ett oskäligt avtalsvillkor.”, MD 2005:10: ”Vad först angår kravet på skriftlighet, har Marknadsdomstolen i tidigare avgöranden (bl.a. MD 1990:7 och 2002:23) funnit att avtalsvillkor om att uppsägning och reklamation skall ske skriftligen är oskäliga enligt AVLK. Skäl saknas att göra annan

rande följer av motiven till konsumentköplagen.⁴²

Detta torde tala för att särskilda formkrav för reklamationen i förhållande till konsumenter inte kan göras gällande, med mindre än att konsumenten har framfört en reklamation till näringsidkaren och att denne insett eller borde ha insett att konsumenten ville påtala en avtalsstridig prestation (se vidare avsnitt 2.1.8).

2.1.8 Reklamationens innehåll och precision

Fråga är dock vad reklamationen ska avse, dvs. om det räcker med en s.k. *neutral reklamation* (att konsumenten anser att uppdraget har utförts på ett ansvarsgrundande sätt) eller om det därutöver krävs ett preciserat skadeståndskrav.⁴³ Rådgivaren torde vid denna reklamation inte kunna ställa krav

bedömning när det gäller det slag av anspråk, som mycket väl kan innefatta reklamation, som anges i förevarande villkor. Föreskriften om skriftlighet är således oskälig.” och MD 2005:23: ”I nu aktuellt fall rör avtalet TV-abonnemang. Skäl saknas enligt domstolens mening att göra någon annan bedömning än vad som gjorts i tidigare avgöranden, nämligen en föreskrift om skriftlig form vid uppsägning av avtal är att anse som ett ogiltigt avtalsvillkor enligt AVLK. Det står dock alltid näringsidkaren fritt att rekommendera en sådan form vid uppsägning.”

⁴² Se prop. 1989/90:89, s. 113 f.: ”Även om köpeavtalet föreskriver exempelvis att reklamation skall ske skriftligen, inom en viss kortare tid eller med angivande av den påföljd som fordras, berövar detta inte köparen dennes rättigheter, om köparen fullgör sin i lagen föreskrivna reklamationsskyldighet. Lagen lägger emellertid inte hinder i vägen för att säljaren rekommenderar ett visst förfaringssätt från köparens sida vid reklamation. Detta kan tvärtom ofta vara till fördel för bägge parter genom att det underlättar reklamationens hanteringen.

⁴³ Se NJA 2007 s. 909 där det förelåg en klargörandeplikt för den part som anser att det föreläggat en felaktig uppsägning av avtalsförhållandet: ”Om den skadelidande möter en uppsägning med en neutral reklamation av vilken det klart framgår att uppsägningen inte accepteras bör detta emellertid utgöra en tillräcklig varning till motparten om att ett skadeståndsanspråk kan komma att följa. Det finns därför inte anledning att därutöver kräva att den skadelidande uttryckligen meddelar att han kommer att kräva skadestånd (jfr 29 § köplagen). För det fall att den kontraktsbrytande parten vill ha besked om det är aktuellt med påföljd i form av skadestånd har han möjlighet att begära ett sådant besked.” Se också Madsen, Finn, *Finns det en regel om en allmän reklimationsplikt utanför det lagreglerade området – eller är det en fantomprincip?*, Infotorg Juridik (2010-01-26): ”Konklusionen av det ovannämnda är alltså att Högsta domstolen i NJA 2007 s. 909 fastslagit att en reklimationsplikt kan föreligga enligt analogisk tillämpning av lagregler som gäller närliggande rättsförhållanden. ... Det framstår inte som att Högsta domstolens hypotetiska överväganden i rättsfallet i övrigt medger några säkrare slutsatser rörande reklamationsskyldighet avseende andra situationer än den som prövades.” Se även justitierådet Stefan Lindskogs tillägg i NJA 2008 s. 243: ”I linje med det sagda finns inte utrymme för att anta att en hyresvärd för att vara bevarad sin uppsägningsrätt generellt skulle vara skyldig att inom

på en fullödlig beskrivning av varför rådet har avvikit från vad konsumenten med fog kunnat förutsätta. Det torde därför

”räcka med att rådgivaren bort förstå att kundens klagomål måste uppfattas som en reklamation genom att denne t.ex. hänför sig till effekter som inträtt och som inte borde ha inträtt”.⁴⁴

En sådan reklamation torde vara tillräcklig för att näringsidkaren ska inse att konsumenten kommer att framföra preciserade krav på prisavdrag alternativt skadestånd.⁴⁵ Reklamationen har också funktionen att konsumenten uppfyller sin skadebegränsningsplikt genom att näringsidkaren får möjlighet att beakta vilka åtgärder som denne anser är nödvändiga att företa för att förhindra att skadan förvärras.⁴⁶

Även om det inte krävs av konsumenten att denne preciserar sitt krav torde det i vart fall krävas att kunden gör tydligt för rådgivaren att tjänsten inte är avtalsenlig, dvs. är felaktig på något sätt. En ren utskällning, s.k. råskäll, kan vara tillräcklig, om rådgivaren har tillräcklig insikt om bakgrunden till missnöjet.⁴⁷ Idealsituationen, med beaktande av omsorg för motpar-

viss tid klargöra sin avsikt att eventuellt, beroende på information som han ännu inte har, säga upp hyresavtalet. ... Däremot bör i vissa fall kunna tänkas att särskilda förhållanden kan föranleda en klargörandeplikt.”

⁴⁴ Se Kleineman, Reklamationsplikt vid rådgivningsansvar, s. 725. Se även prop. 1984/85:110, s. 218. Jfr prop. 1989/90:77, s. 62: ”Någon detaljerad beskrivning av felets beskaffenhet krävs inte, men det är å andra sidan inte tillräckligt att köparen endast i allmänna ordalag klagat på fastigheten eller hävdar att den är felaktig. Om köparen inte är beredd att redan i samband med reklamationen precisera den eller de påföljder han vill göra gällande, kan han göra det senare.” Se vidare Ramberg, Reklamation vid kontraktsbrott, s. 112 ff.

⁴⁵ Jfr Swahn & Wendleby, Lagen om finansiell rådgivning till konsument, s. 90: ”Det är tillräckligt att kunden meddelar varför han anser att tjänsten är felaktig eller vårdslöst utförd. Det räcker dock inte att kunden helt allmänt säger att han är missnöjd med tjänsten.” Se även prop. 1989/90:89, s. 113: ”Reklamationen skall enligt lagtexten innefatta ett meddelande om felet. Detta innebär att köparen på något sätt måste ange vari felet enligt hans mening huvudsakligen består. Naturligtvis krävs ingen teknisk redogörelse för felet utan det är tillräckligt att köparen talar om hur felet yttrar sig, exempelvis att en TV apparat ger en otydlig bild eller att en bilmotor går ojämnt.”

⁴⁶ Se Kleineman, Reklamationsplikt vid rådgivningsansvar, s. 731 ff. och s. 741 f.: ”[m]an måste dock hela tiden beakta att den lojalitetsplikt som här får antas ge upphov till en reklamationsplikt i syfte att begränsa skadans omfattning”. Se även Ramberg, Jan & Herre, Johnny, *Köplagen*, 1 uppl., Fritze, Stockholm, 1995, s. 696 f.

⁴⁷ Se NJA 1988 s. 335: ”Av G.L.s berättelse vid förhöret med honom i HovR:n under sanningsförsäkran framgår att G.L. på påskaftonens kväll mottog två telefonsamtal från en

ten, är att konsumenten efter bästa förmåga så långt som möjligt gör klart för rådgivaren att konsumenten inte anser sig ha fått en avtalsenlig prestation och vad felet kan anses bero på. Reklamationen bör i vart fall vara så pass preciserad att rådgivaren borde ha förstått att konsumentens invändning inneburit att denne har reklamerat tjänsten.

Först efter att konsumenten givits ytterligare råd om för att bedöma och precisera sitt krav torde ett krav på en ytterligare preciserad reklamation från konsumentens sida föreligga.⁴⁸ Reklamationsplikten ska avslutningsvis tillämpas oberoende av vilken reklamationstid som gäller avseende en specifik transaktion i anslutning till rådgivningen. Att en kortare reklamationstid följer av t.ex. kommissionslagen ska emellertid inte påverka reklamationstiden enligt rådgivningslagen.⁴⁹

2.1.9 Rådgivarens reklamationsinvändningar

Fråga är om en diskussion med säljaren om reklamationens innehåll innebär att säljaren godtagit att reklamationen har skett inom den föreskrivna reklamationstiden. Av NJA 1993 s. 436 följer att en säljare som i sak tillbakavisat och bemött köparens reklamation avseende den levererade varan inte hindrade säljaren från att vid ett senare tillfälle invända att köparen hade reklamerat för sent. För att säljarens agerande i realiteten ska betraktas utgöra ett godkännande av reklamationen torde krävas att säljaren ”gjort vissa medgivanden om ansvar under förhandlingarna”.⁵⁰

Rådgivarens rätt att göra en invändning om sen reklamation går förlorad endast i de fallen då rådgivaren uttryckligen eller underförstått har avstått från rätten att göra en invändning om att reklamationen skett för sent. Det finns dock inte något krav på ett uttryckligt medgivande utan detta kan givetvis även ske konkludent för att ett avstående ska anses föreligga.⁵¹

mycket upprörd A.H. Denne framförde klagomål angående hjullastarens skick som G.L. uppfattade som 'råskäll'. Med hänvisning till att det var helgdagsafton avböjde G.L. emellertid vid båda tillfällena all vidare diskussion i ärendet. Enligt HD:s mening måste i varje fall nu nämnda telefonsamtal mellan A.H. och G.L. ha med önskvärd tydlighet klargjort för [G.L.s bolag] att [A.H.s bolag] var till den grad missnöjt med hjullastarens skick att det var fråga om en reklamation.”

⁴⁸ Se Kleineman, Reklamationsplikt vid rådgivningsansvar, s. 731 ff. Se även Korling, Rådgivningsansvar, s. 589 f.

⁴⁹ Se prop. 2002/03:133, s. 56.

⁵⁰ Se Hästad, Köprätt, s. 103.

⁵¹ Se t.ex. Ramberg, Köprätt, s. 48 f. och s. 178 – kommentar till NJA 1993 s. 436.

2.1.10 Reklamationspliktens omfattning

Det betonades i propositionen till rådgivningslagen att reklamationskyldigheten och därtill hörande preskriptionsregler endast omfattar ett skadeståndsanspråk som följer av *lagen*.⁵² Har rådgivaren ställt en garanti, orsakat konsumenten skada genom brottslig handling eller om det lämnats finansiell rådgivning som faller utanför lagens tillämpningsområde kan skadestånd krävas på annan grund än den skadeståndsbestämmelse som följer av rådgivningslagen.

2.1.11 Avslutande synpunkter

Som synes är frågan om reklamationen har avlämnats inom skälig tid svår att bedöma och omständigheter i det enskilda fallet kommer att påverka tidsramen. Det är emellertid tydligt att man vid denna bedömning måste bryta ned ovanstående faktorer och bedöma dem var och en för sig. Mot bakgrund av att kundens individuella omständigheter blir avgörande för reklimationsfrågan, synes en sådan uppdelning vara nödvändig för att göra en samlad bedömning av vad som i det individuella fallet ska utgöra skälig tid.

3. Diskretionär portföljförvaltning

3.1 Värdepappersbolags skyldigheter vid upprättandet av ett diskretionärt portföljförvaltningsavtal

Förutom att kunden vid möten med förvaltaren normalt erhållit rådgivning vid flera tillfällen utgörs den huvudsakliga tjänsten av diskretionär portföljförvaltning, dvs. att förvaltaren utan att först höra med kunden genomför köp och försäljning av finansiella instrument. Utgångspunkten är emellertid att investeringarna ska vara förenliga med placeringsinstruktionen, det avtal där förvaltaren och kunden kommer överens om riktlinjerna för förvaltningen.

Innan ett avtal om diskretionär portföljförvaltning upprättas måste värdepappersföretaget utreda uppdragsgivarens kunskap och erfarenhet av den

⁵² Se prop. 2002/03:133, s. 35: ”Det är viktigt att framhålla att åsidosättande av den föreslagna underrättelseskyldigheten medför att rätten till skadestånd bortfaller endast såvitt avser skadestånd enligt den föreslagna lagen. Bestämmelsen får inte uppfattas så att rätten till skadestånd för ren förmögenhetsskada på grund av finansiell rådgivning bortfaller generellt.”

specifika tjänsten eller produkten samt dennes ekonomiska situation och mål med investeringen, 8 kap. 23 § VpmL. Avsikten med regleringen är att värdepappersföretaget ska få en tillräckligt god bild av kunden för att kunna rekommendera de investeringstjänster och finansiella instrument som bedöms vara lämpliga för kunden. En rekommendation anses lämplig om den uppfyller kundens mål med investeringen och är av ett sådant slag att kunden dels finansiellt kan bära de risker som är förenade med målen med investeringen, dels har nödvändig kunskap och erfarenhet för att kunna förstå riskerna med transaktionen eller portföljförvaltningen, 15 kap. 2 § FFFS 2007:16.⁵³

Värdepappersföretaget (som tillhandahåller tjänsten diskretionär portföljförvaltning) ska också ha en lämplig metod för bedömning och jämförelse av utvecklingen av förvaltningen för att möjliggöra för kunden att bedöma och jämföra företagets prestation. I föreskrifterna anses en lämplig metod vara ”ett meningsfullt referensvärde, som är baserat på kundens syfte med placeringen och typen av finansiella instrument som ingår i kundportföljen”.⁵⁴ Är kunden en icke-professionell kund ska företaget dessutom tillhandahålla ytterligare information för att underlätta för kunden att bedöma utkomsten av förvaltningen.⁵⁵

Utgångspunkten för bedömningen av om förvaltaren har agerat vårdslöst utgår från hur förvaltningen skulle ha skett enligt placeringsinstruktionen. Vårdslöshet åberopas huvudsakligen vid två typer av ageranden, dels genom att förvaltaren har genomfört otillbörligt många transaktioner i det huvudsakliga syftet att generera courtageintäkter (s.k. churning),⁵⁶ dels genom att ha genomfört olämpliga placeringar i strid med placeringsinstruktionen och kundens mål och syfte med placeringen. Motsvarande aspekter för bedöm-

⁵³ Ytterligare krav följer av 15 kap. 3–10 §§ FFFS 2007:16.

⁵⁴ Se 14 kap. 19 § FFFS 2007:16.

⁵⁵ Se 14 kap. 20 § FFFS 2007:16: ”1. uppgifter om sin metod för värdering av de finansiella instrumenten i kundportföljen och hur ofta detta sker, 2. uppgifter om eventuell delegering av den diskretionära förvaltningen av alla eller delar av de finansiella instrumenten eller medlen i kundportföljen, 3. en specificering av de eventuella referensvärden som kundportföljens utveckling ska jämföras med, 4. de typer av finansiella instrument som kan ingå i kundportföljen och de typer av transaktioner som kan utföras med sådana instrument, inklusive eventuella begränsningar, och 5. förvaltningsmålen, den risknivå som ska återspeglas i förvaltarens utnyttjande av eget handlingsutrymme samt eventuella specifika begränsningar av detta.”

⁵⁶ Se Korling, Fredric, Vårdslöshet vid diskretionära förvaltningsuppdrag – fråga om s.k. churning enligt svensk rätt (under utgivning).

ningen av reklamationsplikten som framförts avseende finansiell rådgivning torde även ha bäring på bedömningen av reklamation av ett diskretionärt portföljförvaltningsuppdrag och upprepas därför inte här (se ovan under avsnitt 2.1.1–2.1.11).

En aspekt som emellertid skiljer diskretionär förvaltning från investeringsrådgivning är att kunden vid diskretionär förvaltning löper risken att förvaltaren investerar i instrument som inte är förenliga med placeringsinstruktionen (vid rådgivning lämnas i värsta fall endast olämpliga råd, rådgivaren agerar inte på uppdrag av kunden och genomför därför inte heller investeringar i enlighet med diskussionerna vid rådgivningstillfället). Vi kan anta som exempel att en förvaltare har investerat i det finansiella instrumentet A i strid med placeringsinstruktionen. Kunden erhåller i efterhand en avräkningsnota där investeringen framgår. Frågan är när kunden bör reklamera. Av vad som framgått ovan följer att kunden ska reklamera när kunden upptäckt eller borde ha upptäckt att tjänsten inte är avtalsenlig. Det är således kundens egen kompetens som blir avgörande. Upptäcker inte kunden omedelbart att en felaktig placering har genomförts finns det en risk för förvaltaren att kunden så att säga spekulerar på förvaltarens risk, dvs. att kunden avvaktar en eventuell positiv avkastning och därför inte reklameras så länge investeringen löper med positiv avkastning. Reklamation sker normalt nämligen först när kunden förlorat pengar på investeringen. Kunden kan emellertid endast sägas spekulera på förvaltarens bekostnad om kunden bedöms sakna tillräcklig kunskap för att bedöma transaktionen. Först när kunden har eller borde ha haft tillräcklig kunskap och insikt om de faktiska förhållandena infaller reklamationsfristens löptid. Det man bör tänka på är att förvaltaren har agerat avtalsstridigt och därmed ej med tillräcklig omsorg tillvaratagit kundens intressen. Det är därför rimligt att risken för kundens felaktiga placering bärs av förvaltaren, till dess att kunden inser eller borde ha insett att kunden erhållit en felaktig placering. Det är givetvis vanligast att kunden inser att denne erhållit en felaktig placering när investeringen har ett negativt utfall och det är vid denna tidpunkt som reklamationen normalt sett lämnas.

Avgörande för tolkningen av situationen är emellertid vid vilket *tidpunkt* som kunden bedöms ha haft eller borde ha haft tillräcklig kunskap om den felaktigt levererade tjänsten. Om kunden dröjer alltför länge med att reklamera finns det en risk för att kundens handlande genom passivitet istället bedöms vara ett accepterande av placeringen. En annan möjlighet är att förvaltarens skadeståndsskyldighet begränsas med hänsyn till att kunden har försummat sin skyldighet att begränsa skadan. Den avgörande faktorn är

dock återigen vid vilken *tidpunkt* kunden bedöms ha haft tillräcklig kunskap alternativt borde ha insett att kunden erhållit en avtalsstridig prestation.

I det följande kommer de avtal som reglerar ett diskretionärt förvaltningsförhållande att analyseras, för att utreda i vilken mån avtalen reglerar frågan om reklamation och i så fall om dessa bestämmelser harmoniserar med lagregleringen – särskilt ur ett konsument/icke-professionell kund-perspektiv.

3.2 Avtalsvillkor avseende reklamation och hävning

Vid ett diskretionärt förvaltningsuppdrag upprättas flera avtal. Förutom placeringsinstruktionen ingår ett avtal avseende handel med finansiella instrument som primärt reglerar parternas mellanhavanden vad avser bl.a. riktlinjer för uppdragets utförande, kommission, avräkningsnotor, clearing och avveckling av utförda uppdrag m.m. Depåkontoavtalen som finns på marknaden är tämligen överensstämmande till följd av att branschen tagit fram ett standardavtal på området.⁵⁷ Branschen har även tagit fram ett standardavtal avseende allmänna villkor för handel med finansiella instrument.⁵⁸ I standardavtalet regleras även frågan om när kunden ska reklamera tjänsten samt grunderna för hävning av uppdraget i dess helhet. Enligt villkoren ska kunden granska avräkningsnotor och motsvarande redovisning av uppdragets utförande samt också bevaka att sådant material har tillhandahållits kunden.⁵⁹ Kunden har enligt villkoren en skyldighet att påtala eventuella fel eller brister som framgår av avräkningsnota (eller att avräkningsnota uteblivit) eller andra brister vid uppdragets utförande och ”ska *omgående* underrätta Institutet om detta (reklamation)”.⁶⁰ Om kunden önskar häva ett köp- eller säljuppdrag ska kunden *uttryckligen* framföra detta till institutet i samband med att felet eller bristen påtalas. Om kunden är en konsument i egenskap av icke-professionell kund

”gäller dock att begäran om hävning får framföras till Institutet *utan dröjsmål* och att begäran om annat pris får framföras till Institutet *inom skälig tid* efter det att

⁵⁷ Se Svenska Fondhandlareföreningen, Depå-/kontoavtal, värdepappersbolag, 2009-10-01 (2009).

⁵⁸ Se Svenska fondhandlareföreningen, Allmänna villkor för handel med finansiella instrument, (2009).

⁵⁹ Se Svenska Fondhandlareföreningen, Allmänna villkor för handel med finansiella instrument, s. 5.

⁶⁰ Se Svenska Fondhandlareföreningen, Allmänna villkor för handel med finansiella instrument, s. 5 (min kursivering).

kunden insåg eller borde ha insett de omständigheter som legat till grund för aktuell begäran.”⁶¹

Sker inte reklamation eller hävning inom den i avtalet stipulerade tiden förlorar kunden enligt avtalet rätt att begära ersättning, häva utfört uppdrag eller kräva andra åtgärder från institutets sida.⁶² Som synes finns det olika skyldigheter att reklamera för kunden beroende på om kunden är en icke-professionell kund eller professionell kund/jämbördig motpart.⁶³ En professionell kund ska reklamera omgående medan en icke-professionell kund ska reklamera utan dröjsmål samt inom skäligen tid om denne önskar häva den specifika transaktionen.

Utöver detta avtal ingås också ett depå-/kontoavtal. Även detta avtal är standardiserat genom branschorganisationens försorg.⁶⁴ Avtalet reglerar bl.a. värdepappersbolagets åtaganden avseende köpta och sålda finansiella instrument, hur handeln i depån ska redovisas till kunden, vem som svarar för att korrekta skatter erläggs m.m. Särskilda reklamerings- eller hävningsregler saknas emellertid i detta avtal vilket medför att avtalsrelationen mellan kunden och uppdragstagaren regleras enligt de allmänna bestämmelserna om handel med finansiella instrument. Bolaget är således enligt avtalet inte ansvarigt för skada som skulle ha kunnat undvikas om reklamation skett omgående (i de fall kunden är en professionell kund eller jämbördig motpart) alternativt utan dröjsmål och inom skäligen tid (avseende icke-professionella kunder). Depåavtalet reglerar dock endast parternas mellanhavanden vad avser förvaring av finansiella instrument och torde därför inte ha bäring på frågan avseende utförandet av det diskretionära förvaltningsuppdraget i dess helhet, t.ex. vad avser frågan om förvaltaren agerat i enlighet med placeringsinstruktionen alternativt genomfört köp och försäljningar av finansiella instrument i primärt syfte att generera courtage och andra administrativa intäkter.

⁶¹ Se Svenska Fondhandlareföreningen, Allmänna villkor för handel med finansiella instrument, s. 5 (min kursivering).

⁶² Se Svenska Fondhandlareföreningen, Allmänna villkor för handel med finansiella instrument s. 6.

⁶³ För beskrivning av vad som utgör en icke-professionell kund, professionell kund respektive jämbördig motpart, se 8 kap. 15–20 §§ VpmL.

⁶⁴ Se Svenska Fondhandlareföreningen, Allmänna bestämmelser för depå/konto (2009-10-01), 2009 och Svenska Fondhandlareföreningen, Depå-/kontoavtal, värdepappersbolag (2009-10-01), 2009.

Det man bör notera är att det inte föreligger någon uttrycklig reglering som tar sikte på hur placeringsinstruktioner ska utformas och inte heller föreligger det någon självreglering i form av standardavtal eller dylikt som styr utformningen. I vissa fall består placeringsinstruktionen t.o.m. huvudsakligen av inskränkningar i uppdraget, t.ex. att vissa aktier inte får säljas eller att investering inte ska ske i vissa typer av finansiella instrument p.g.a. etiska skäl. Placeringsinstruktionen måste emellertid alltid tydligt innehålla information om kundens riskbenägenhet och mål och syften med placeringen för att möjliggöra en rimlig utvärdering av uppdragets utförande. Så är emellertid inte alltid fallet och då har kunden en svårare bevisituation, särskilt i de fall där lämplighetsbedömningen också har vissa informativa brister. Föreligger emellertid sådana brister är detta ett allvarligt fel och i strid med värdepappersmarknadslagens bestämmelser om dokumentation av kundförhållandet, se 8 kap. 26 § VpmL.

I de situationer där ett förvaltningsavtal saknas eller först har ingåtts efter det att förvaltningen löpt på en viss tid diskvalificerar emellertid inte detta faktum att ett förvaltningsavtal trots detta anses ingått mellan parterna, dvs. att det är tydligt att parterna sedan lång tid har haft ett diskretionärt förvaltningsförhållande (i vart fall konkludent).⁶⁵ Det finns flera situationer som kan föranleda att man kan anse att parterna inte särskilt har avtalat om hur reklamation av uppdraget ska ske. För det första kan det saknas uttryckliga bestämmelser om reklamation av uppdraget i förvaltningsavtalet. För det andra har inte kunden erhållit de allmänna bestämmelserna, i vilken reklamationsskyldigheten av specifika transaktioner framgår. För det tredje är det möjligt att betrakta avtalet som så att de allmänna villkoren endast reglerar reklamation av specifika transaktioner och inte reklamation av utförande av det diskretionära portföljförvaltningsuppdraget i dess helhet. Föreligger dessa omständigheter tillsammans eller var för sig kan man ifrågasätta huruvida frågan om reklamation i egentlig mening kan sägas vara avtalad mellan parterna.⁶⁶ Därigenom återstår endast att bedöma hur reklamationsfrågan bör avgöras i enlighet med tillämplig lagstiftning.

⁶⁵ Se NJA 1992 s. 243 och Korling, Rådgivningsansvar, s. 339 ff.

⁶⁶ Se NJA 2011 s. 600 avseende frågan om standardavtalsvillkor ansågs vara del i avtal om tandvårdstjänster.

3.3 Tillämplig lag avseende reklamation och hävning av diskretionära portföljförvaltningsavtal

Det saknas särskilda reklimationsregler i värdepappersmarknadslagen och fråga uppkommer därvid vilken lagstiftning som i så fall reglerar ett diskretionärt förvaltningsuppdrag. Ett diskretionärt förvaltningsuppdrag är en typ av kommissionsuppdrag, vilket föreligger när någon har i uppdrag att för annan persons räkning men i eget namn sälja eller köpa lös egendom (t.ex. finansiella instrument). Ett sådant uppdrag är enligt värdepappersmarknadslagen en tillståndspliktig investeringstjänst beroende på det specifika uppdraget, nämligen mottagande och vidarebefordran av order i fråga om ett eller flera finansiella instrument (2 kap. 1 § 1 p. VpmL), utförande av order avseende finansiella instrument på kunders uppdrag (2 kap. 1 § 2 p. VpmL) eller diskretionär portföljförvaltning (2 kap. 1 § 4 p. VpmL). Det krävs således ett specifikt uppdrag från kunden för att institutet ska kunna utföra ett diskretionärt förvaltningsuppdrag. Utredningen med förslag till ny kommissionslag anförde i anslutning till diskussionen om kommissionsuppdrag avseende finansiella instrument att

”(e)nbart uppdraget att förvalta kundens finansiella instrument är i sig knappast ett kommissionsuppdrag. Den handel som sker inom ramen för ett förvaltningsuppdrag kan dock vara kommissionshandel.”⁶⁷

Enligt 1914 års kommissionslag (1914:45) (cit. äKommL) var en kommittent som menade att kommissionären visat försumlighet vid utförandet av sitt uppdrag och ville kräva skadestånd, tvungen att *utan oskäligt uppehåll* efter det att han eller hon från kommissionären erhållit underrättelse om det förfarande som enligt kommittenten var att betrakta som vårdslöst framföra reklamation till kommissionären, annars var talan preskriberad (20 och 22–23 §§ äKommL).⁶⁸ Hade kommissionären visat grov vårdslöshet förelåg emellertid inte ovan nämnda tidsgräns för reklamation (24 § äKommL). I nya kommissionslagen (2009:865) (cit. KommL) ska en kommittent som vill avvisa avtal meddela kommissionären detta *utan dröjsmål* efter det att kommittenten insåg eller borde ha insett de omständigheter som ligger till grund

⁶⁷ Se SOU 2005:120 Fondkommission – och en ny kommissionslag, s. 97.

⁶⁸ Se Lagen om Kommission, handelsagentur och handelsresande av den 18 april 1914 med förklarande anmärkningar (utgiven av E. Gadde), 1 uppl., Norstedts, Stockholm, 1914, s. 56 ff.

för avvisningen (44 § 2 st. KommL).⁶⁹ I likhet med äKommL gäller inte denna tidsgräns om kommissionären handlat grovt vårdslöst eller i strid med tro och heder (44 § 3 st. KommL). I utredningen med förslag till nya kommissionslagen hade det föreslagits att motsvarande två månaders reklamationfrist för konsumenten som den som följer av bl.a. konsumentköplagen skulle införas i nya kommissionslagen.⁷⁰ Lagstiftaren menade emellertid att konsumentköplagen inte är tillämplig på köp av finansiella instrument utan att det köpet istället blir att bedöma enligt köplagen och att det därför inte var lämpligt att ”kommissionsavtal och köpeavtal regleras på olika sätt på ett praktiskt viktigt område”.⁷¹ Det ansågs istället vara lämpligare att bedöma vad som utgör skälig tid utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. Vid denna bedömning är kundens kompetens och erfarenhet av betydelse och i konsumentförhållanden ”kan det ofta godtas att reklamation sker senare än vad man annars skulle kräva”.⁷² Den stora skillnaden i förhållande till ett sedvanligt kommissionsuppdrag är emellertid att förvaltningen sker utan specifikt uppdrag inför varje transaktion från uppdragsgivaren i och med att uppdragstagaren istället utför placeringar enligt egen bedömning med utgångspunkt från placeringsinstruktionens riktlinjer och därmed annan typ av tillståndspliktig investeringstjänst, nämligen diskretionär portföljförvaltning (2 kap. 1 § 4 p. VpmL). Kommissionslagens regler om reklamation på ett diskretionärt förvaltningsuppdrag ska således tillämpas men bedömningen av om när kommittenten märkte eller borde ha märkt att uppdraget utförts felaktigt måste emellertid ske med en annan utgångspunkt än vid ett sedvanligt kommissionsuppdrag (innebärande t.ex. att kommissionären skulle köpa 100 st. Teliaktier till ett specificerat pris).⁷³ Bedömningen av fristens utgångspunkt

⁶⁹ Se Johansson, Marcus, Kommentar till kommissionslagen, 42 § 2 st. (Karnov 2012-03-08): ”Det är brottet mot avtalet eller lagen som kommittenten ska ha insett eller borde ha insett, inte huruvida det förelåg en rätt att avvisa avtalet.” Se även prop. 2008/09:88 Ny kommissionslag, s. 162 f.: ”Det måste alltså framgå att [kommittenten] avvisar det aktuella avtalet; det räcker inte med en neutral reklamation om att han anser att kommissionären brutit mot lagen eller avtalet.”

⁷⁰ Se SOU 2005:120, s. 221 ff.

⁷¹ Se prop. 2008/09:88, s. 78.

⁷² Se prop. 2008/09:88, s. 78.

⁷³ Se SOU 2005:120, s. 239 f.: ”I ett uppdrag att diskretionärt förvalta en värdepappersportfölj kan ingå kommissionsuppdrag, om däri förutsätts att kommissionären i eget namn skall utföra transaktioner. Exempelvis får ett värdepappersinstitut, som har ett uppdrag att diskretionärt köpa finansiella instrument åt en kund, inte åsidosätta kundens intresse för att placera en emission som institutet åtagit sig att placera på marknaden (jfr 4 §). Om

är således mindre preciserad mot bakgrund av att uppdragsgivaren vid ett diskretionärt uppdrag anförtrott en uppdragstagare i form av expert ett uppdrag som bygger på ett stort förtroende. Uppdragsgivarens reella möjlighet att under uppdraget bedöma om detta bedrivs i enlighet med uppdragsbeskrivningen och det långtgående ansvaret att uppdragsgivarens intressen tillvaratas är således tämligen begränsad (4 § KommL). Uppdragsgivare har allt som oftast stort förtroende för sin förvaltare, som utför ett uppdrag förenat med stor självständighet. Att uppdraget utförts självständigt påverkar givetvis uppdragsgivarens möjlighet att under uppdragets utförande löpande bedöma uppdragets avtalsenlighet.

En alternativ möjlighet skulle vara att tillämpa rådgivningslagens regler analogt på ett diskretionärt förvaltningsuppdrag där kunden är en konsument/icke-professionell investerare. Det som talar för att tillämpa rådgivningslagens regler om reklamation på ett diskretionärt förvaltningsuppdrag är att reklamationsfristen bedöms på motsvarande sätt som enligt annan konsumenträttslig lagstiftning. Att en icke-professionell kund ska reklamera inom skälig tid torde också utgöra en rimlig tidsgräns även vad avser diskretionär förvaltning. Det som däremot talar emot en sådan bedömning är att det i rådgivningslagens förarbeten diskuterades hur man skulle bedöma de särskilda reklamationsregler som framgår av de allmänna villkoren för handel med finansiella instrument (vid tiden för propositionen var det 2002 års version som gällde).⁷⁴ Lagstiftaren anförde därvid att det med

”den nu föreslagna bestämmelsen kan uppstå situationer där reklamationstiden kan bedömas olika beroende på om konsumenten åberopar skada på grund av finansiell rådgivning eller om skadan beror på en efterföljande transaktion som företaget utfört i egenskap av kommissionär”.⁷⁵

Reservationen rör ett kommissionsuppdrag och man bör hålla i minne att bedömningen av ett sedvanligt kommissionsuppdrag och ett diskretionärt förvaltningsuppdrag därvid skiljer sig vad avser frågan om när uppdragsgivaren borde ha reklamerat.⁷⁶

förvaltaren däremot skall låta någon annan utföra transaktionerna, blir kommissionslagen inte direkt tillämplig, men många av bestämmelserna torde kunna användas analogiskt.”

⁷⁴ Se Svenska fondhandlareföreningen, Allmänna villkor för handel med finansiella instrument, 2002.

⁷⁵ Se prop. 2002/03:133, s. 35.

⁷⁶ Se prop. 2008/09:88, s. 24: ”Ytterligare ett skäl för en modernisering av de civilrättsliga reglerna om kommission är den nyligen genomförda reformen av den näringsrättsliga lag-

Det ska påpekas att det är sedvanlig kommissionshandel som lagstiftaren hänvisat till och det är också sådan handel som omfattas av de allmänna villkoren, inte uttryckligen diskretionär förvaltning.⁷⁷ För diskretionär förvaltning saknas det för närvarande standardiserade allmänna villkor. Fråga uppkommer därför vilken reklamationsregel som ska tillämpas vid reklamation av ett diskretionärt förvaltningsuppdrag i dess helhet. Det är betydligt enklare för en kund att bedöma om institutet förvärvat rätt finansiellt instrument till rätt pris, vilket också gör att reklamationsregeln i denna aspekt är rimligt utformad. När det gäller diskretionär förvaltning är situationen emellertid annorlunda. Kunden ger inte förvaltaren i uppdrag att köpa och sälja vissa specifika finansiella instrument utan förvaltaren bestämmer själv vilka transaktioner som ska genomföras och också vid vilken tid. Möjligheten för en icke-professionell kund i detta hänseende att bedöma om uppdraget utförts korrekt är betydligt svårare och kan dessutom påverkas av eventuella samtal med förvaltaren som intygar att placeringarna skett i enlighet med placeringsinstruktionen, trots att kunden har invänt mot detta. Enskilda avräkningsnotor är således inte ett tillräckligt underlag för att kunden omgående borde ha märkt att uppdraget utförts vårdslöst utan för att få en samlad bild av uppdragets utförande krävs således en upprepad serie av misstag från förvaltarens sida, i vart fall för att anse att uppdragsgivaren borde ha märkt att uppdraget utförts vårdslöst.

Slutsatsen blir att en domstol vid tvist om reklamation har skett i tid har att bedöma om uppdraget har reklamerats inom skälig tid efter det att kunden upptäckte eller bort upptäcka att det diskretionära förvaltningsuppdraget enligt dennes mening utförts vårdslöst. Vid denna bedömning ska hänsyn tas till uppdragets komplicerade karaktär, om kunden är icke-professionell, att inom reklamationstiden tillräkna tillräckligt rådrum för kunden att konsultera expertis för att bedöma huruvida uppdraget utförts aktsamt, om uppdragstagaren vid ett eller flera tillfällen har övertygat kunden om att uppdraget utförs i enlighet med placeringsinstruktionen och med dennes mål och

stiftningen om värdepappersmarknaden. De krav som ställs i civilrättsligt respektive näringsrättsligt hänseende bör förstås vara förenliga och betungande dubbelreglering måste undvikas. Utgångspunkten måste naturligtvis vara att ett värdepappersinstitut som följt lagen om värdepappersmarknaden också har uppfyllt motsvarande krav i en ny kommissionslag.”

⁷⁷ Se Svenska Fondhandlareföreningen, Information om egenskaper och risker avseende finansiella instrument (2007-11-01).

syften med placeringen beaktade samt om det under uppdraget inte tillräckligt tydligt har redovisats portföljens utveckling samt framför allt de kostnader som förvaltningen varit förenade med. Jag kommer nedan under avsnitt 4 kommentera frågan om preskription vid rådgivningsuppdrag och diskretionära portföljförvaltningsuppdrag. Här vill jag emellertid avslutningsvis framhålla att de situationer där en icke-professionell kund har en skyldighet att reklamera tjänsten omgående är vid lätt iakttagbara avvikelser från instruktionerna som när en fondkommissionär handlar i andra finansiella instrument än vad kunden lämnat direktiv om. Denna kommissionsituation, det mera momentana uppdraget, är inte direkt att jämföra med ett diskretionärt förvaltningsuppdrag till följd av att ett förvaltningsuppdrag är betydligt svårare för en icke-professionell kund att överblicka och bedöma avtalsenligheten av. Därför måste en skyldighet att reklamera omgående efter avvikelser anses alltför sträng och i strid med ändamålet att skydda konsumenter och att möjliggöra situationer mot vårdslösa professionsutövare (jfr 7 § rådgivningslagen). Vid bedömningen av om kunden reklamerat inom skälig tid ska framför allt det faktum om kunden framfört missnöje med förvaltningen betraktas som en s.k. neutral reklamation, dvs. att kunden anses ha reklamerat inom skälig tid från det att denne upptäckt eller borde ha upptäckt att förvaltningen inte utförts i enlighet med placeringsinstruktionen och med beaktande av kundens intressen.⁷⁸

4. Preskription

4.1 Lagstadgad preskription

I många fall möts en reklamation av invändningen att reklamationen har skett för sent och att kundens krav därmed skulle vara preskriberat i enlighet med 18 kap. 9 § handelsbalkens (1736:0123 2), s.k. syslomanpreskription. Enligt bestämmelsen måste en uppdragsgivare väcka talan inom ett år från det att denne erhöll slutredovisning, annars är talan förfallen.⁷⁹ Fråga är därmed om månatliga redovisningar avseende utvecklingen i depån samt

⁷⁸ Se NJA 2007 s. 909.

⁷⁹ Se Lindskog, Stefan, *Preskription: om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011, s. 157 f. Jfr 5 § preskriptionslagen (1981:130) där ett preskriptionsavbrott kan ske genom betalning av gäldenären eller annat erkännande av fordringen, att gäldenären får ett skriftligt krav eller annan erinran om fordringen eller att borgenären väcker talan.

löpande redovisningar av köp och försäljning av finansiella instrument är att betrakta som *slutredovisning* enligt 18 kap. 9 § HB.⁸⁰

Det diskuterades om en motsvarande regel skulle införas i rådgivningslagen. Lagstiftaren menade emellertid att om 18 kap. 9 § HB skulle tillämpas på finansiella rådgivningsuppdrag, skulle skyddet i det närmaste vara *illusoriskt* eftersom många investerare inte i tillräcklig mån förstår innebörden av avräkningsnotor och slutredovisningar och därför inte inom adekvat tid kan reagera i anledning av det ofördelaktiga utfall som möjligen orsakats av den vårdslösa rådgivningen.⁸¹

Denna fråga har aktualiserats i en mängd underrättsfall och även avgjorts av Allmänna reklamationsnämnden. Praxis från Högsta domstolen saknas och praxis i underrätterna är inte entydig, även om det i majoriteten av fallen ansetts att avräkningsnotor *inte* är detsamma som slutredovisning enligt

⁸⁰ Se Lindskog, Preskription, s. 171: ”Fråga skall vara om en slutredovisning av den ifrågasvarande egendomsförvaltningen. Att syssломannen löpande lämnat huvudmannen redovisningar är således inte tillräckligt för att preskription enligt HB 18:9 skall kunna ske. Med slutredovisning torde förstås att den redovisning som ges i samband med att uppdraget avslutas. Årlig eller annan överenskommen periodvis avgiven redovisning vid löpande uppdrag kan dock möjligen också ligga till grund för klanderpreskription, förutsatt att periodredovisningen är avsedd att vara slutlig.”

⁸¹ Se prop. 2002/03:133, s. 34. Se även t.ex. Lycke, Johan, *Om 18 kap. 9 § handelsbalken och värdepappersinstitutens kommissions- och kapitalförvaltningsuppdrag*, JT 2001–02 s. 205, s. 210: ”[Avräkningsnotan] kommer dock inte att säga kunden särskilt mycket. Kunden känner ofta inte till något om det finansiella instrument som köpts eller sålts och har normalt inte haft någon kontakt med sin förvaltare – och knappast den av förvaltaren anlitate kommissionären – inför beslutet att genomföra den enskilda affären. Därutöver säger avräkningsnotan ingenting om i vilken mån förvaltaren har följt den i förväg överenskomna strategin.” Se ARN:s avgörande 2006-05-22 i ärende nr 2005-7973: ”Att anse att samma slags rådgivning utgör en del av ett kommissionsuppdrag, om rådgivningen förr eller senare leder till en transaktion framstår som varken möjligt eller rimligt. Nämnden anser mot den bakgrunden att en rådgivning som lämnas i anslutning till ett kommissionsuppdrag därför är att betrakta som en självständig tjänst på vilken reglerna i 18 kap. HB inte är tillämpliga.” Se också Korling, Rådgivningsansvar, s. 590 ff. och t.ex. ARN:s avgörande 2004-01-14 i ärende nr 2003-4189. Se vidare Göransson, Mattias, *Specialpreskription 18 kap. 9 § handelsbalken*, JT 2000–01 s. 147, Heidbrink, Jakob, *Preskription enligt 18 kap. 9 § handelsbalken – ett bidrag till diskussionen om kravet på uppdragstagarens egendomsförvaltning*, JT 2001–02 s. 196, Gregow, Torkel, *Några synpunkter på preskriptionsbestämmelsen i 18 kap. 9 § handelsbalken* Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa, volume I, Jure, Stockholm, 2006, s. 509 ff. och Hellner, Jan, *Preskription enligt HB 18:9*, JT 2000–01 s. 731. Jfr regler rörande slutredovisning av advokatuppdrag 4.6 VRGA.

18 kap. 9 § HB.⁸² Ett diskretionärt förvaltningsuppdrag är inte att förväxla med enskilda uppdrag att köpa och sälja finansiella instrument utan är istället ett varaktigt avtalsförhållande som löper fram till dess att uppdragsförhållandet sägs upp och avslutas. Handelsbalkens regler är i linje med detta resonemang tillämpliga först när ett uppdrag har avslutats och uppdraget har redovisats av uppdragstagaren till uppdragsgivaren.⁸³ Reklamerar kunden under det diskretionära uppdragets utförande kan det därför inte anses möjligt att tillämpa handelsbalkens preskriptionsregel på fel under uppdraget, även om dessa begåtts mer än ett år tillbaka.⁸⁴

Om kunden reklamerar innan uppdraget har slutförts, dvs. innan någon slutredovisning erhållits, kan anspråket inte anses preskriberat. Fråga kvarstår då om kunden kan anses ha reklamerat inom skälig tid. Fråga om när kunden borde ha uppträckt och reklamerat den diskretionära förvaltningen blir en bedömning i det enskilda fallet. Det som talar för att kunden ska anses ha reklamerat i tid är t.ex. om kunden har påtalat att förvaltningen inte skett i enlighet med uppdragsbeskrivningen. Att en förvaltare oriktigt förvissar kunden om att kundens inställning är felaktig och därvid får tillåtelse av kunden att fortsätta förvaltningen kan inte rimligtvis (enligt min mening) vara något som skulle belasta kunden negativt i reklamationsfrågan.

⁸² Se avseende tillämpligheten av 18 kap. 9 § HB på rådgivningsuppdrag, t.ex. Örebro tingsrätts dom 2008-04-11, mål nr T 4208-05, (se Göta hovrätts dom 2009-04-08, mål nr T 1357-08), där 18 kap. 9 § HB inte ansågs tillämplig på rådgivningsuppdrag utan istället att preskriptionslagens regler om tioårig preskription skulle gälla. Se vidare Stockholms tingsrätts dom 2008-06-11, mål nr T 751-04 och Svea hovrätts dom 1999-11-19, mål nr T 1397-98 där avräkningsnotor och slutsammanställningar inte ansetts utgöra slutredovisning av uppdraget. Se även Svea hovrätts dom 2005-12-02, mål nr T 3788-05 där rådgivarens redovisningar inte ansågs motsvara en slutredovisning enligt 18 kap. 9 § HB, varför anspråket inte var preskriberat. Jfr Stockholms tingsrätts dom 1998-02-20, mål nr T 10-431-95. Jfr vidare Stockholms tingsrätts dom 2008-06-11, mål nr T 751-04 där domstolen konstaterade att försäkringsmäklarlagen inte innehöll några särskilda preskriptionsregler. I försäkringsförmedlingslagen infördes en motsvarande preskriptionsregel som följer av rådgivningslagen. Domstolen menade emellertid att det inte förelåg några uttalanden som stödde synen att en motsvarande preskriptionsregel skulle föreligga enligt allmänna rättsgrundsatser eller att avsikten varit att lagfästa befintlig praxis på området (se prop. 2004/05:133 Försäkringsförmedling, s. 109). 18 kap. 9 § HB ansågs därför tillämplig på skadeståndsanspråket mot försäkringsmäklaren.

⁸³ Se Lindskog, Preskription, s. 163 ff.

⁸⁴ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 589 f.

4.1 Avtalade preklusionsregler

Avslutningsvis kan man även diskutera om en näringsidkare i ett avtalsförhållande till en konsument har möjlighet att avtala om strängare reklamation- och preskriptionsregler⁸⁵ än vad som följer av annan konsumentlagstiftning.⁸⁶ Denna fråga blir endast aktuell för det fall att de standardiserade allmänna villkoren om handel med finansiella instrument avseende reklamation och preskription anses tillämpliga på det diskretionära förvaltningsuppdraget alternativt om motsvarande regler framgår av förvaltningsavtalet. Ett krav på omgående reklamation (professionella kunder) alternativt reklamation utan dröjsmål (icke-professionella kunder) av det diskretionära förvaltningsuppdraget synes vara oerhört strängt, framför allt med tanke på en icke-professionell kunds möjlighet att löpande utvärdera uppdraget och därvid analysera om uppdraget har utförts i enlighet med kundens mål och syften med placeringen. Den icke-professionelle kunden saknar vanligtvis denna kompetens och det krävs i många fall ytterligare biträde för att göra en sådan bedömning. Mot bakgrund av detta torde avtalsklausulen innebärande en reklamations skyldighet utan dröjsmål alltför långtgående och därtill dess innebörd svår att tillämpa. Av praxis (se avsnitt 2.1.1–2.1.11 ovan) är det tydligt att så pass stränga krav inte har ansetts förenliga med i vart fall de som följer av konsumentlagstiftningen.

För det fall att villkoret i standardavtalet avseende reklamation anses vara tillämpligt på det diskretionära portföljförvaltningsuppdraget i dess helhet, torde detta kunna vara föremål för jämkning enligt 36 § AvtL, innebärande att avtalets reklamationsklausul istället ska innebära att icke-professionell kund har en skyldighet att reklamera inom skäligen tid från det att kunden märkt eller bort märka omständigheter som tydde på att tjänsten troligen

⁸⁵ Givetvis kan parterna avtala om andra former av preklusion, t.ex. särskild undersökningsplikt för köparen, men i denna artikel kommer fokus att ligga på reklamation- och preskriptionsregler.

⁸⁶ Se t.ex. avseende konsumenttjänster prop. 1984/85:110, s. 218: "Näringsidkaren kan således inte genom ett avtalsvillkor förkorta den tid som enligt bestämmelsen står konsumenten till buds för att reklamera, vare sig genom att ange en viss kortare reklationsfrist eller genom att föreskriva att konsumenten inte får åberopa ett visst hinder e.d. mot att reklamera vilket skäligen bör godtas som en giltig ursäkt. ... Lagen innebär däremot inte något hinder mot att parterna t.ex. i form av bestämmelser om besiktning eller motsvarande träffar avtal om en skäligen undersökningsplikt för konsumenten. En sådan avtalad undersökningsplikt kan naturligtvis få betydelse för när konsumenten bort märka ett fel." Se även prop. 1989/90:89, s. 113.

utförts vårdslöst (jfr motsvarande bestämmelse avseende avtalsvillkor som inte varit föremål för individuell förhandling, 11 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden).⁸⁷

5. Slutsats

Vid bedömning om reklamationen har skett i skälig tid ska kundens egna förutsättningar att enskilt bedöma kvaliteten på det utförda uppdraget samt att ett diskretionärt förvaltningsförhållande är förenat med stort förtroende för uppdragstagaren särskilt framhållas. Motsvarande aspekter för bedömningen av reklamationsplikten som framförts avseende finansiell rådgivning torde även ha bäring på bedömningen av reklamation av ett diskretionärt portföljförvaltningsuppdrag. Det är tydligt att preciserade avtalsvillkor och reklamationskyldighet av specifika transaktionsuppdrag svårligen kan tillämpas på ett diskretionärt förvaltningsuppdrag i dess helhet och det vore därför önskvärt om branschen i detta avseende tar fram ett standardavtal som reglerar det diskretionära förvaltningsuppdraget i dess helhet. Inte minst är detta önskvärt av förutsebarhetsskäl samt med tanke på att det för en kund, särskilt vad avser icke-professionella kunder, är av stor vikt att denne genom tydliga och begripliga avtalsvillkor ska kunna få full insikt i de villkor som är styrande för avtalsrelationen i dess helhet.

⁸⁷ Jfr 2 § KommL. Se även justitierådet Stefan Lindskogs tillägg i NJA 2008 s. 243 avseende frågan om reklamationsplikt i hyresförhållanden: ”Det finns helt visst anledning att visa större försiktighet med att låta ett i lag knäsat regelsystem som är detaljrikt och avsett att vara heltäckande suppleras av allmänna rättsprinciper, än när det gäller mer rudimentärt lagreglerade avtalsförhållanden eller sådana avtal som över huvud inte omfattas av särskild lagstiftning (såsom t.ex. återförsäljningsavtal). Men en lagstiftare kan inte täcka in alla situationer som kan aktualiseras. Förevarande mål illustrerar det. Ett visst utrymme för att falla tillbaka på allmänna rättsgrundsatser måste därför alltid finnas.”

