

# Några tankar kring advokatens skadeståndsansvar vid transaktionsrådgivning

ANDERS LUNDIN\*

## 1. Inledning

En advokatbyrås skadeståndsansvar är något som en praktiskt verksam advokat från tid till annan ägnar tankar åt och som finns i medvetandet när ett uppdrag utförs.

Rättspraxis och doktrin om advokaters ansvar har länge varit relativt begränsade med följd att det ofta varit svårt att bedöma när ansvar kan uppkomma. Jag har under cirka trettio år arbetat med transaktionsrådgivning och artikeln behandlar skadeståndsansvar vid sådan rådgivning.

Högsta domstolen har under senare år avgjort två mål rörande advokats skadeståndsansvar (NJA 2018 s. 414 och NJA 2019 s. 877). Dessa avser ansvar som processombud respektive som skatterådgivare, men innehåller också principiella uttalanden.

En fråga blir hur dessa mer generella uttalanden bör tillämpas vid transaktionsrådgivning, som ofta rymmer ett antal olika moment, som var för sig kan aktualisera olika bedömningar av ansvarsfrågan och dessutom kan innefatta flera från varandra vitt skilda rättsområden. Härutöver kan ingå rådgivning som faller utanför egentlig rättslig rådgivning, t.ex. förhandlings-taktik och ren sammanställning av information.

Artikeln disponeras enligt följande. Först redogörs kort för de allmänna principerna för advokats skadeståndsansvar. Därefter följer en beskrivning av transaktionsprocessen och särdragen i advokatens roll i denna. Sedan presenteras vissa skadeståndsteoretiska och rättsekonomiska argument för olika typer av skadeståndsreglering. Mot denna bakgrund analyseras vissa frågor om advokatens uppdrag, omsorgskrav och skadeståndsansvar. Även riktigheten av att så generellt avfärda grunden utfästelse eller garanti för ansvar, som man kan finna i doktrinen<sup>1</sup> analyseras. Sist följer några syn-

\* Advokat, Senior Advisor, Gernandt & Danielsson Advokatbyrå.

<sup>1</sup> Lars Heuman, Advokatens rättsutredningar – metod och ansvar 1987 s. 20 "En advokat bär gentemot sin klient på kontraktsevenlig grund ett ansvar för skada som vållats uppsåtligt

punkter på hur riskerna med ett för omfattande ansvar ska betraktas och förebyggas i just denna typ av rådgivning.

## 2. Advokatens skadeståndsansvar – allmänna principer

Advokatens skyldigheter mot sin klient har sin grund i ett uppdrag från klienten. I NJA 2019 s. 877 (p. 27) uttalas att *uppdragsavtalet* är av central betydelse för att närmare avgränsa advokatens förpliktelser mot klienten.

I nästföljande punkt anges dock vidare "[o]m inget sägs om uppdragets omfattning, ligger det nära till hands att tolka ett givet uppdrag som att *det omfattar vad som typiskt sett kan förväntas av en advokat vid den aktuella sortens rådgivning*".

Inom ramen för uppdraget har advokaten ett ansvar på kontraktsrättslig grund för en skada som vållats uppsåtligen eller av vårdslöshet.

I fråga om vad som utgör vårdslöshet av en advokat uttalas i NJA 2018 s. 414 generellt om vårdslöshetsbedömningen (p. 22):

"Vid bedömningen av om det föreligger skadeståndsgrundande vårdslöshet måste hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet, t.ex. uppdragets omfattning, de sakliga och rättsliga frågornas komplexitet och svårighetsgrad, den tid advokaten haft till sitt förfogande, de värden som står på spel och klientens instruktioner."

Dessa generella principer finns det inte mycket att invända mot. Svårigheten ligger i när dessa principer ska tillämpas i det enskilda fallet.

I övrigt kan från rättsfallen utläsas att advokaten måste skaffa sig en bild av de faktiska förhållanden som ska analyseras rättsligt och, i vart fall vid mer komplexa frågor, att oaktamsbedömningen är inriktad på frågan om advokaten har använt en för uppgiften anpassad metod och har varit tillräckligt omsorgsfull i sin genomgång och analys av saken och rättsläget. Det är alltså fråga om en form av metodansvar.

I NJA 2019 s. 877 hade Högsta domstolen även anledning att pröva betydelsen av klientens eget risktagande samt klientens medvetenhet om sitt risktagande (se p. 36–39). Högsta domstolen landade dock närmast i att det inte finns någon generell regel om betydelsen av detta, utan uttalade (p. 39):

eller av vårdslöshet. Strikt ansvar grundas på en garanti. Sådan utfästelse lämnas säkert ytterst sällan av en advokat ...", Jan Kleineman, Rådgivarens informationsansvar – en probleminventering SvJT 1998 s. 187 ff. "Det måste betraktas som ovanligt att en professionell rådgivare garanterar innehållet i sina råd."/.../" Skulle emellertid en rådgivare vara så lättsinnig att denne garanterar sakförhållanden eller en skattebedömning och detta senare visar sig inte svara mot rätta förhållanden, är rådgivarens ansvar emellertid strikt."

”Hur klientens risktagande och riskmedvetenhet ska avvägas mot advokatens agerande går inte att generellt ange, utan detta får bedömas med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall.”

De mer allmänna principer om advokatens skadeståndsansvar som kommer till uttryck i dessa prejudikat ligger på en förhållandevis abstrakt nivå. Och det är säkert svårt att precisera det närmare än så om reglerna samtidigt ska vara tillämpliga för unika förhållanden i olika enskilda fall.

Vad som ska krävas för vårdslöshet i transaktionssammanhang förtjänar därför att diskuteras närmare, inte minst då förhållandena är så annorlunda jämfört med t.ex. processombudets roll, som prövades av Högsta domstolen i NJA 2018 s. 414. Även om förhållandena med skatterådgivningen i NJA 2019 s. 877 var något mer liknande transaktionsrådgivning, var situationen ändå förhållandevis särpräglad och ganska processlik. Båda målen rörde rättsfrågor som uppenbart låg inom ramen för vad advokaten hade i uppdrag att göra en mycket grundlig bedömning av.

Som närmare berörs nedan blir även vid transaktionsrådgivning flera av de omständigheter Högsta domstolen i rättsfallen har exemplifierat som faktorer av betydelse för vårdslöshetsbedömningen av stor betydelse och väcker särskilda frågor. Det är t.ex. frågan om uppdragets omfattning, de värden som står på spel, klientens instruktioner och den tid (eller budget) som advokaten får till sitt förfogande (även för olika delfrågor).

Då transaktionsrådgivning närmast alltid innebär betydande avgränsningar och väsentlighetsbegränsningar av såväl fakta- som rättsutredning blir en central fråga vad som är en *tillräckligt* omsorgsfull och för uppgiften anpassad metod. Här har enligt min mening klientens villighet till risktagande och riskmedvetenhet (jfr NJA 2019 s. 877 p. 25–39) också en stor betydelse, vilket jag ska återkomma till senare. Först ska redogöras för transaktionsprocessen.

### 3. Transaktionsprocessen i korthet

Vilka särdrag har då transaktionsprocessen? Med en *transaktion* avser jag ett köp eller försäljning av ett företag eller en rörelse och som oftast har följande mönster. Köparen respektive säljaren anlitar en advokatbyrå för att genomföra transaktionen. Ofta vid sidan av finansiella och andra rådgivare.

Något förenklat kan arbetet ofta delas upp i tre delar. *Den första* är att biträda klienten i de inledande förhandlingarna samt vid utformningen av sekretessavtal, letter of intent och eventuella andra föravtal. Dessutom lämnas då ofta råd om regulatoriska frågor och andra för transaktionens genomförande relevanta juridiska frågor. *Den andra delen* består av biträde med den s.k. legala due diligence-undersökningen av målbolaget. *Den tredje*

*och sista delen* består av biträde vid förhandlingar och utformningen av det slutgiltiga köpeavtalet.

## 4. Uppdragsavtalet

Normalt ingås ett skriftligt uppdragsavtal med den advokatbyrå som anlitas. Innehållet kan naturligtvis variera, men det brukar innehålla en kort beskrivning av det arbete som ska utföras, en beskrivning av principerna för fakturering och ett arvodesestimat samt en beskrivning av de kompetenser och jurister som ska ingå i det team som ska utföra arbetet.

I fråga om beskrivningen av de kompetenserna kan noteras att Högsta domstolen i NJA 2018 s. 414 har angivit att det i oaktsamhetsbedömningen bör kunna vägas in i bedömningen om advokaten har särskilda insikter och erfarenheter från det rättsområde som ärendet rör. Definitionen av de kompetenser som ska ingå i teamet bör därmed kunna ha betydelse för ansvarsbedömningen (särskilt om missbedömningar görs inom mer svårtillgängliga juridiska specialistområden).

Uppdragsavtalet innehåller normalt inte några närmare bestämmelser eller normer för arbetets utförande. I den delen fylls det ut av tillämpliga bestämmelser i rättegångsbalken, Advokatsamfundets vägledande regler om god advokatsed samt dispositiv rätt i övrigt.

Uppdragsavtalet måste ofta i betydande grad utfyllas med t.ex. branschpraxis för att det ska gå att förstå vad advokaten egentligen ska göra. Det ligger även i uppdragets natur, att klienten under uppdragets gång lämnar närmare anvisningar och nya uppgifter och även att advokaten tar initiativ till sådana preciseringar och ytterligare uppgifter.

Det skriftliga uppdragsavtalet är således inte tänkt att dokumentera allt som advokaten förväntas göra eller hur det ska göras.

Högsta domstolens uttalande i NJA 2019 s. 877 om att det ligger nära till hands att tolka ett uppdrag till en advokat som att "det omfattar vad som typiskt sett kan förväntas av en advokat vid den aktuella sortens rådgivning", om inte annat avtalats, gäller således i betydande grad även om det finns ett skriftligt uppdragsavtal.

Normalt regleras inte t.ex. aktsamhetsnormer eller kriterier för skadeståndsansvaret närmare i uppdragsavtalet (även om beloppsbegränsningar för skadeståndet brukar finnas i advokatbyråns allmänna villkor). Det torde inte förekomma att det ursprungliga skriftliga uppdragsavtalet innehåller några av advokatbyrån lämnade garantier eller liknande utfästelser.

Såväl frågor om advokatens mer preciserade förpliktelser som skadeståndsansvarsfrågan lämnas således typiskt sett oreglerat i uppdragsavtalet.

## 5. Särdrag hos advokatens roll vid transaktionsrådgivning

Av betydelse för frågan om advokatens närmare uppdrag och skadeståndsansvar är att transaktionsrådgivning ofta innefattar arbetsuppgifter som ligger ganska klart utanför vad som grovt skulle kunna kallas juridikens kärna och även innefattar betydande inslag av praktiska och kommersiella riskbedömningar och förhandlingsbiträde.

En viktig egenskap hos advokaten är att, grundat på såväl juridiska kunskaper som erfarenhet och affärsförståelse, kunna göra rimliga riskbedömningar.

När det till exempel gäller att utvärdera ett företags "juridiska skick" är det naturligtvis orimligt – inte minst ekonomiskt – att utvärdera varje avtal med den omsorg som till exempel ett processombud analyserar ett avtal och rättsregler inför en rättsprocess. Advokaten måste vid due diligencearbetet göra rimliga avgränsningar och prioriteringar och i viss mån en egen bedömning av den praktiska och kommersiella risk som olika rättsliga förhållanden rörande målbolaget kan utgöra.

Att advokaten självständigt gör sådana avgränsningar och bedömningar är normalt också vad klienten önskar, då denne oftast inte vill bli dränkt i information. Här överlämnas till advokaten en central väsentlighetsbedömning som delvis kan ligga långt utanför området för typiska rättsliga bedömningar.

Det är också av betydelse för hur man ska se på transaktionsrådgivning att köp och försäljningar av företag involverar kalkylerat ekonomiskt risktagande balanserat mot möjligheterna till ekonomisk vinst. Advokaten är i normalfallet anlitad för att biträda klienten med att göra just ett välkalkylerat affärsmässigt risktagande och inte för att undvika varje risk.

De här varierande inslagen i rådgivningen och biträdet innebär att vårdslöshetsströskeln i vissa avseenden bör anses vara mycket hög men i andra avseenden att ansvaret bör kunna närma sig strikt ansvar.

## 6. Skadeståndsteoretiska utgångspunkter

Innan jag går vidare, gör jag en liten utveckling om rättsekonomisk skadeståndsteori.<sup>2</sup> Det passar dessutom bra i ljuset av att transaktionsrådgivning ofta innefattar ekonomiska riskbedömningar.

<sup>2</sup> Detta avsnitt baseras huvudsakligen på Steven Shavell, *Foundation of Economic Analysis of the Law*, 2004 ("Shavell"). Shavells bok har beskrivits och recenserats av Richard Posner, *A Review of Steven Shavell's Foundations of Economic Analysis of Law*, *Journal of Economic Literature*, Vol. XLIV (June 2006), pp. 405–414.

*Law and economics*, eller på svenska, rättsekonomi, analyserar bland annat om skadestandsregler och avtal leder till samhällsekonomisk effektivitet. Något förenklat innebär detta att varor och tjänster bör produceras så länge det samhällsekonomiska värdet av dessa överstiger produktionskostnaden. I en ekonomi med endast en konsument (klienten) och en producent (advokaten) uppnås detta om uppdragsavtalet ger advokaten incitament att producera de tjänster som klienten värderar högre än advokatens kostnad för produktionen.

Behövs det då något annat än att klienten och advokaten fritt får avtala med varandra om uppdraget och advokatens skadeståndsansvar? Ja, eftersom redan enligt den rättsekonomiska teorin krävs för effektivitet att parterna är helt informerade om relevanta förhållanden och utformar s.k. kompletta avtal.<sup>3</sup>

Det här är förutsättningar som knappast håller i verkligheten redan då det skulle ta stora resurser i anspråk att uppnå dessa förutsättningar. Dessa s.k. transaktionskostnader och otillräcklig kunskap och information hos avtalande parter gör att idealbilden av kompletta avtal i praktiken knappast uppnås.

I verkligheten förekommer i stor utsträckning mycket inkompletta avtal. Som jag har beskrivit i avsnitt 4 ovan brukar advokaters uppdragsavtal vara kortfattade och förutsätta att de kompletteras av något.

I den rättsekonomiska litteraturen har förespråkats att domstolar vid tvist ska komplettera inkompletta avtal. Utgångspunkten ska vara vad två kompetenta parter som i förväg hade tänkt igenom risken för den senare uppkomna situationen och lagt tid på att reglera denna skulle ha avtalat.<sup>4</sup>

Det här blir då utgångspunkten för vad vi i Sverige kallar dispositiv rätt. En lämpligt utformad dispositiv rätt underlättar transaktioner då den minskar transaktionskostnaderna och optimalt sett ger samma utfall som kompletta avtal men till lägre transaktionskostnader. Lämpliga dispositiva och utfyllande rättsregler har alltså en betydande ekonomisk funktion även om avtalsfrihet råder.

Hur bör då reglerna om skadeståndsskyldighet utformas? En utgångspunkt i den rättsekonomiska litteraturen är att skadeståndsskyldighet i vart fall bör föreligga vid vårdslöshet ("negligence"). Vårdslöshet har dock ofta givits en speciell mening. Vårdslöshet är att inte vidta sådana försiktighetsmått som krävs för att undvika skada i de fall där kostnaden för dessa försiktighetsmått är mindre än den förväntade skadan om försiktighetsmått inte vidtas.

Detta uttrycks ofta med formeln  $B < PL$  som ofta kallas "Learned Hand"-formeln (efter en berömd amerikansk domare som formulerade

<sup>3</sup> Se Shavell, a. a. s. 101–108, 293 och 299 och jfr s. 320 f.

<sup>4</sup> Shavell, s. 301 f.

den vårdslöshetsnorm som formeln härleds ifrån). B står i formeln för "Burden", kostnaden för försiktighetsmått, medan P är sannolikheten för skada utan försiktighetsmått och L är skadans förväntade storlek. Är kostnaden för B lägre (<) än den förväntade skadan ( $P \times L$ ) är det samhälls-ekonomiskt effektivt att försiktighetsmått vidtas. Det bör därför bedömas som skadeståndsgrundande vårdslöst att inte vidta försiktighetsmått om det förväntade värdet på skadan överstiger kostnaden för försiktighetsmåt- tet (B). Det bör även beaktas om det hade varit billigare – och därmed ekonomiskt mer effektivt – att den potentiellt skadelidande istället hade vidtagit de försiktighetsåtgärder som hade krävts för att undvika skadan.<sup>5</sup>

Denna princip ger ett förhållandevis teoretiskt enkelt svar på var gränsen för skadeståndsskyldighet bör sättas och hur medvållande på skadelidan- desidan bör behandlas. I praktiken är det dock naturligtvis en grannlaga uppgift att bedöma om en viss part vidtagit en samhällsekonomiskt optimal nivå av försiktighetsåtgärder.

Mot den här principen för ekonomiskt effektiva skadeståndsregler kan det anföras olika argument som har att göra med ekonomiska fördelningsfrågor,<sup>6</sup> att t.ex. kropps- och miljöskador inte ska värderas i pengar eller att regeln leder till en olämplig riskallokering på så sätt att risker och ekonomiska förluster drabbar olämpliga riskbärare.<sup>7</sup>

Dessa argument gör sig dock enligt min uppfattning inte alls eller i mycket begränsad utsträckning gällande för advokaters transaktionsrådgiv- ning.

Företagsförvärv rör ekonomiska värden. Köparna och säljarna står för såväl riskerna med transaktionerna som kostnaderna för sina rådgivares aktsamhet. Det finns inga egentliga fördelningsaspekter att beakta på gruppnivå. De som köper och säljer företag är också som huvudregel för- hållandevis riskbenägna och lämpliga riskbärare. I ett val mellan kostsam riskminimering och ekonomisk optimering borde således en företagsför- värvsklient typiskt sett vara mer benägen till ekonomisk optimering än riskminimering (detta benämns nedan "riskneutral").

<sup>5</sup> Shavell, s. 189 f. samt Posner, *A Theory of Negligence*, *The Journal of Legal Studies*, Vol 1, No. 1 (Jan 1972), pp. 29–96, ("Posner"), s. 33 f.

<sup>6</sup> T.ex. att samhällskostnaderna för farlig verksamhet övervältras på andra medan vinsten hamnar hos utövaren.

<sup>7</sup> T.ex. att enskilda skadelidande får bära en i förhållande till sina ekonomiska förhållanden stor och icke-kompenserad skada för marginella samhällsekonomiska effektivitetsvinster som fördelas på många parter eller kanske rentav enbart ett stort företag. Med ekonomiskt språk kan riskerna för skada drabba olämpliga "riskbärare". Detta aktualiserar utöver frågor om ansvarsregler även frågor om s.k. riskaversion, försäkringsmöjligheter samt inkomstfördelning, se Shavell s. 257 ff. samt 652 ff.

## 7. Uppdragsavgränsningen och omsorgsstandarden i allmänhet för advokater vid transaktionsrådgivning

Som beskrivits ovan uttalas i NJA 2019 s. 877 att om inget annat avtalats så ska en advokat utföra vad som typiskt sett kan förväntas av en advokat vid den aktuella sortens rådgivning. Vid oaksamhetsbedömningen ska utöver just uppdragets omfattning beaktas de sakliga och rättsliga frågornas komplexitet och svårighetsgrad, den tid advokaten haft till sitt förfogande, de värden som står på spel och klientens instruktioner. Advokatens ansvar är vidare att tillämpa en metod som är anpassad efter vad uppgiften kräver och att vara tillräckligt omsorgsfull i sin genomgång och analys av saken och rättsfrågorna. I fråga om betydelsen av klientens riskbenägenhet och riskmedvetenhet uttalade Högsta domstolen i det nämnda rättsfallet att det inte gick att generellt ange vilken betydelse detta hade.

Vilken metod och omsorgsstandard bör då en transaktionsrådgivande advokat använda i ljuset av dessa uttalanden? Jag skulle vilja hävda att det inte finns några tunga invändningar mot att i transaktionssammanhang använda "Learned Hand"-formeln som någon form av riktlinje för bedömning av om advokaten gjort sig skyldig till skadeståndsgrundande vårdslöshet.

Riktlinjen blir då att transaktionsrådgivare inte ska vara mer omsorgsfulla och lägga mer resurser än vad som kan förväntas vara ekonomiskt rimliga försiktighetsåtgärder för klienten, bedömda med en riskneutral utgångspunkt. I transaktioner måste också vägas in att överdriven försiktighet kan vara minst lika illa för en klient då den kan leda till negativa konsekvenser för en i grunden riktig affär.

Det kan naturligtvis finnas situationer där klienten av olika skäl är påtagligt riskaversiv eller en olämplig riskbärare. Vid transaktionsarbete bör det dock i sådana fall krävas särskilt stöd för att advokatens uppdrag ska anses innefatta att tillämpa en högre aktsamhet och större noggrannhet än vad som är ekonomiskt rimligt för klienten på riskneutral basis.

Advokaten bör således vid transaktionsrådgivning systematiskt försöka bedöma vilka värden som står på spel i olika frågor och riskerna på olika områden och prioritera därefter. Denna riktlinje har också fördelen att den är lätt att tillämpa om klientens instruktioner medför ännu snävare tidsrams- eller budgetbegränsningar för advokatens insats än vad denne själv hade valt eller rekommenderat klienten. Prioriteringarna får då helt enkelt ske efter samma kriterier men med ett ytterligare förhöjt väsentlighetskrav. Klienten bör naturligtvis vara införstådd med att sådana begränsningar av advokatens förutsättningar medför en minskning av den möjliga omsorgen, men i vart fall kvalificerade och erfarna klienter måste normalt förstå detta utan att det påpekas särskilt.



Denna teoretiskt tilltalande riktlinje om en lämplig omsorgs- och noggrannhetsnivå är dock svår att översätta till praktiska fall, särskilt för utomstående domstolar. Det kan vara betydligt lättare att med facit i hand göra bedömningen att en viss risk var enkel att förutse och förebygga eller att en missbedömning var närmast uppenbart felaktig än vad det är att på förhand göra samma bedömning. Detta riskerar att leda till för stränga ansvarsbedömningar i domstolar.

Att domstolar tillämpar en för sträng aktsamhetsstandard riskerar i sin tur att leda till ett fenomen som har kommit att kallas ”defensive medicine”, vilket innebär att läkare överbehandlar, överanalyserar och överdokumenterar av oro för skadeståndsansvar.<sup>8</sup> Detta leder i sin tur till dyrare sjukvård. På medicinens område, där alla värden kanske inte kan mätas i pengar, kan argumenteras att väldigt dyr och överdriven försiktighet ändå har något värde.

För advokater som transaktionsrådgivare – där enbart pengar står på spel och ekonomiskt kalkylerat risktagande närmast är kärnan i klientens verksamhet – finns det få argument för varför det skulle finnas någon fördel med något motsvarande ”defensive lawyering”. Kostnaderna för detta skulle naturligtvis få bäras av klientkollektivet och det skulle inte leda till att advokaterna lämnade effektiv rådgivning i just kalkylerat risktagande om de hade en benägenhet att överdriva risker.

Det är bland annat sådana hänsyn som ligger bakom den även i Sverige välkända ”business judgement rule”. Den regeln innebär förenklat att domstolar som huvudregel inte ska överpröva bolagsstyrelsers affärsbedömningar om de har gjorts med erforderligt underlag, utan intressekonflikter och med genuin övertygelse om att det var ett bra beslut för bolaget.<sup>9</sup> Ett rättsekonomiskt argument för denna regel är bland annat att det antas att aktieägare i allmänhet inte vill att bolagsstyrelser ska vara riskaversiva, utan istället försöka maximera det ekonomiska värdet för bolaget, vilket innefattar risktagande och svåra affärsmässiga bedömningar som i efterhand kan visa sig få ett negativt utfall.<sup>10</sup>

Det kan argumenteras för att motsvarande hänsyn bör göra sig gällande för de rådgivare som biträder vid sådana affärsmässiga bedömningar, i vart fall i frågor som rör just affärsmässiga relevans- och riskbedömningar som inte har ”korrekta” svar på samma sätt som i vart fall vissa t.ex. juridiska eller medicinska frågor kan ha. Härvid kan nämnas att det i amerikansk rättspraxis även har förekommit att advokater som krävts på skadestånd för t.ex. vårdslös rådgivning i frågor om huruvida en tvist bör förlikas för ett visst belopp har försvarat sig med en princip om ”Attorney judgement

<sup>8</sup> Jfr Shavell s. 218 och s. 225–229 med hänvisningar i fotnot 4.

<sup>9</sup> Såvitt avser Delawares bolagsrätt, se t.ex. Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (1985).

<sup>10</sup> Se t.ex. hur regeln har motiverats i Delawares bolagsrätt i målet Gagliardi v. TriFoods Intern., Inc., 683 A.2d 1049 (1996).

rule” eller ”Judgemental immunity”.<sup>11</sup> Det är naturligtvis mycket svårt att hitta någon fast mark för att avgöra om ett råd att inte acceptera ett förlikningserbjudande var objektivt felaktigt i ljuset av vad som var teoretiskt möjligt att veta för en advokat vid den relevanta tidpunkten. Det blir mer en bedömningsfråga utan objektivt rätta svar.

Att det är svårt för domstolar att i efterhand göra korrekta bedömningar av vad som var rimlig aktsamhet och rimliga bedömningar – framförallt i metodfrågor som avgränsningar, väsentlighetsbedömningar och rena bedömningsfrågor – aktualiserar frågan om vilken betydelse *branschpraxis* i den aktuella sektorn bör ha (jfr Högsta domstolens uttalande om vad som typiskt sett förväntas av en advokat vid den aktuella sortens rådgivning som norm i fråga om tolkningen av uppdraget).

Den uppenbara invändningen mot att använda branschpraxis som en norm för skadeståndsskyldighet är att det förhållandet att alla i en bransch brister i tillräcklig omsorg inte bör kunna vara ett argument mot skadeståndsskyldighet.

Inom området för skadeståndsansvar grundat på avtal kan det dock finnas skäl för att tillmäta branschpraxis stor betydelse. Om kunderna är kvalificerade och upprepade köpare kommer de – oberoende av skadeståndsregler – vända sig till de leverantörer som levererar vad kunderna tycker är en tillräckligt acceptabel kvalitet för ett tillräckligt acceptabelt pris.<sup>12</sup> Den huvudsakliga sanktionen mot en dåligt utförd tjänst och incitamentet till aktsamhet på många marknader torde inte vara skadeståndsrisken (som dessutom ofta är ansvarsförsäkrad) utan att kunderna inte kommer tillbaka till och inte rekommenderar leverantörer de är missnöjda med. Kvalificerade och upprepade aktörer kommer således att utmejsla en praxis utifrån vad köparna efterfrågar och vill betala för.

På marknaden för transaktionsjuridik finns det mycket kompetenta och återkommande köpare av affärsjuridiska tjänster. Juristerna på klientföretagen har ofta själva bakgrund på affärsjuridiska advokatbyråer och förstår därför såväl tjänsterna som köps, arbetsmetoderna som tillämpas av advokatbyråerna samt begränsningarna i dessa tjänster mycket väl. Det finns därför betydande skäl att tillmäta branschpraxis rörande t.ex. metod och avgränsningar stor betydelse vid transaktionsrådgivning.

Detta gäller både för att bedöma uppdragsomfattningen och för oaktshetsbedömningen inom ramen för uppdraget, om inte en noggrannare (och därmed dyrare) tjänst har särskilt avtalats. Den ekonomiskt rimliga graden av aktsamhet och omfattning på uppdraget bör således i betydande mån kunna bedömas utifrån den praxis som utbildats.

<sup>11</sup> Se t.ex. avgörande från Washington Court of Appeal i Clark County Fire District No. 5 v. Bullivant Houser Bailey PC, 324 P.3d 743 med där hänvisad praxis.

<sup>12</sup> Jfr Shavell s. 215 f.

## 8. Vårdslöshetsbedömningen i olika typer av frågor och möjligheten för uppkomst av ansvar grundat på garantiutfästelse

Advokatens skadeståndsansvar är enligt dispositiv rätt ett oaktsamhetsansvar. Det typiska uppdragsavtalet innehåller inte heller några garantiförpliktelser.

Frågan blir dock om vållande som förutsättning för ansvar kan komma att förändras under den tid advokaten fullgör avtalet och om advokaten då kan komma att lämna garantiförpliktelser eller i vart fall i delar har ett ansvar som närmar sig strikt ansvar.

Det torde inte förekomma att advokater lämnar garantier för t.ex. rättsliga bedömningar och än mindre för väsentlighetsbedömningar eller andra riskbedömningar. Vidare kan förväntas att klienter ofta vill ha den erfarna advokatens ”bästa bedömning” även när det enda säkert korrekta svaret är ”Rättsläget är osäkert.” eller ”Det går inte att säga vilken ekonomisk risk det här innebär”.

Enligt vad som följer av analysen i avsnittet ovan bör i vart fall transaktionsklienten ofta inte vara beredd att vare sig betala för eller vänta på att varje fråga ska utredas så grundligt som möjligt. I sådana fall bör advokaten kunna lämna råd baserade på den begränsade utredning och bedömning klienten vill ha utan att för den skull riskera skadeståndsansvar. Detta bör kunna ses som en begränsning av den tid advokaten har till sitt förfogande och klientens instruktioner, vilket enligt Högsta domstolens praxis är faktorer som ska beaktas i oaktsamhetsbedömningen. I sådana frågor bör advokaten dock normalt samråda med klienten och informera om begränsningarna sådana restriktioner innebär (även om det i vart fall för mer kvalificerade klienter ofta torde stå klart ändå).

En situation där jag dock menar att en förändring av det allmänna uppdragsavtalet och inträdandet av ett garantiansvar kan bli aktuellt är i samband med due diligence-undersökningen och *sammanställning och vidareberapportering av ren fakta*, där det knappast finns utrymme för att argumentera i bedömningsfrågor.

Due diligence-undersökningen redovisas normalt i en rapport. Rapporten kan komma att innehålla redovisningar av uppgifter som inte kräver någon egentlig juridisk analys utan som kan karakteriseras som sammanställning av fakta. Ett exempel kan vara en sammanställning av samtliga målbolagets avtal som innehåller s.k. change of control-klausuler<sup>13</sup>. Ett annat exempel kan vara en sammanställning av i kontrakt angivna avtalstider för målbolagets viktiga intäktsgenererande avtal. Båda dessa kan påverka köparens

<sup>13</sup> En change of control-klausul är en klausul som ger motparten rätt att säga upp avtalet, att ensidigt ändra dess innehåll eller som automatiskt leder till sådana följder, om målbolaget får en ny ägare.

värdering av målbolaget. Sammanställningarna kan komma att särskilt efterfrågas av klienten, men också komma att lämnas som en naturlig del av due diligence-undersökningen. Och inte föregås av en förändring i det skriftliga uppdragsavtalet av innebörd att advokatens ansvar alltid förutsätter vållande.

Uteslutas kan då nog inte att advokaten kan få ett strikt ansvar för riktigheten att angivna fakta är korrekt sammanställda från de underliggande handlingarna som granskats. Det rör sig om något mycket konkret som ska presteras till klienten och där det som presteras i princip bara kan vara objektivt rätt eller fel. Om dessa uppgifter då visar sig vara felaktiga och en motpart till följd av överlåtelsen kontraktsevenligt säger upp avtalet eller ett inkomstgenererande avtal upphör ett par år tidigare än vad som anges i förteckningen kan nog advokaten bli ansvarig för följderna utan att ytterligare vållande än det rena objektiva felet behöver styrkas.

Den praktiska skillnaden mellan ansvar för vållande och strikt ansvar i en situation som denna kanske oftast är begränsad. Att under en due diligence-granskning förbise en change of control-klausul eller ange en felaktig avtalstid torde nog normalt konstituera vårdslöshet. Men dessa uppgifter kan ibland vara svåra att hitta i den dokumentation som granskas. Det kan handla om tillägs- och ändringsavtal samt korshänvisningar mellan omfattande avtalskomplex, men utan att det föreligger några egentliga tolkningsfrågor. Dessa kan komma att förbises utan att vårdslöshet föreligger. Det kan då inte uteslutas att det i denna del av transaktionsrådgivningen kan uppkomma ett garantiansvar om inte relevanta reservationer gjorts om det rör sig om bedömningar.

Sammantaget kan jag således tänka mig att det i vissa sammanhang kan föreligga närmast strikt ansvar för vissa inslag i advokatens transaktionsrådgivning, i vart fall i bemärkelsen att man inte behöver pröva *varför* eller *hur* det kom sig att en viss uppgift var objektivt felaktig, när det får anses ha ingått i advokatens uppdrag att lämna exakta uppgifter i dessa avseenden.

## 9. Avslutning

I sin artikel Rådgivares informationsansvar – en probleminventering<sup>14</sup> varnade Jan Kleineman för en utveckling där ansvaret för professionella rådgivare utökades till att bli alltför långtgående och att det fanns sådana tendenser i svensk rätt.

Även om Högsta domstolens nya avgöranden rörande advokaters skadeståndsansvar inte helt passar in på transaktionsrådgivning så innehåller

<sup>14</sup> SvJT 1998 s. 185.

de generella principer som kan ge en rimlig avgränsning av skadeståndsansvarsrisken vid transaktionsrådgivning.

Det viktiga här är att bedömningen av uppdragets omfattning och vilken noggrannhet som krävs tar fasta på att transaktionsrådgivning lämnas i en kontext av medvetet och ekonomiskt kalkylerat risktagande. Ekonomisk optimering och rimlighet snarare än kostsam riskminimering bör vara utgångspunkter för bedömningen. Det kan dock vara svårt för utomstående bedömare som domstolar att avgöra vad som utgör en sådan rimlig aktsamhet. Därför är det av betydelse att transaktionsrådgivning lämnas i en bransch där många klienter är synnerligen kunniga och även återkommande köpare av juridiska tjänster. Vad som har utbildats som branschpraxis bör därför väga mycket tungt i aktsamhetsbedömningen och bedömningen av vad ett uppdrag får anses omfatta.

Den stora oron för en utvidgning av skadeståndsansvaret bör inte vara att advokater då och då får betala skadestånd för sådana fel som genom mänskligt misstag kan hända även rimligt omsorgsfulla och kunniga advokater. Det stora problemet skulle vara om skadeståndsansvaret blir så omfattande och aktsamhetsbedömningen så sträng att det inte är möjligt att erbjuda den rådgivningstjänst som ekonomiskt rationella och kunniga aktörer i verkligheten efterfrågar utan att samtidigt riskera att bedömas som skadeståndsgrundande oaktsam. Det är den viktiga balansen att uppnå.

