

Frågan om graden av oaktsamhet som relevanskriterium vid jämkning av ansvarsbegränsningar*

JAN KLEINEMAN

1. Inledning

Länge levde jag i föreställningen att svensk avtalsrätt, såväl inom den kommersiella avtalsrätten som i konsumentrelationer byggde på en enkel men klar huvudprincip nämligen att ansvarsbegränsningar inte skulle tillämpas om kontraktsparten hade gjort sig skyldig till grov oaktsamhet. Tanken synes då ha varit att den som gjort sig skyldig till sådan vårdslöshet skulle inte kunna befria sig från ansvaret genom att begränsa sitt ansvar genom ansvarsfriskrivningar. Om det rörde sig om kommersiella aktörer, närmast då s.k. professionsutövare, hade de en skyldighet att skydda sina kunder genom ansvarsförsäkringar.

Eftersom kunderna däremot sällan kunde skydda sig genom egna försäkringar för skador orsakade av deras uppdragstagare låg ansvaret för sådana skador lämpligen just på professionsutövaren som skyddade sig själv men även kunderna med just ansvarsförsäkringar. Många yrkesutövare önskade dessutom även ha ett fullgott skydd även vid s.k. normal oaktsamhet, eftersom det uppfattades som en policy-förlust om man inte skyddade sina klienter mot skador. Att fel kan begås i all verksamhet fick man leva med och utgjorde ingen katastrof varken för verksamheten eller kunden om det fanns fullgott försäkringsskydd.

Allt detta verkar ha förändrats sedan en klandrad skiljedom med stark sammansättning valde att se annorlunda på saken. Domen som blev mycket

* Har tidigare publicerats i boken Vänbok till Gertrud Lennander, Jure Förlag, Stockholm, 2024.

uppmärksammas i den juridiska litteraturen¹ byggde på en helt annan utgångspunkt, nämligen inte genom en primär prövning av om det hade förelegat grov oaktsamhet hos professionsutövaren utan att istället skulle det enbart ske en prövning av om graden av oskälighet – med beaktande av samtliga omständigheter – kunde anses vara sådan att jämkning av ansvarsbegränsningen skulle ske och i så fall i vilken utsträckning.

Det synsätt som först hade kommit till uttryck i en skiljedom kom delvis att återspeglas i ett nytt avgörande i Högsta domstolen, NJA 2017 s. 113 där fråga var om en ansvarsbegränsning i ett avtal om en s.k. överlåtelsebesiktning av en bostadsfastighet. HD var mycket noga med att formulera prejudikatfrågan och uttalade därvid följande:

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

En speciell omständighet i det aktuella fallet var att ”*konsumenttjänstlagens tvingande regler inte [var] tillämpliga på besiktningsuppdrag*” vilket enligt HD medförde att det inte fanns ”*något principiellt hinder mot att en besiktningsman som är näringsidkare gentemot en uppdragsgivare som är konsument avtalsvis begränsar sitt ansvar*”. Det medförde i sin tur att frågan ”huruvida en överenskommen ansvarsbegränsning [kunde] göras gällande i ett enskilt fall” i stället fick avgöras av allmänna principer.

Mot bakgrund av detta slår HD fast en ny princip nämligen följande:

”Mot den angivna bakgrunden bör frågan om en ansvarsbegränsning kan godtas numera i princip bedömas enligt 36 § avtalslagen. Det utesluter inte att grov oaktsamhet på löftesgivarens sida vid en jämkningsprövning skulle kunna vara skäl nog för att helt sätta åt sidan en ansvarsbegränsning. Men på den andra sidan är det inte givet att vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter en påtaglig oaktsamhet ska leda till att ett sådant villkor jämkas ens i någon mån. Skulle parterna ha avtalat om att en begränsning inte ska gälla vid grov vårdslös-

¹ Se t.ex. Christina Ramberg, Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag, JT 2010–11 s. 918 ff.

het eller uppsåt, så gäller det, vilket inte utesluter att jämkning kan ske fastän varken uppsåt eller grov vårdslöshet är för handen”

Jag skall villigt medge att när jag första gången läste detta uttalande så blev jag något förvånad. HD slår fast att man ”numera” skulle ha att tillämpa en princip om när en ansvarsbegränsning skall godtas ”i princip” skall bedömas enligt 36 § avtalslagen. Har det inte alltid varit så? Jag har aldrig uppfattat saken så, att alla ansvarsbegränsningar automatiskt skulle bli ogiltiga vid förevaro av grov vårdslöshet, utan att sådana ansvarsbegränsningar kan jämkas enligt just 36 § AvtL och att det funnits en presumtion att jämkningen kunde ske till noll, men att det fanns tydliga undantag till denna regel. Vidare framstår den fastslagna nya regeln som väldigt öppen i så måtto att det lämnas ett väldigt stort utrymme för skälighetsbedömningar oberoende av grov oaktsamhet, vilket medför att domstolarna gives stort utrymme att jämka eller om man därtill är hågad underlåta att jämka.

Det skall enligt HD ske en helhetsbedömning, men samtidigt framhåller domstolen att

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

Trots denna i mitt tycke mycket viktiga synpunkten väljer HD att inte jämka ansvarsbegränsningen i det aktuella fallet och detta trots att HD framhåller en ytterligare viktig faktor som rimligen borde tala för jämkning vid grov vårdslöshet nämligen frågan i

”vilken utsträckning respektive part har haft möjlighet att skydda sig genom försäkring (jfr 6 kap. 2 § skadeståndslagen och Bertil Bengtsson och Erland Strömbeck, Skadeståndslagen, Zeteo den 26 maj 2016, kommentaren till 6 kap. 2 §).”

Att konsumenter normalt inte kan skydda sig mot skador förorsakade av professionella konsulter medan sådana aktörer så gott som alltid kan skydda såväl sig själva som sina kunder måste rimligen vara ostridigt. Inte heller kan man tillgodoräkna professionella konsulter underlåtenhet att hålla sig med en med hänsyn till verksamhetens omsättning relevant ansvarsförsäkring. Det betyder att konsulter alltid bör anses inneha en försäkring som skyddar

klienterna. Trots att således försäkringsargumentet särskilt noterats i avgörandet synes det konkret inte ha haft någon inverkan på utgången.

I det konkreta fallet åberopas visserligen två omständigheter som hade kunnat medföra att man såg strängt på besiktningsmannens ansvar. ”Den första tar sikte på att de fel i fastigheten som hovrätten funnit klarlagda var många och allvarliga. Enligt hovrättens bedömning synes flera av bristerna dessutom ha varit förhållandevis lätta att upptäcka.”² Den andra omständigheten ”gäller att det uttalade skyddssyftet i 36 § avtalslagen är den underlägsne parten, vilket en konsument typiskt sett anses vara i ett avtal med en näringsidkare (andra stycket). Avgörande är dock inte om en part tillhör en viss kategori eller inte, utan om han eller hon intar en underlägsen ställning i förhållande till motparten (se prop. 1975/76:81 s. 137).”

Inte heller den omständigheten ledde emellertid i det aktuella fallet fram till jämkning av den avtalade ansvarsbegränsningen. Vad som emellertid gjorde mig mest förvånad i HD:s ogillande av jämkningsfrågan, var kopplingen till det faktum att besiktningsbolaget hade mot särskild ersättning från köparen medgivits att även denne hade rätt att åberopa utlåtandet. Trots att således konsulten s.a.s. sålt utlåtandet även till köparen valde HD en lösning som för mig framstår som oväntad, nämligen genom följande uttalande:

”Avtalet mellan IBAB och köparna innebär visserligen att köparna har rätt till ersättning för skada som de har lidit till följd av sådana fel eller risker som besiktningsmannen av oaktsamhet har underlåtit att anmärka i det övertagna besiktningsutlåtandet (se p. 13). Det betyder emellertid inte att köparna har haft fog för att sätta samma lit till det övertagna utlåtandet som till ett utlåtande efter en besiktning utförd av en av dem själva anlita besiktningsman. Genom att nöja sig med att ta över en av säljaren beställd och i dennes intresse utförd överlåtelsebesiktning i stället för att anlita en egen besiktningsman, har köparna inte gjort vad de hade kunnat göra för att undvika eller i allt fall minska den köparrisk som följer med riskfördelningen enligt 4 kap. 19 § JB.”

När som i detta fall konsultbolaget säljer besiktningen även till köparen framstår det enligt min mening som rimligt att konsulten har att anpassa sitt uppdrag även till köparen. Väljer konsulten att tillhandahålla besiktningsuppdraget till såväl säljaren som köparen och dessutom betingar sig särskilt vederlag även av köparen skall denne kunna förlita sig på att uppdraget är

² Se NJA 2017 s. 113 p. 19 i HD:s dom.

utfört på sådant sätt att tjänsten är anpassad till vad denne skäligen kan förvänta sig.

I likhet med den i målet åberopade skiljedomen så ger inte HD något klart besked i frågan om det förelåg grov vårdslöshet men valde dock att framhålla att det förelåg betydande brister och uttalade explicit att felet var ”*många och allvarliga*”, vilket framstår i vart fall för mig som en terminologi jämförbar med förevaro av grov vårdslöshet.

Sammanfattningsvis utesluter enligt mitt förmenande denna dom inte att förevaro av grov vårdslöshet skulle kunna konstituera en separat jämkningsgrund av en ansvarsbegränsningsklausul, men HD valde att se mycket restriktivt på jämkningsmöjligheterna trots förevaro av ”*många och allvarliga*” fel vilket medförde att köparen tvingades till en betydande extrautgift som väl eljest hade slutligen stannat på professionsutövarens ansvarsförsäkring med avdrag för eventuell självrisk.

Genom att HD ändå lämnade ett flertal öppningar för andra fall i framtiden synes inte domstolarna ha fått betydande vägledning genom detta fall. Det visade sig även genom senare praxis. Frågan återkom nämligen med full kraft i rättsfallet NJA 2022 s. 354. Här gjorde emellertid den av skattekonstulanten åberopade ansvarsbegränsningen ett explicit undantag om det förelåg grov vårdslöshet då ansvar inträdde, men HD slog utan att tveka fast att fråga inte var om sådan grov vårdslöshet. HD tar som utgångspunkt för sin bedömning vad som tidigare hade uttalats i NJA 2017 s. 113:

”Bedömningen av en ansvarsbegränsnings oskälighet enligt 36 § avtalslagen tar i grunden sikte på frågan om begränsningen med hänsyn till samtliga omständigheter utgör en orimlig riskavvägning mellan parterna...”

I likhet med vad som hade uttalats i det tidigare avgörandet sätts rådgivarens intresse i förgrunden och inte som jag personligen menar är den normala internationella utgångspunkten nämligen den skadelidandes intresse att inte lida skada genom uppdragstagarens vårdslöshet. Det uttalas således följande:

”Vid den bedömningen har rådgivarens befogade intresse av att skydda sig mot vårdslösa misstag och förbiseenden betydelse. Här inverkar främst graden av oaktsamhet men även vilka möjligheter till försäkringsskydd som förekommer på ömse sidor och hur centralt åtagande som har åsidosatts. En annan omständighet som kan spela roll är hur ansvarsbegränsningen förhåller sig till den avtalade ersättningen för tjänsten.”

Som tidigare berörts, saknar så gott som alltid klienten möjlighet att skydda sig mot skada förorsakad genom konsulters vårdslösa rådgivning. Lika förvånad blir jag över hänvisningen till betydelsen av *”den avtalade ersättningen för tjänsten”*. Det kan ju knappast vara så, att rådgivare som säljer sina tjänster för ett lågt pris skulle äga rätt att vara mer oförsiktiga än andra. Sådan ansvarsbegränsning måste ske genom ett tydligt definierande av vad uppdraget omfattar så att kunden därmed får ett tydligt underlag för sin egen tillitsbedömning. Det klarläggs att själva *”kärnan i detta uppdrag var att ge [kunden] ett fullgott underlag för en bedömning av om fastighetsöverlåtelsen hade några negativa skattekonsekvenser.”* Även vilka konsekvenser som kunde följa av rådgivarens vårdslöshet var klart förutsebart för rådgivaren och därmed *”vilken skada som ett otillräckligt råd i detta avseende riskerade att orsaka, nämligen en bestämd utgift för stämpelskatten.”*

Något oväntat är det emellertid att HD i detta fall lyfter fram graden av oaktsamhet som *”en central del i bedömningen av om en ansvarsbegränsning ska jämkas.”* Vilket kan tyckas vara ett argument för att återuppväcka den grova vårdslösheten som centralt jämningsargument, något som dock saknar relevans här, eftersom HD ju slog fast att man inte ansåg att skatterådgivaren hade varit grovt vårdslös. Emellertid väljer HD trots detta att ånyo trivialisera skadevällarens beteende genom följande uttalande:

”I exempelvis rådgivningsverksamhet går det inte att helt undvika att det någon gång uppkommer skada som sammanhänger med ett eller flera förbiseenden eller med annan oaktsamhet av mindre kvalificerat slag. Det framstår normalt som rimligt att en uppdragstagare genom ansvarsbegränsningar kan skydda sig mot att sådana skador ger upphov till omfattande ersättningskyldighet.”

Utifrån den dispositiva rätten så fordras ju alltid att ansvar förutsätter att det påvisas oaktsamhet av s.k. normalgrad. Oaktsamhet av ringa art är inte ansvarsgrundande. Vad som därmed menas med *”förbiseende eller...annan oaktsamhet av mindre kvalificerat slag”* framstår här som oklart. Som konstaterades ovan fann ju HD att rådgivaren hade missat själva *”kärnan i”* sitt uppdrag, nämligen att ge kunden *”ett fullgott underlag för en bedömning av om fastighetsöverlåtelsen hade några negativa skattekonsekvenser”*.

HD:s majoritet anser att detta misstag utgör en *”begränsad”* oaktsamhet och finner således inte anledning att jämka. En minoritet bestående av två ledamöter inklusive referenten har en helt annan uppfattning. Minoriteten fäster avgörande vikt vid det faktum att käranden hade framfört att man

”hade förklarat att koncernen fäste [stor vikt] vid att några negativa skattekonsekvenser inte fick uppstå fanns det därmed skäl för C.J. och [konsultbolaget] att undersöka rättsläget närmare, t.ex. genom att ta kontakt med Lantmäteriet och höra hur myndigheten brukade bedöma frågan. I vart fall borde man från [konsultbolagets] sida inte ha lämnat ett så reservationslöst besked om att uppskov skulle komma att medges för stämpelskatten.”

Konsulten hade därmed inte givit

”ett godtagbart och rättvisande underlag för en bedömning av risken för negativa skattekonsekvenser, måste bolaget anses ha handlat oaktsamt. Det gäller oavsett hur rättsläget i realiteten är i det aktuella avseendet. I sitt sammanhang är underlåtenheten dock inte så allvarlig att den ska bedömas som grov.”

Trots att det rådgivaren därmed måste ha missat ”*själva kärnan*” i sitt uppdrag på sätt även hovrätten hade kommit fram till finner emellertid även minoriteten att denna oaktsamhet inte är att betrakta som grov men anser likväl att ansvarsbegränsningsklausulen skall jämkas. Minoriteten anför nämligen följande:

”I detta fall kan emellertid konstateras att, även om oaktsamheten inte kan anses som grov, så måste PwC:s underlåtenhet ändå bedömas som klart klandervärd. Det rör sig om en icke obetydlig oaktsamhet. Detta ska väga förhållandevis tungt vid bedömningen av frågan om ansvarsbegränsningen är oskälig.”

Medan majoriteten ansåg att ”misstaget” utgjorde en ”*begränsad*” oaktsamhet finner minoriteten att samma beteende är ”*klart klandervärd*.” Man anser tvärtemot majoriteten att det ”*rör sig om en icke obetydlig oaktsamhet*.” Något som i sin tur ”*ska väga förhållandevis tungt vid bedömningen av frågan om ansvarsbegränsningen är oskälig*.” Det är en tämligen amper kritik som minoriteten riktar mot konsulten. Det uttalas sålunda att konsulten

”som är en kvalificerad och stor aktör, hade åtagit sig ett precist rådgivningsuppdrag på det egna specialområdet. Det som var själva kärnan – det centrala – i detta uppdrag var just att ge [klienten] ett fullgott underlag för en bedömning av om fastighetsöverlåtelsen hade några negativa skattekonsekvenser. Det råd som [konsulten] sedan gav kunde med fog uppfattas som på gränsen till en försäkran om att ingen stämpelskatt riskerades.”

Minoriteten framhåller att skadevällaren haft full insikt i vilken form av skada som kunde drabba klienten samt att konsulten till skillnad från klienten haft

goda möjligheter att skydda sig mot kostnaden för skadan genom försäkring. Minoriteten kom därför till slutsatsen att

”En friskrivning på tio prisbasbelopp, ungefär 450 000 kr, framstår också som anmärkningsvärt obalanserad i förhållande till uppdraget och det arvode som [konsulten] tog för rådgivningen, drygt 100 000 kr.”

För minoriteten rådde det därför inget tvivel om slutsatsen:

”Med hänsyn till dessa omständigheter är det enligt vår mening oskäligt om ansvarsbegränsningen nu skulle urholka [konsultbolagets] ansvar för den skada som bolaget av oaktsamhet har vållat [kunden].

Slutsatsen är därmed att 36 § avtalslagen bryter igenom ansvarsbegränsningen på så sätt att [konsulten] blir fullt ersättningskyldigt gentemot [klienten]. Bolagets talan om skadestånd ska alltså bifallas.”

Det är uppenbart att majoritetens och minoritetens oskälighetsanalys ger uttryckt för helt olika synsätt, inte bara på relevanskriterierna för en oskälighetsanalys utan också på hur dessa faktorer skall sammanvägas. Normalt brukar det anföras att man endast skall ta hänsyn till majoritetens domskäl eftersom detta är HD:s dom medan minoritets vota är ur prejudikatsynpunkt ointressanta. Det äger nog sin riktighet i normalfallet men här är det fråga om något helt annat nämligen en oskälighetsanalys som i sig inte kan ha någon verklig prejudikatverkan, eftersom man som HD också påpekar i detta fall har att göra en utvärdering där oskäligheten skall ”avgöras genom en samlad bedömning av omständigheterna”.

Det är m.a.o. omständigheterna i det enskilda fallet som skall styra bedömningen och dessa kan ju inte tillmätas någon prejudikatverkan i sig. Emellertid är det uppenbart att såväl majoriteten som minoriteten åberopar i sig samma omständigheter men där majoriteten utan att närmare förklara sina bevekelsegrunder finner att fråga skulle vara om en ”begränsad” oaktsamhet, vad det nu är medan minoriteten finner att beteendet är ”klart klandervärd” och dessutom rör det ”sig om en icke obetydlig oaktsamhet.”

Trots att majoriteten hänför sig till exakt samma rättsfakta som minoriteten drar man helt olika slutsatser. Det hela gör att prejudikatvärdet av domstolens analys framstår som mycket låg. Eftersom relevanta rättsfakta är individuella blir det mycket svårt att avgöra varför prejudikatvärdet följer av majoritetens slutsats när minoriteten kommer på exakt samma rättsfakta till helt motsatt slutsats. Majoriteten ger inte heller någon vägledning varför man på identiska rättsfakta kommer till annan slutsats än minoriteten.

2. Hur skall då NJA 2022 s. 354 uppfattas och hur skall aktörerna uppfatta rättsläget?

Enligt min uppfattning får man gå tillbaka till det tidigare rättsfallet NJA 2017 s. 113 för att kunna förstå NJA 2022 s. 354. I det första avgörandet valde HD att gå väldigt nära det refererade skiljeavgörandet och inta en för en konsument mycket sträng ståndpunkt genom att låta denne stå ansvarigt för en icke obetydligt oaktsam konsults försakad skada. HD uttalade t.o.m. vad gäller oaktsamheten hos konsulten i NJA 2017 s. 113 följande:

”Det finns i förevarande fall flera omständigheter som talar för att ansvarsbegränsningen inte bör godtas. Av utredningen framgår att besiktningsmannen, som hovrätten har funnit, förbisåg många och allvarliga fel, varav flera var förhållandevis lätta att upptäcka för en besiktningsman. Även om oaktsamheten inte i sig är tillräckligt allvarlig för att ansvarsbegränsningen ska åsidosättas eller jämkas, rör det sig inte om något enstaka misstag i närheten av den nedre gränsen av vad som är att betrakta som ett vårdslöst agerande. Med utgångspunkt i vad hovrätten har funnit uppgick kostnaden för åtgärdande av felet till ungefär 1,8 miljoner kr. En tillämpning av begränsningsvillkoret innebär alltså en risköverföring från IBAB till köparna svarande mot närmare 1,2 miljoner kr.”

Trots att konsulten hade förbisett många och allvarliga fel varav flera hade varit förhållandevis lätta att upptäcka och det således inte ens var fråga om några enstaka misstag som låg i närheten av ”den nedre gränsen av vad som är att betrakta som ett vårdslöst agerande” fick konsumenten stå risken och därmed även kostnaden för en betydande del av den på angivet sätt av konsulten försakade skadan.

Trots att köparna tillhandahållit en kontraktuell rätt att åberopa sig på besiktningen som man också hade betalat för klandras konsumenten för detta fall och domstolen anförde:

”Genom att nöja sig med att ta över en av säljaren beställd och i dennes intresse utförd överlåtelsebesiktning i stället för att anlita en egen besiktningsman, har köparna inte gjort vad de hade kunnat göra för att undvika eller i allt fall minska den köparrisk som följer med riskfördelningen enligt 4 kap. 19 § JB.”

Det är en mycket sträng bedömning gentemot konsumenten och en mycket generös attityd som visas den oaktsamme konsulten. Gladast av alla är väl försäkringsbolaget som undgick ersättningsskyldighet medan däremot konsulten får nog anses drabbad av betydande s.k. badwill som lämnade en kund

som faktiskt betalat för tjänsten med en mycket stor merkostnad. Det är emellertid i ljuset av denna dom man enligt mitt förmenande har att se majoritetens uppfattning i NJA 2022 s. 354.

Tanken att HD efter att ha nekat en konsument att jämka en konsults ansvarsbegränsning vid oaktsamhet man likväl skulle göra det i ett kommersiellt avtalsförhållande där konsulten visserligen varit påtagligt oaktsam framstår som minst sagt osannolikt. Att visa mindre stränghet mot en kommersiell kund än mot en konsument hade skapat en påtaglig inkongruens i rättspraxis. Rimligen måste majoriteten ha känt sig tvingad att behandla den kommersiella kunden lika strängt som konsumenten. Motsatsen skulle ha framstått som absurd särskilt som en rad konsumenttjänster – dock ej besiktningssupplett – är betingade av tvingande regler som inte hade möjliggjort någon form av ansvarsbegränsning utan helt reglerats av 31 § konsumenttjänstlagen som innefattar ett ansvar som är strängare än vanligt oaktsamhetsansvar.

Slutsatsen är därför att innehållsmässigt är de två avgöranden NJA 2017 s. 113 och NJA 2022 s. 354 att tolkas så, att HD hittills valt att inta en mycket generös attityd mot ansvarsbegränsningar även när den professionelle rådgivaren varit påtagligt oaktsam och att det faktum att sådana aktörer har och bör ha försäkringar som skyddar såväl dem själva som kunden hittills tillmätts ringa betydelse.

Innan jag går vidare vill jag gärna redogöra för hur jag själv ser på ansvars-situationen. Man kan nog med fog anse att den av HD valda inställningen är relativt ovanlig från en komparativ utgångspunkt. Det hindrar inte att man kan tänka sig flera parallella lösningar på jämkningen av ansvarsbegränsningsklausuler.

Den vanligaste ståndpunkten såväl i Norden som internationellt torde vara att jämka bort eller i vart fall reducera verkningarna av ansvarsbegränsningar vid grov vårdslöshet och det var nog den vanligaste uppfattningen även i svensk rätt före den ovan åberopade skiljedomen och den därtill nära kopplade domen i NJA 2017 s. 113. Det hindrar inte att än mer nyanserade lösningar kunde tänkas, så att man inte jämkar ens vid grov vårdslöshet om t.ex. försäkringsförhållandena talar för att kunden har bättre försäkrings-skydd än rådgivaren. Det får dock betraktas som rena undantagssituationer.

Mot tanken att jämkning skall ske vid grov vårdslöshet har anförts att det är en svår bedömning att dra gränsen mellan s.k. normal oaktsamhet och grov oaktsamhet. Mot detta kan i sin tur anföras att all avgränsning kan inom vissa gränsområden vara svår att göra och det gäller såväl förhållan-

det mellan normalgraden av oaktsamhet och ringa oaktsamhet som mellan normalgraden av oaktsamhet och grov oaktsamhet. Häri består egentligen ingen skillnad. Inte heller det faktum att man kan göra olika bedömningar när fråga är om t.ex. risk för allvarlig personskada och andra skador där det förra fallet oftast får antas innefatta en strängare bedömning, d.v.s. det krävs mindre för att konstituera grov vårdslöshet.

Mot bakgrund av detta vill jag gärna ge min syn på det senaste avgörandet d.v.s. NJA 2022 s. 354. Det föregående fallet har jag redan kommenterat i festskrift till Mads Bryde Andersen. Vad som utmärker NJA 2022 s. 354 är att det inte råder någon tvekan mellan majoriteten och minoriteten om relevanta rättsfakta.

Majoriteten framhåller i sina domskäl följande:

”[Rådgivaren] hade åtagit sig ett precist rådgivningsuppdrag på det egna specialområdet. Själva kärnan i detta uppdrag var att ge [klienten] ett fullgott underlag för en bedömning av om fastighetsöverlåtelsen hade några negativa skattekonsekvenser. Vidare var det tydligt förutsebart för [rådgivaren] vilken skada som ett otillräckligt råd i detta avseende riskerade att orsaka, nämligen en bestämd utgift för stämpelskatten. Till bilden hör att [rådgivaren] rimligen kunde försäkra sig mot risken för att felaktig eller ofullständig rådgivning skulle ge upphov till skada. Av betydelse i sammanhanget är även att en ansvarsbegränsning på tio prisbasbelopp, ungefär 450 000 kr, framstår som låg i förhållande till hela uppdragets art och omfattning – inbegripet den överblickbara ekonomiska risk som stod på spel – och det arvode som [rådgivaren] tog för rådgivningen, drygt 100 000 kr.”

Till detta kan fogas vad majoriteten uttalade i själva oaktsamhetsbedömningen, nämligen följande:

”Med hänsyn till den stora vikt som [klienten] hade förklarat att koncernen fäste vid att några negativa skattekonsekvenser inte fick uppstå fanns det därmed skäl för [konsulten] att undersöka saken närmare, t.ex. genom att ta kontakt med Lantmäteriet och höra hur myndigheten brukade bedöma frågan. I varje fall borde man från [konsultens] sida inte ha lämnat besked som måste ha uppfattats så att uppskov skulle komma att medges.”

Man kan därefter jämföra detta majoritetsuttalande med vad minoriteten sa om samma sak. Det är då anledning att först notera att minoriteten inte anslöt sig till vissa delar av majoritetens domskäl som ju ofta är brukligt utan

valde i huvudsak att utforma egna domskäl. Man påpekade bl.a. följande om konsultens agerande:

”Av utredningen framgår att [konsulten] inte undersökte rättsläget närmare utan att han – med sin långa erfarenhet på området – utgick från att den aktiebolagsrättsliga definitionen av ett koncernförhållande gäller också i ett fall som detta och att det därmed inte fanns något hinder för uppskov med stämpelskatten.”

Mot bakgrund av viss tidigare praxis fanns det *”en beaktansvärd risk för att Lantmäteriet skulle komma fram till att det inte var möjligt med uppskov med stämpelskatten och att denna bedömning skulle stå sig i en vidare rättslig prövning.”* Eftersom klienten hade *”förklarat att koncernen fäste [vikt] vid att några negativa skattekonsekvenser inte fick uppstå fanns det därmed skäl för [konsulten] att undersöka rättsläget närmare, t.ex. genom att ta kontakt med Lantmäteriet och höra hur myndigheten brukade bedöma frågan. I vart fall borde man från [konsultens] sida inte ha lämnat ett så reservationslöst besked om att uppskov skulle komma att medges för stämpelskatten”*.

Som framgår är visserligen ordalydelsen inte samma som vad majoriteten sade i oaktsamhetsfrågan men innebörden är i det närmaste helt densamma. Vidare noteras att konsulten

”som är en kvalificerad och stor aktör, hade åtagit sig ett precist rådgivningsuppdrag på det egna specialområdet. Det som var själva kärnan – det centrala – i detta uppdrag var just att ge [klienten] ett fullgott underlag för en bedömning av om fastighetsöverlåtelsen hade några negativa skattekonsekvenser. Det råd som [konsulten] sedan gav kunde med fog uppfattas som på gränsen till en försäkran om att ingen stämpelskatt riskerades.”

Tydligare än så kan knappast en kvalificerad oaktsamhet beskrivas, men jämför man detta minoritetsuttalande med vad majoriteten sade nämligen att *”själva kärnan i detta uppdrag var att ge [klienten] ett fullgott underlag för en bedömning”* av eventuella negativa skattekonsekvenser samt att konsulten borde ha undersökt saken närmare i stället för att utgå från egna bolagsrättsliga kunskaper så framstår bedömningen av oaktsamheten som tämligen likartad. Trots detta drar majoriteten en helt annan slutsats i vad avser omfattningen av oaktsamheten än vad minoriteten gjorde.

Vad som läggs konsulten till last är just att själva *”kärnan”* i uppdraget att ge klienten *”ett fullgott underlag”* för risken av negativa skattekonsekvenser missköttes och detta genom att inte genomföra den minsta undersökning av rättsläget utan istället lämna ett reservationslöst besked om att uppskov

med stämpelskatten skulle komma att medges. Det rörde sig inte om någon kontraktuell biförpliktelse utan om att avstå från att utföra den primära uppgiften, nämligen att undersöka rättsläget genom att utgå från att konsultens kunskaper om det koncernrättsliga (d.v.s. det civilrättsliga) rättsläget omedelbart kunde läggas till grund för en skatterättslig slutsats utan närmare kontrollåtgärd.

Vad som kanske förvånar mig mest är att såväl majoriteten som minoriteten båda var ense om att den på angivet sätt beskrivna vårdslösheten inte var grov. Jag har personligen sysslat med den här typen av informationsansvar i närmare fyrtio år och tvekar inte med min slutsats, nämligen att vad såväl majoriteten som minoriteten lägger konsulten till last typisk sett utgör grov vårdslöshet. Klienten har efterlyst en utredning av eventuella negativa skattekonsekvenser och konsulten som hade kunnat ta de kontakter som såväl majoritet som minoritet efterlyser för att undersöka rättsläget avstår från detta och lägger helt andra slutsatser än skatterättsliga till grund för en bedömning av rättsläget.

Att på det angivna sättet avstå från att utföra den mycket viktiga prestationen och istället för att åtminstone lämna den efterfrågade rättsfrågan öppen för bedömning och istället lämna ett bestämt men som det visade sig helt felaktigt råd är enligt min uppfattning närmast ett typexempel på grov oaktsamhet. Om inte det angivna beteendet skulle utgöra grov oaktsamhet vid rådgivningsverksamhet, finns det knappast något som helst utrymme för grov oaktsamhet vid denna avtalstyp. Det finns knappast några förmildrande omständigheter när man väljer att utan egen faktisk vetskap om rättsläget istället beslutar sig för att gissa att frågan skall bedömas på samma sätt inom skatterätten som koncernrättsligt.

När som i detta fall avtalet innehöll en undantagsbestämmelse så att vid grov vårdslöshet ansvarsbegränsningen inte gällde hade HD kunnat utan att förminska prejudikatvärdet på det stränga avgörande i NJA 2017 s. 113 undanröja ansvarsbegränsningen, men varken majoriteten eller minoriteten valde denna möjlighet.

Väljer man nu trots allt att stanna vid den oaktsamhetsbedömning som majoriteten och minoriteten i huvudsak är ense om, så måste samma argument som antogs gälla vid fråga om grov oaktsamhet fortfarande vara relevanta.

Här framstår emellertid majoriteten och minoritetens domskäl som något förvirrande, eftersom majoriteten verkar huvudsakligen ha fokuserat på vad minoriteten anförde om man får tillåta sig utgå från att referenten utformade utkastet till den dom som sedan kom att bli minoritetsvota. När majoriteten

nämligen anger att rådgivaren åtog sig ”*ett precist rådgivningsuppdrag*” där ”*själva kärnan i detta uppdrag var att ge [klienten] ett fullgott underlag för en bedömning av om fastighetsöverlåtelsen hade några negativa skattekonsekvenser*” borde detta rimligen ha lett fram till en jämkningssslutsats. Dessutom tillade majoriteten – som berördes ovan – att rådgivarens möjlighet att försäkra sig mot felaktiga råd samt att ansvarsbegränsningens beloppsmässiga utformning framstod som anmärkningsvärd i förhållande till hela uppdraget, d.v.s. samma argument som minoriteten hade åberopat för att jämka.

Just där upphör emellertid likheten mellan majoritetens och minoritetens domskäl. Majoriteten väljer nämligen trots vad man således anfört att med beaktande av den starka kritiken av den långtgående ansvarsbegränsningen och de bärande argumenten för jämkning, att istället beskriva denna rådgivningsverksamhet så, att det ”*inte [går] att helt undvika att det någon gång uppkommer skada som sammanhänger med ett eller flera förbiseenden eller med annan oaktsamhet av mindre kvalificerat slag*”.

Vad som majoriteten några meningar tidigare hade beskrivit (om än med minoritetens ordval) som ”*kärnan*” i rådgivningsuppdraget och som rådgivaren inte ens valt att närmare undersöka, förvandlas plötsligt till en ”*skada som sammanhänger med ett eller flera förbiseenden eller med annan oaktsamhet av mindre kvalificerat slag*.” Dessutom avrundar majoriteten sin argumentation – dock utan någon som helst förklaring till denna slutsats – med en med hänsyn till tidigare uttalanden oväntad slutsats, nämligen att det inte finns anledning att jämka ansvarsbegränsningen och detta ”*särskilt mot bakgrund av att den oaktsamhet som kan läggas [rådgivaren] till last är förhållandevis begränsad*”.

Man frågar sig hur denna oaktsamhet som rört ”*kärnan*” i uppdraget och det faktum att klienten var särskilt mån om att inte några negativa skattekonsekvenser fick uppstå och det faktum att man inte gjorde någon undersökning av saken plötsligt och utan någon närmare förklaring kunde beskrivas så, att denna oaktsamhet skulle kunna vara ”*förhållandevis begränsad*”. Det framstår som närmast obegripligt.

3. Slutsatser

Det brukar anföras att man inom rättsvetenskapen i huvudsak skall avstå från att bruka sin kraft och energi åt att misskreditera lagstiftare och domstolar. Denna synpunkt äger nog ofta sin riktighet men det måste finnas betydande utrymme för kritiskt tänkande även här. Jag har sysslat med skadestånd vid

professionell informationsgivning i mer än fyrtio år och blev minst sagt förbryllad när jag läste HD:s sätt att hantera ansvaret i NJA 2022 s. 354. Det föreligger stor överensstämmelse mellan majoritetens och minoritetens sätt att i domskälen initialt beskriva den allvarliga kritik som riktas mot konsulten, men där majoriteten i "sista varvet" gör en helomvändning och finner att den oaktsamhet som man lägger konsulten till last kan beskrivas som "*ett eller flera förbiseenden*" och en "*oaktsamhet av mindre kvalificerat slag*".

Märkligt är dock de allra sista och sammanfattande orden nämligen att "*den oaktsamhet som kan läggas [konsulten] till last är förhållandevis begränsad.*" Varken vad majoriteten själv initialt uttalat (månånda lånat från referenten) eller vad minoriteten i likhet funnit centralt kan i något hänseende beskrivas som en "*begränsad*" oaktsamhet. Den rör ju "*kärnan*" i uppdraget och det påvisas att konsulten inte ens gjort en elementär undersökning av rättsfrågan eller ens lämnat en reservation av sin slutsats som lämnade utrymme för tveksamhet.

Majoritetens paradoxala domskäl kan enligt mitt förmenande blott förklaras genom avgörandets relation till det tidigare och i målet även åberopade rättsfallet NJA 2017 s. 113. Även där gjorde HD en mycket sträng bedömning och övervältrade ett betydande ansvar på den skadelidande för den oaktsamma skadan som förorsakades en konsument av en besiktningsman. Det hade emellertid månånda framstått som märkligt att HD skulle jämkna en ansvarsbegränsning som riktats mot en kommersiell kund när man inte gjorde det mot en konsument. Man föredrog att vidbli den generösa attityd som HD således hade visat besiktningsmannen i NJA 2017 s. 113 vilket månånda kan sägas innefatta en viss logik i sig.

Jämför man den praxis som numera präglar HD:s syn på rådgivaransvar med den praxis som HD slog fast på 1990-talet så framstår dagens ståndpunkt som ytterst generös mot rådgivare där man inte ser några problem att övervältra kostnaderna för skadan på kunden oberoende av om denne är konsument eller näringsidkare. Stort utrymme ges åt ansvarsbegränsningar även vid tämligen kvalificerade former av vårdslöshet. I målet hade föredragande justitiesekreterare (som i sitt betänkande föreslagit samma utgång som minoriteten kom fram till) åberopat praxis från 1990-talet och därvid bl.a. anfört följande:

"En rådgivare med sakkunskap i skattefrågor har att belysa skattekonsekvenser och ge en korrekt information om gällande regler (se NJA 1992 s. 243). En skatterådgivare som underlåter att överhuvudtaget peka på ett skatterättsligt problem kan bli skadeståndsskyldig."

Tydligt kan trots det enligt HD:s majoritet en skattekonsult numera helt friskriva sig från denna plikt trots att detta uppdrag utgör ”kärnan” i konsultens uppdrag och istället för att göra en elementär utredning och därefter lämna ett mer reserverat svar friskriva sig från detta grundkrav på professionalitet genom en långtgående ansvarsbegränsning även vid sådan kvalificerad vårdslöshet.

Det kan därför tyckas att det är den professionelle konsulten som är den stora vinnaren i denna nya riskfördelningsprincip som HD valt att introducera. Jag menar – måhända något överraskande – att så inte är fallet. Det är en betydande s.k. badwill för en seriös professionsutövare att övervältra kostnaderna för den egna vårdslösheten på kunden som knappast kommer att anlita konsulten igen. Vidare får sådana händelser ofta spridning inom branschen och särskilt i kommersiella sammanhang kan ett skadat anseende påverka bolagets möjligheter att hävda sig på marknaden. Jag har själv varit med om seriösa konsulter som beklagat sig när jag påtalat att vad som lagts dem till last inte ens uppfyller kravet på vårdslöshet, varvid de sagt att de får betala skadan ur egen ficka istället för att kräva skadereglering av försäkringsgivare. De har då anfört att de trots allt anser sig ha svårt att förklara för kunden varför denne skall bära ansvaret för ”misstaget”.

Istället menar jag att den stora ”vinnaren” på detta paradigmskifte i synen på rådgivares skadeståndsansvar är försäkringsgivarna. I samtliga fall som här aktualiserats så har visserligen ”försäkringsargumentet” åberopats till stöd för den skadelidande men inte i något fall tycks detta spelat någon större roll vid den slutliga ansvarsfördelningen. I NJA 2022 s. 354 anger t.o.m. majoriteten att konsulten ”rimligen kunde försäkra sig mot risken för att felaktig eller ofullständig rådgivning skulle ge upphov till skada”. Några slutsatser som visar att skadan därmed inte drabbar skadevällaren dras däremot inte av detta konstaterande.

Så istället för att övervältra risken på en professionell försäkringsgivare som säljer den tjänst som medför att kunden inte själv drabbas av skadan (med undantag för självrisken) trots dennes vårdslöshet så övervältras risken på rådgivarens kund som normalt helt saknar möjlighet att skydda sig mot den skada som konsulten förorsakade genom egen försäkring. Den nu aktuella 3-2 domen innefattar nog inte heller att försäkringsgivarna finner anledning att sänka kundernas premier, därtill är utgången i det föreliggande fallet alltför osäker.

Det vore därför enligt mitt förmenande en välgärning om HD återgick till den praxis som utvecklades på 1990-talet. Eftersom den senaste rätts-

utvecklingen kunde ske utan krav på plenum skulle väl mycket väl en återgång till det något strängare synsättet kunna även det ske utan plenum. En sådan rättsutveckling skulle dessutom enligt mitt förmenande medföra att svensk rätt kom mer i samklang med komparativa ståndpunkter hämtade från andra jämförbara rättsordningar. Även konsulterna borde – som här har framgått – välkomna en sådan rättsutveckling.

