

Juridiska institutionen
Handelshögskolan vid
Göteborgs universitet.

Finansiella rådgivares ansvar

Uppsats för tillämpade studier på jur. kand.- programmet

20 poäng

Författare: Robert Mjösén

Handledare: Univ. lektor Rolf Dotevall

1. INLEDNING	4
1.1 SYFTE	5
1.2 METOD	5
1.3 AVGRÄNSNINGAR	5
1.4 BEGREPP	7
1.4.1. Vem är rådgivare?	7
1.4.2. Vad är rådgivning?	8
2. SKADESTÅNDSANSVARET	9
2.1 ALLMÄNT	9
2.1.1 Skadeståndets funktioner	9
2.1.2 Skadeståndslagen	10
2.1.3. Beräkning av skadestånd	10
2.2 RÅDGIVNINGSAANSVARET	11
2.2.1. Objektiva ansvarsförutsättningar	11
2.2.1.1. Har skada uppstått?	11
2.2.1.2. Skada har träffat annan	11
2.2.2. Orsakssamband och adekvans	12
2.2.2.1. Orsakssamband	12
2.2.2.2. Adekvans	12
2.2.3. Culpaansvaret	13
2.2.3.1. Professionsansvaret	14
2.2.3.1.1. Metodansvaret	15
2.2.3.1.2. Den pedagogiska plikten	19
2.2.3.2. Resultatansvaret	20
2.2.3.3. Den befogade tilliten	20
2.2.3.4. Specialistansvaret	23
2.2.4. Strikt ansvar	24
2.2.5. Rådgivarens ansvar för ren förmögenhetsskada utanför direkta kontraktsförhållanden	24
2.2.5.1. Spärregel eller inte?	24
2.2.5.2. Ren förmögenhetsskada i kontraktsliknande förhållanden	26
3. FONDKOMMISSIONÄRERS RÅDGIVNINGSAANSVAR	28
3.1. FONDKOMMISSIONÄRER	28
3.1.1. Undersökningen	29
3.1.1.1. Hur är fondkommissionärernas rådgivning utformad?	30
3.1.1.1.1. Hur tas de konkreta råden fram? - Egna analyser eller informationsinsamling från andra källor?	30
3.1.1.1.1.1. Ansvaret	30
3.1.1.1.2. Hur ser råden ut? - Konkreta placeringstips med utförliga motiveringar eller kortfattade köp- eller säljråd?	31
3.1.1.1.2.1. Ansvaret	31
3.1.1.2. Vilken betydelse har relationen kund - kommissionär för rådgivningsansvaret?	32
3.1.1.2.1. Hur ser den kontraktsrättsliga relationen kund - kommissionär ut?	32
3.1.1.2.1.1. Ansvaret	33
3.1.1.2.2. Råd anpassade till en viss kund	33
3.1.1.2.2.1. Diskretionär förvaltning	33
3.1.1.2.2.2. Kunden placerar själv	35
3.1.1.2.2.3. Råd som ges till samtliga kunder	36
3.1.1.2.2.4. Råd som förmedlas till mottagare utanför kundkretsen	37
3.1.1.3. Hur når råden mottagaren, och vilken betydelse har förmedlingsättet?	38
3.1.1.3.1. Hur förmedlas råden till mottagarna?	38
3.1.1.3.2. Ansvaret	39
3.1.1.3.2.1. Råd som ges vid en personlig kontakt	39
3.1.1.3.2.2. Råd som ges till en vid krets	40
3.1.1.3.2.2.1. Massmedialt spridd information	40
3.1.1.3.2.2.2. Marknadsbrev	42
3.1.1.3.2.2.3. Information över internet	43
3.1.2. Kausalitetsbedömningen	45
3.1.3. Ansvarsfriskrivningar och deras giltighet	46

3.1.4. Är fondkommissionären specialist?	49
3.2. FONDKOMMISSIONÄRENS ERSÄTTNINGSSKYLDIGHET.....	49
3.2.1. Skadeståndsberäkningen för finansiella rådgivare	50
3.2.2. Jämkning av finansiella rådgivares skadeståndsskyldighet.....	51
4. FINANSIELLA RÅDGIVARES ANSVAR I FRAMTIDEN	52
4.1. KONSUMENTPOLITISKA KOMMITTÉNS BETÄNKANDE.....	52
5. AVSLUTANDE KOMMENTARER	55
KÄLLFÖRTECKNING	58

1. Inledning

I en värld där renodling är företagens mantra och specialisering nyckelordet för människors yrkesliv ökar betydelsen av rådgivning. I en alltmer komplex miljö måste såväl företag som privatpersoner ta hjälp av externa rådgivare för att klara av de områden där man själv saknar expertkunskaper. Det är därför av ökande, såväl samhälls- som privatekonomisk, betydelse att de råd som förmedlas av professionella rådgivare utformas med omsorg.

Inte minst gäller detta mot bakgrund i den överflyttning av sparande som skett från det traditionella sparandet i bank till olika typer av fonder och värdepapper. De svenska hushållens sparande i aktier och fonder har ökat från 366 miljarder 1995 till 1111 miljarder 1999, eller från 28% av det totala sparandet till 49%. Under samma tid har banksparandet minskat från 452 miljarder (35%) till 433 miljarder (19%).¹ Det är ingen överdrift att säga att fond- och aktieplaceringarnas betydelse för hushållens ekonomi ökat dramatiskt under senare år. Intresset för information och rådgivning kring denna typ av placeringar har ökat i takt med ett ökat fond- och aktiesparande, med en tilltagande betydelse av finansiell rådgivning som följd.

Det är likaledes viktigt att det finns ett fungerande ansvarssystem som fångar upp de fall där råden inte givits med sådan tillbörlig omsorg som erfordras.

I Sverige finns ingen reglering av ansvaret för finansiell rådgivning. I stället är vi hänvisade till syssломannareglerna i 18 kap HB. Dessa ålderdomliga regler är i princip fortfarande tillämpliga på förhållandet mellan uppdragsgivare och uppdragstagare. Då det försöker kortfattat täcka allt slags rättshandlande för huvudmannens räkning håller kapitlet en tämligen allmän karaktär. Dess betydelse får sägas stå tillbaka till förmån för allmänna skadeståndsrättsliga regler, analogier från närliggande rättsområden och uttalanden i doktrinen.

¹ Uppgifterna hämtade från Finansinspektionen, <http://www.fi.se>

1.1 Syfte

Uppsatsen syftar till att göra en grundlig kartläggning av ansvaret för professionella rådgivare, med fokus inställt på finansiella rådgivare. Rådgivningsansvaret i allmänhet kommer utredas varefter en undersökning av den finansiella rådgivning som ges av fondkommissionärerna här i landet kommer genomföras. Undersökningens syftar till att ge en praktisk inblick på området för finansiell rådgivning. Avsikten är att dess resultat sedan skall kunna återknytas till det gällande juridiska ansvaret för rådgivning. Olika delar av fondkommissionärers rådgivning kommer analyseras utifrån skadeståndsrättslig synvinkel. På vilka områden och genom vilket agerande riskeras skadeståndsansvar?

En kort överblick kommer ges över skadeståndsrätten i stort. Därefter kommer de specifika beståndsdelarna i rådgivningsansvaret att analyseras. Denna teoretiska bas kommer sedan att ligga till grund för den fortsatta undersökningen av praktiska förhållanden inom sektorn för finansiell rådgivning och deras juridiska relevans.

I viss mån kommer även finansiella rådgivares framtida ansvar att analyseras, främst med utgångspunkt i Konsumentpolitiska kommitténs betänkande.

1.2 Metod

Uppsatsen syftar till att kartlägga gällande rätt, för att åstadkomma detta använder jag traditionell juridisk metod.

I den praktiska undersökningen används vedertagna undersöknings- och intervjumetoder användas. Informationsinsamlingen sker genom telefonintervjuer. Denna teknik är överlägsen alternativen, såsom besöksintervjuer och postenkäter, i så måtto att de möjliggör ett snabbt informationsinhämtande, har hög svarsfrekvens och underlättar uppföljning av frågor.²

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen sysselsätter sig endast med ansvaret för rådgivningen i sig. Med detta avses att det är råden och inte eventuella kringtjänster, som köp och försäljning, som är av intresse.

² Se Wiedersheim-Paul & Eriksson, Att utreda, forska och rapportera s. 85f.

Som framgår av uppsatsens syfte är det främst finansiell rådgivning som är föremål för undersökning. Detta hindrar dock inte att perspektivet i uppsatsens mer allmänna del vidgas till att omfatta såväl tekniska konsulter som advokater, revisorer och värderingsmän av skilda slag.

I samband med rådgivningsansvar kommer man lätt in på frågan om vållande vid ingående av avtal, culpa in contrahendo. Begreppet kan sägas förekomma i två situationer. Den ena är situationen när säljaren eller annan part lämnar oriktiga uppgifter till en köpare och denne köpare sedan ingår avtal på dessa oriktiga grunder. Den andra situationen är att oriktiga uppgifter lämnas vid avtalsförhandlingar men inget avtal kommer till stånd.³

Den första situationen får sägas innebära ett kontraktsbrott medan situation nummer två ligger i gränstrakterna till det utomobligatoriska ansvaret. För rådgivningsansvarets vidkommande är frågan om culpa in contrahendo intressant i så måtto att rådgivningssituationen många gånger är ett förstadium till avtalet om utförandet av ett annat uppdrag. T.ex. ett köp eller en försäljning av något slag. Om man väljer att se hela situationen som ett förlopp torde de uppgifter som rådgivaren/uppdragstagaren avger när han i inledningen rådfrågas vara att bedömas under ansvaret för culpa in contrahendo.

Som kommer framgå av den definition som i uppsatsen lagts i begreppet rådgivning, avsnitt 1.4.2, är det den renodlade rådgivningen som har undersökts. Härmed avses att rådet åtminstone måste kunna ses som en självständig ansvarsgrundande enhet, och således kunna skiljas ut från det eventuella övriga uppdraget. I det läget kan man visserligen tänka sig att rådgivaren kan göra sig skyldig till vållande vid rådgivningsavtalets ingående, det är dock i praktiken knappast realistiskt att försöka skilja detta ansvar från det egentliga rådgivningsansvaret varför frågan om culpa in contrahendo härmed lämnas åt sidan.⁴

Det är svensk rätt som är av primärt intresse för uppsatsen. Viss utländsk juridisk litteratur kommer dock begagnas när detta kan tillföra ytterligare aspekter. Detsamma gäller även utländsk domstolspraxis. Det hade förvisso varit av intresse att anlägga ett internationellt perspektiv, särskilt i en omvärld där avstånden med teknikens hjälp krymper i snabb takt. Samtidigt hade då problem med disparata skadeståndsrättsliga system uppkommit. Det är helt enkelt nödvändigt att dra gränsen för det granskade området någonstans, och denna gräns har dragits vid svensk rätt.

³ Hellner, Speciell avtalsrätt II 2:a häftet s. 193.

⁴ För en gedigen genomgång av culpa in contrahendo hänvisas till Simonsen, Prekontraktuellt ansvar.

1.4 Begrepp

1.4.1. Vem är rådgivare?

Sedan 1985 finns en legaldefinition på vad som avses med begreppet rådgivningsverksamhet. Denna återfinns i SFS 1985:354 - Lag om förbud mot rådgivning i vissa fall, m.m.

1§ Med rådgivningsverksamhet avses i denna lag en verksamhet där någon yrkesmässigt går andra till handa med råd eller annat biträde i juridiska eller ekonomiska angelägenheter.

Det finns en mängd skilda yrkesgrupper som kan sägas tillhandahålla råd i ekonomiska och juridiska frågor. Advokater, ekonomer, revisorer och inte minst mäklare av olika slag tillhör dessa grupper. Lagen har dock i detta sammanhang endast intresse när en definition av rådgivningsverksamhet efterfrågas. Detta då lagen syftar till att förhindra sådan rådgivning som är ett led i den ekonomiska brottsligheten.⁵ Lagen riktar alltså in sig på att förhindra rådgivning vars syfte är att underlätta *klientens* brottsliga verksamhet.

Ytterligare ledning i bedömningen av vem som är rådgivare kan fås ur **NJA 1992 s 243** där ägaren till Choklad AB Confecta inför överlåtelsen av aktierna i bolaget hade flera kontakter med en auktoriserad revisor. Denne hade sedan ca 20 år varit bolagets revisor. Han hade dessutom varit ägaren och hennes make behjälplig vid upprättandet av deras självdeklarationer under lika lång tid. Genom det långvariga engagemanget i bolaget och familjens privata ekonomi fann HD att bolagets ägare haft goda skäl uppfatta revisorn som sin ekonomiske rådgivare i affären. Eftersom revisorn insett att Confectas ägare sett honom som sin rådgivare vid försäljningen men inte tagit henne ur denna villfarelse ansåg HD att det vid en sammantagen bedömning uppkommit ett uppdragsförhållande mellan parterna.

Kleineman betraktar fallet som en lämplig utgångspunkt för när en person skall anses vara rådgivare.⁶ Det är onekligen så att något formellt avtal om rådgivning angående aktieaffären inte hade kommit till stånd. Trots det ansåg HD att ett uppdragsförhållande hade uppkommit. Det torde också vara så att de flesta professionella råd inte föregås av formella avtal utan fullgörs utan något föregående avtalsslut.⁷

Pålsson och Samuelsson utläser två faktorer ur rättsfallet som de anser vara avgörande för uppdragsförhållandets uppkomst. Dessa är: Frågan om kunden biträds i samma angelägenhet av någon annan, dvs är "rådgivaren" exklusiv. Den andra faktorn är frågan om rådgivaren

⁵ Prop. 1984/85: 90 s. 1.

⁶ Kleineman, Rådgivares informationsansvar - en probleminventering, SvJt nr 3 1998 s. 187.

⁷ Jfr även Bengtsson, Särskilda avtalstyper I, s. 173.

markerar någon annan uppfattning om sin rådgivningsroll än kunden har anledning räkna med. Om en bankkund rådfrågar sin bank, och banken dessutom är kundens enda rådgivare i frågan, bör kunden kunna utgå i från att ett rådgivningsförhållande uppkommit om inte banken uttryckligen deklarerat att så inte är fallet.⁸

1.4.2. Vad är rådgivning?

De danska författarna Mögelvang-Hansen och Lyng Andersen menar att rådgivning som idealtyp består i åstadkommandet av ett tillfredsställande beslutsunderlag. Här ingår:

- framskaffande och/eller sammanställning av upplysningar.
- uppställning av handlingsalternativ
- påtalande av konsekvenserna av givna val och/eller
- övervägande i ljuset av den rådfrågandes förutsatta eller tillkännagivna preferenser

emedan det dock är den rådfrågande som fattar det ifrågavarande beslutet.⁹

Mögelvang och Lyng påpekar även att man måste skilja rådgivningstjänsten från andra liknande tjänster. Kännetecknande för rådgivaren är att denne är självständig, oberoende och saknar egenintresse i de dispositioner som rådgivningen angår. Man menar att det är just avsaknaden av egenintresse som skiljer rådgivaren från marknadsföraren. Vidare skiljer författarna rådgivning från upplysningsplikten -när sådan finns- och även från tjänster som går ut på ren effektivering av givna order från kunden.¹⁰

Som framgår är Mögelvang och Lynges definition av rådgivning snäv. Deras idealbild av rådgivningen är svår att leva upp till i praktiken. Det är svårt att tänka sig situationer där en professionell rådgivare, av typen advokat eller finansiell rådgivare, saknar egenintresse i de dispositioner som kunden kan förväntas företa i anledning av rådet. Om advokaten råder sin klient att gå till domstol, eller fondkommissionären råder kunden att köpa ett visst värdepapper, förväntar sig rådgivaren att göra en vinst på att utföra det föreslagna rådet. Därmed inte sagt att rådgivaren låter sig påverkas att avge ett råd som är förmånligt för honom och dåligt för den rådfrågande, men det omtalade egenintresset är ändå närvarande.

⁸ Pålsson och Samuelsson, Banks ansvar för ekonomisk rådgivning, SvJt Nr 5 1999 s. 541f.

⁹ Lyng Andersen och Mögelvang-Hansen, Finansiell rådgivning s. 12.

¹⁰ A. a. s. 12 ff.

Jag har i uppsatsen valt att anlägga en mer pragmatisk syn på begreppet rådgivning. Rådgivning är hjälp, upplysningar och förslag som ges på ett område där rådgivaren har kunskaper och erfarenheter av professionell karaktär. Rådgivaren skall vara i så måtto oberoende och i avsaknad av egenintresse att han har den rådfrågandes bästa för ögonen när rådet avges. Att en finansiell rådgivare har ett egenintresse i att kunden företar en transaktion torde vara så gott som ofrånkomligt, rådgivaren får dock inte låta rådet styras av att den egna vinsten skall maximeras.

2. Skadeståndsansvaret

2.1 Allmänt

2.1.1 Skadeståndets funktioner

Skadeståndet anses traditionellt syfta till att såväl reparera som förhindra skada. Man torde även under begreppet kunna räkna in frågor om kostnadsplacering och pulvrisering av förlusterna.

Reparation kan sannolikt sägas vara skadeståndets huvudfunktion. Den som blivit utsatt för en skadeståndsgrundande handling har rätt att bli kompenserad för denna av skadevållaren. I stor utsträckning har försäkringar kommit att överta reparationens trygghetsskapande och återställande effekt.

Skadeståndets preventiva funktion bygger på tanken att blotta vetskapen om att skadeståndsskyldighet kan inträda innebär att en presumtiv skadevållare avhåller sig från ett skadebringande handlingssätt. En indelning sker vanligtvis i individualpreventiv- och allmänpreventiv effekt. Med detta avses att skadestånd kan syfta till att avhålla en viss individ från ett skadeståndsgrundande handlingssätt, eller en hel grupp presumtiva skadevållare.

Skadeståndet innebär även att samhället kan placera kostnaden för skadan på ett tillfredsställande sätt. Antingen får den skadelidande själv bära kostnaden för skadan eller om det finns en vållande part som ådöms skadeståndsskyldighet, denne. Genom skadeståndets nutida nära sammankoppling med försäkring erhålles även den effekt att kostnaden för skadan - det erlagda skadeståndet - pulvriskeras på många händer och härigenom blir lättare att bära.¹¹

¹¹ Hellner, Skadeståndsrätt s. 40.

2.1.2 Skadeståndslagen

Lagens tillämpningsområde anges i 1kap 1§:

"I denna lag meddelade bestämmelser om skadestånd tillämpas, om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden."

Som framgår har lagen ett omfattande tillämpningsområde. Lagen kan tillämpas både i kontraktsförhållanden och i förhållanden av utomkontraktuell karaktär.

I realiteten är dock lagen långt ifrån så heltäckande som den synes vara. Bland annat på området för strikt ansvar återfinns regler på helt andra ställen än i skadeståndslagen. Vid en genomläsning av lagen framgår det snabbt att den består av allmänt formulerade stadganden. Många begrepp ges inte heller någon preciserad innebörd. Detta sammantaget leder till att det i praktiken är rättspraxis, och även i viss mån lagens förarbeten som är vägledande för dess tillämpning.¹²

När det gäller skadestånd i kontraktsförhållanden är det vanligtvis så att denna fråga reglerats av parterna vid avtalets ingående. Detta behöver nu inte alltid vara fallet. I synnerhet gäller det i situationer där ett avtalsförhållande uppkommit utan att parterna muntligen eller skriftligen kommit överens om detaljfrågorna.¹³ Liksom i situationer där avtalsparterna inte uttömmande reglerat frågan om skadestånd för kontraktsbrott. I så fall gäller skadeståndslagens regler.

2.1.3. Beräkning av skadestånd

Den skadeståndsrättsliga huvudregeln är att den skadelidande skall försättas i samma situation som om skadan inte inträffat.¹⁴ Den skadelidandes förmögenhetsläge skall alltså vara detsamma såväl före som efter det att skadan inträffat och ersatts av skadevållaren.

I situationer där en person utanför ett kontraktsförhållande lidit skada p.g.a. felaktig rådgivning torde det dock vara förenat med betydande svårighet att avgöra skadans storlek. I grunden måste ligga en hypotetisk bedömning av den skadelidandes aktuella förmögenhetsläge med hur detta skulle ha tett sig om det felaktiga rådet inte hade följts.

När skadan inträffat i ett inomkontraktuellt förhållande gäller fortfarande att skadeståndet skall sätta den skadelidande i samma ställning som om avtalet uppfyllts på ett riktigt sätt. Den

¹² A.a. s. 26.

¹³ När det gäller ett rådgivningsförhållandes uppkomst kan NJA 1992 s 243, som refereras nedan, ge viss ledning.

¹⁴ Hellner, Skadeståndsrätt, s. 357.

skadelidande har rätt att få det positiva kontraktsintresset ersatt. Härmed avses ersättning ända upp till den vinst den skadelidande skulle ha gjort om avtalet fullgjorts på ett riktigt sätt.¹⁵

De speciella problem som kan uppkomma vid skadeståndsberäkning för i synnerhet felaktiga placeringsråd kommer beröras nedan.

2.2 Rådgivningsansvaret

2.2.1. Objektiva ansvarsförutsättningar

Ansvar inträder för handlingar som är skadeståndssanktionerade. För att bli drabbad av skadeståndsskyldighet krävs det vanligtvis att vissa objektiva och subjektiva ansvarsförutsättningar föreligger. Kravet på subjektiva ansvarsförutsättningar kan dock efterges bl.a. på de områden där strikt ansvar råder. De objektiva ansvarsförutsättningarna måste däremot alltid vara för handen om skadeståndsansvar skall kunna inträda. Objektiva ansvarsförutsättningar fastställs, som framgår av namnet, utan att hänsyn tas till individuella förhållanden på skadevållarens sida.

2.2.1.1. Har skada uppstått?

En första objektiv ansvarsförutsättning är att skada skall ha uppstått.

Den normala förutsättningen för skadeståndsansvar är att den skadelidande visar att det fanns ett alternativt handlingssätt som skulle ha medfört en motsvarande reduktion av skadan. Saknas sådant alternativt handlingssätt är det visserligen fel i det utförda rådgivningsuppdraget, men det kan därmed inte anses styrkt att rådet förorsakat skada. För detta måste påvisas ett alternativt handlingssätt som den rådfrågande kunde valt.¹⁶

2.2.1.2. Skada har träffat annan

Det synes självklart att en skadevållare inte kan bli skadeståndsskyldig mot sig själv. En person som åsamkar sig själv skada kan varken bli berättigad eller förpliktad att utge skadestånd.

¹⁵ Hellner, Speciell avtalsrätt II 2:a häftet s. 210.

¹⁶ Kleineman, SvJt 1998 s. 200. Jämför i detta sammanhang även fallen NJA 1991 s 625 och NJA 1992 s 58 som båda rör frågan om skada uppkommit i anledning av felaktig skatterådgivning.

När det gäller juridiska personer torde dessa betraktas helt skilt från dess ägare.¹⁷ En rådgivare som åsamkar ett helägt aktiebolag skada genom sin rådgivning kan bli skadeståndsskyldig mot bolaget.¹⁸

2.2.2. Orsakssamband och adekvans

2.2.2.1. Orsakssamband

För att skadeståndsskyldighet skall uppkomma måste ett beteende ha förelegat som lett fram till skadan. Beteendet måste vara skadans orsak. Enligt Hellner utmärker sig det typiska händelseförloppet "för att dels skadan uppstått genom att en händelse enligt naturens ordning eller samhällets inrättande drar med sig en annan händelse, dels också skadan inte skulle ha inträffat om inte denna händelse inträffat."¹⁹ Skadevållarens handlande eller underlåtenhet att handla skall alltså vara skadans orsak.

Kausalitetsbegreppet kan analyseras utifrån begreppen tillräcklig betingelse och nödvändig betingelse. En tillräcklig betingelse är en händelse som enligt naturens eller samhällets ordning leder till en annan händelse. En nödvändig betingelse innebär att en händelse inte skulle ha inträffat om inte den förra händelsen inträffat. En typisk orsak är vanligtvis en såväl tillräcklig som nödvändig betingelse.²⁰

Det krävs i svensk skadeståndsrätt inte att vållandet varit huvudorsaken till den inträffade skadan, utan det räcker att vållandet varit en bidragande orsak.

2.2.2.2. Adekvans

För att en skada skall vara adekvat orsakad krävs att den uppkomna skadan orsakats inte bara enligt naturens och samhällets beskaffenhet (kausalitet) utan även att det händelseförlopp som orsakat densamma var någorlunda normalt och påräkneligt.²¹ Kausaliteten skall vara adekvat.

För att skadeståndsskyldighet skall uppkomma krävs att adekvat kausalitet föreligger mellan skadevållarens beteende och den uppkomna skadan. HD uttalar i NJA 1993 s 41 I och II "En grundsats inom skadeståndsrätten är att det skall föreligga adekvat kausalitet mellan en

¹⁷ Hellner, Skadeståndsrätt, s. 102-103.

¹⁸ En annan bedömning görs sannolikt av försäkringsbolaget om rådgivaren försöker ta sin ansvarsförsäkring i anspråk. Rådgivaren identifieras med det egna bolaget.

¹⁹ Hellner, Skadeståndsrätt, s. 196-197.

²⁰ A.a. s. 197.

²¹ A.a. s. 198.

handling och en inträffad skada för att skadestånd skall kunna utgå. Genom kravet på adekvat kausalitet förhindras att alltför oväntade och avlägsna skadeverkningar ersätts."

Ett vanligt sätt att undersöka om en skada är ersättningsgill ligger i om skadan låg i farans riktning. Det inträffade skall inte vara en helt orimlig följd av handlingssättet för att skadan skall ersättas.

2.2.3. Culpaansvaret

Efter att ha behandlat de objektiva ansvarsförutsättningarna övergår vi nu till att behandla de subjektiva. För att rådgivningsansvar skall inträda krävs att rådgivaren orsakat skadan uppsåtligt eller genom oaktsamhet. Ett alternativ är att rådgivaren åläggs ett strikt ansvar: Detta kan ske när rådgivaren lämnat en garanti. Ansvaret är här helt oberoende av vållande hos rådgivaren. Det strikta ansvaret berörs längre fram. Här skall uppsåt och oaktsamhet behandlas.

Rådgivaren ansvarar inte endast för de fall där han avsiktligt agerat för att åsamka sin klient skada. Det räcker med oaktsamt handlande. Av detta skäl är det endast intressant att här precisera var den undre gränsen för skadeståndsgrundande oaktsamhet skall dras.

Den grundläggande frågan vid en culpabedömning måste anses vara om den påstått oaktsamme borde ha handlat på annat sätt. Traditionellt uppfattas skadeståndsgrundande oaktsamhet bestå i en underlåtenhet att iaktta den grad av aktsamhet som kännetecknar bonus pater familias, den gode familjefadern.²² Detta är en skönsmässig bedömning som domstolen har att ta till i avsaknad av relevant lagtext, prejudikat och utvecklad sedvana.

Den fria culpabedömningen erbjuder en mera detaljerad analys av föreliggande ansvar. I svensk rätt torde aktsamhetskravet kunna fastställas genom att tre faktorer sammanställs. Dessa är 1. risken för skada, 2. den sannolika skadans storlek, 3. möjligheterna att förekomma skadan. Till dessa kan läggas faktor 4. den handlandes möjligheter att inse risken för skada.²³ Därefter görs en sammanvägd bedömning av de omständigheter som föreligger för att avgöra om det kan krävas att skadevällaren skulle ha agerat på ett annat sätt än han faktiskt gjort.

²² A.a. s. 124-125.

²³ Hellner, Skadeståndsrätt s. 131.

2.2.3.1. Professionsansvaret

Culpa föreligger om man har handlat annorlunda än det kunde förväntas, och det är därför nödvändigt att fastställa de normer för försvarligt handlande, som skall gälla i den konkreta situationen.²⁴

Vid granskningen av rådgivares culpa finns det, åtminstone för ett antal yrkesgrupper, en mer handfast bedömning att hålla sig till än vad som erbjuds av den "fria culpabedömningen". Denna bedömning grundar sig på fastlagda regler, men även på seder och bruk inom den aktuella yrkesgruppen. Dessa sedvanor, eller normer och kutymmer som Samuelsson & Sögaard kallar dem, som kommit att gälla för en yrkesgrupp vid utövandet av dess verksamhet får alltså en avgörande betydelse när eventuell culpa hos en enskild yrkesutövare skall fastställas. Det kan t.o.m. uttryckas så att den som yrkesmässigt utövar en bestämd verksamhet, t.ex. som advokat eller revisor, och inte lever upp till branschens normer, som regel skall anses ha handlat culpöst.²⁵

För vissa yrkesgrupper finns lagstadganden att hålla sig till vid oaktsamhetsbedömningen, så är fallet för bl.a. fastighets- och försäkringsmäklare. För försäkringsmäklaren gäller att han "skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och med iakttagande av god försäkringsmäklarsed ... Försäkringsmäklaren skall, i den utsträckning som omständigheterna kräver det, klarlägga uppdragsgivarens behov av försäkring och, i förekommande fall, tjänster i samband med sparande samt föreslå lämpliga lösningar."²⁶

För fastighetsmäklare finns liknande regler uppställda. Fastighetsmäklaren skall utföra sitt uppdrag "omsorgsfullt och i allt iakttaga god fastighetsmäklarsed."²⁷

Skulle mäklarna uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosätta dessa förpliktelser blir de skyldiga att ersätta uppdragsgivarens skada.

Dessa lagregler torde åtminstone till viss del kunna användas till analogislut avseende innehållet i andra yrkesutövares professionsansvar.

För fastighets- och försäkringsmäklare finns det alltså fastlagda regler för hur de skall utföra sitt uppdrag medan för andra till övervägande del bedömningen kommer ske utifrån branschsedvana och kutym. Detta gäller inte minst för yrkeskategorin advokater. Wiklund skriver "Eftersom de speciella reglerna är få, kommer bedömningen i allmänhet att bestå i en

²⁴ Samuelsson och Sögaard, Rådgiveransvaret s. 22.

²⁵ Samuelsson och Sögaard, Rådgiveransvaret s. 22

²⁶ § 13 Lag (1989: 508) om försäkringsmäklare.

²⁷ 12§ Fastighetsmäklarlagen (1995:400).

prövning av frågan huruvida handlandet eller underlåtenheten att handla överensstämmer med eller strider mot god advokatsed."²⁸ Culpabedömningen sker mot bakgrund av innehållet i den goda advokatseden. Denna bedömning görs även av Heuman.²⁹

En rådgivare som återfinns inom en yrkesgrupp med bestämda normbildande sedvanor och som inte agerar i enlighet med dessa vid utförandet av sitt uppdrag presumeras ha handlat culpöst. Detta får sägas leda till att rådgivaren för att undgå skyldighet ersätta uppkommen skada måste exculpera sig, d.v.s. rådgivaren måste visa att han trots sitt normbrott inte handlat culpöst. Har skada uppkommit och normbrott konstaterats torde alltså bevisbördan omkastas från den skadelidande till skadevållaren, rådgivaren. Ansvar för en felande rådgivare kan i detta sammanhang betecknas som tämligen strängt.

Rådgivarens professionsansvar torde främst kunna ses som ett ansvar för att det åtagna uppdraget utförs på ett visst vedertaget sätt. Kärnan i detta ansvar ligger i att vårdslöshetsbedömningen grundas på de regler och standarder som gäller för den aktuella yrkesgruppen. En annan benämning på detta ansvar kan vara metodansvar. Även vad som brukar benämnas rådgivarens pedagogiska plikt bör dock kunna inordnas under begreppet professionsansvar.

2.2.3.1.1. Metodansvaret

Här kommer först advokaters metodansvar beröras då det är en för ämnet illustrativ yrkesgrupp. Med metodansvar avses här att advokaten skall ha gjort erforderliga undersökningar av lag, förarbeten, praxis och doktrin. Relevanta rättskällor skall alltså ha studerats.

Heuman menar att det normalt bör ankomma på advokaten att studera dessa viktiga rättskällor.³⁰ Har advokaten underlåtit göra detta skall han anses ha utfört sitt arbete på ett ur metodologisk synpunkt försumligt sätt. Advokaten presumeras ha varit culpös vid utförandet av sitt uppdrag. Metodansvaret måste dock i viss utsträckning vara beroende av rättsfrågans komplexitet. En mer komplicerad rättsfråga kräver ett noggrannare studium av rättskällorna än en okomplicerad dito. Därav följer att de berättigade anspråk en klient kan hysa kring den anlitate advokatens metod ökar i takt med rättsfrågans komplexitet. Samtidigt måste klienten kunna förvänta sig att advokaten använder sig av ett visst beprövat och acceptabelt tillvägagångssätt även vid lösandet av den enklaste av rättsfrågor.

²⁸ Wiklund, God advokatsed s. 4.

²⁹ Heuman, Advokatens rättsutredningar s. 12.

³⁰ A.a. s. 12.

I fallet **NJA 1957 s 621** hade Jur. kand. H hade ett stående uppdrag att placera pengar för en herr Gyllin. Denna gång rörde det sig om ett lån till bolaget Eskilstunamaskiner som H förmedlat. Som säkerhet uppställdes två förlagsinteckningar. Säkerheten angavs av H vara betryggande. Eskilstunamaskiner gick efter en tid i konkurs varvid det uppdagades att de förlagsinteckningar som utgjorde säkerhet för Gyllins lån till bolaget saknade förmånsrätt. Förmånsrätten hade gått förlorad då Eskilstunamaskiner flyttade från Eskilstuna till Vellinge.

RR uttalade i sin dom, som fastställdes av HD: "Det framgår icke klart av lagtexten, att förmånsrätten går förlorad vid företagens flyttning, och 1904 års avgörande av HD, vari denna princip fastslås, fanns icke anmärkt i 1952 års lagedition. Trots detta borde H., därest han ägnat frågan tillbörlig aktsamhet, kunnat skaffa sig tillfredsställande kunskap i saken bl.a. därför att, såsom Gyllin påpekat, frågan är klarlagd i Östen Undéns år 1927 utgivna, bland jurister allmänt kända arbete Svensk sakrätt"³¹

Fallet visar på rådgivarens - här en jurist - metodansvar. Rådgivaren har i fall som detta en skyldighet att konsultera relevant lagtext, förekommande rättsfall, samt standardlitteratur i ämnet. Beroende på frågans art och komplexitet och inte minst rådgivarens egna kunskaper i frågan måste undersökningen vara mer eller mindre djuplodande. Det torde vara så att en klient som konsulterar en jurist har rätt att förvänta sig att denne går till väga på ovannämnt sätt.

Det i rättsfallet uppmärksammade metodansvaret som ansvarsgrund är av stort intresse vid alla typer av kvalificerad rådgivning. Exempel som belyser detta kommer ges nedan.

Advokater har genom sin utbildning och specialistkompetens en särpräglad ställning som rådgivare. Trots detta kan man med all säkerhet dra paralleller till ansvaret för andra grupper av rådgivare.

När det gäller rådgivning i finansiella frågor finns det möjlighet att på en väg, likartad den som beskrivits för advokater ovan, fastslå ett korrekt tillvägagångssätt vid utförandet av rådgivningsuppdraget, med påföljande ersättningsansvar om rådgivaren försummar att använda sig av en korrekt metod.³² Utanför fältet av god advokat- eller revisorssed finns det möjligen inte lika tydligt fastslagna regler för hur ett korrekt utfört rådgivningsuppdrag skall handläggas. Utbildade regler torde dock utan större svårighet kunna återfinnas inom alla professioner av mera kvalificerad karaktär. Pålsson och Samuelsson menar att det kanske viktigaste kravet på en adekvat rådgivning är att den bygger på vetenskaplighet och beprövad erfarenhet.³³ Om en stor del av en yrkeskår är ense om att vissa parametrar skall användas och

³¹ NJA 1957 s 621, s. 623.

³² Pålsson och Samuelsson SvJt Nr 5 1999 s. 531.

³³ A.a. s. 529.

tas i beaktande vid uppdragets utförande bör dessa utan tvivel tillmätas betydelse vid bedömningen av om rådgivaren genom oaktsamhet orsakat sin klient en skada.

På området för finansiell ekonomi finns fyra fundamentala teoribildningar:³⁴

- Capital Asset Pricing Model, CAPM
- Teorin om effektiva marknader
- Arbitragepristeorin
- Optionspristeorin

CAPM innebär i korthet att det inte är möjligt för en investerare att på sikt få en högre avkastning om han inte samtidigt är beredd att ta en högre risk. Vid en investering, gjord på sikt, kommer avkastning och risk att stå i förhållande till varandra på så vis att hög risk ger hög avkastning och vice versa.

Teorin om effektiva marknader bygger på tanken att det rådande priset på en tillgång speglar all tillgänglig information om den aktuella tillgången. Effekten av teorin blir att rådgivning som utlovar en avkastning som är högre än vad som motiveras av risken, antingen grundar sig på (otillåten) insiderkunskap eller på bristfällig rådgivning.

Arbitragepristeorin innebär att om två tillgångar har samma risknivå måste de också erbjuda samma avkastning.

Optionspristeorin handlar om prissättning av vad som brukar kallas icke symmetriska finansiella instrument.

Pålsson och Samuelsson menar att vid finansiell rådgivning dessa fundamentala ekonomiska teorier kan läggas till grund för aktsamhetsbedömningen "... och kan, för den händelse dessa redskap inte använts på ett korrekt sätt, skapa en presumtion om oaktsamhet".³⁵ De menar att det vid en oaktsamhetsbedömning går att rekonstruera ett placeringsråd och kontrollera dess förenlighet med de ovan redovisade teorierna för att fastställa skadeståndsskyldighet.

Kunskap om de fyra ovan redovisade fundamentala teoribildningarna finns med all säkerhet hos det stora flertalet rådgivare inom den finansiella sektorn.³⁶ Det finns också skäl, vilka

³⁴ Bygger på Pålsson och Samuelsson A.a. s. 529-531.

³⁵ A.a. s. 531.

³⁶ Detta visar bl.a. ärende nr. 93-1280 från ARN som rörde en banks köprekommendation av aktier i det finska bolaget Pohjola

redovisats, som talar för att teorierna kan läggas till grund för en oaktsamhetsbedömning på samma sätt som reglerna om god advokatsed.

När det gäller finansiell rådgivning som på ett direkt sätt riktar sig till en specifik kund torde en rad ytterligare krav kunna ställas på rådgivarens utförande av sitt uppdrag. Rådgivaren måste ha tagit reda på kundens riskbenägenhet, vilka övriga investeringar kunden har, på hur lång sikt investeringen skall göras o.s.v.

Metodansvaret har med all säkerhet störst betydelse när rådgivningen har ett betydande inslag av subjektiv bedömning från rådgivarens sida. I detta sammanhang är det extra svårt att fastslå om någon vårdslöshet från rådgivarens sida förelegat med avseende på resultatet av rådgivningen. Den subjektiva bedömningen kan möjligtvis kritiseras med facit i hand, men att göra bedömningen att rådgivaren varit culpös i sin analys när den faktiskt företogs torde vara desto mer komplicerat. Särskilt framträdande är detta när rådgivningen går ut på att värdera en viss tillgång. Fondkommissionärer och värderingsmän är självskrivna i denna kategori av värderande rådgivare, men även andra yrkesgrupper som har inslag av värderingsbedömningar i sitt uppdrag torde kunna innefattas i denna kategori. Som exempel kan nämnas revisorer och fastighetsmäklare.

När det gäller värderingsmäns metodansvar finns det lika belysande som berömda Kone-fallet, **NJA 1987 s 692**. Fallet berörs även i anledning av frågan om ersättning för ren förmögenhetsskada i relationer utanför rena avtalsförhållanden.

Kone-fallet rörde ett värderingsutlåtande utfärdat på uppdrag av ägaren till ett större markområde.

HD uttalade angående ansvaret för fastighetsvärdering i allmänhet: "Vid fastighetsvärdering går det knappast att komma fram till ett värde, som blir lika högt oavsett vilken kunnig värderingsman som utför värderingen. Värdering av fast egendom är nämligen i mycket avhängig av värderingsmannens egen bedömning. *Betydande avvikelse*³⁷ mellan värderingsmannens uppskattning och vad som i efterhand visar sig vara fastighetens faktiska värde måste tillåtas utan att en värderingsman kan anses ha förfarit försumligt."³⁸

Vad som kan räknas som en betydande avvikelse från faktiskt värde måste sannolikt bedömas från fall till fall. Någon generell procentsats för när avvikelser inte längre är acceptabel kan inte fastslås.

³⁷ Min kursivering

³⁸ NJA 1987 s 692, s. 702.

Den subjektiva bedömningen torde, som framgår av HD:s uttalande i fallet, kunna vara av mer eller mindre god kvalitet utan att för den skull rådgivaren skall anses ha agerat försumligt mot den rådfrågande. Kleineman menar att värderingsmannens ansvar ligger i att inte utföra de undersökningar som det skäligen kan förväntas att en yrkesutövare av det aktuella slaget skall utföra.³⁹ Undantaget de fall där gränsen för en tillåten betydande avvikelse passerats.

2.2.3.1.2. Den pedagogiska plikten⁴⁰

En inte minst viktig del av en rådgivares uppgift är att på ett begripligt sätt förklara det aktuella problemet för sin klient. Ur praxis kan visas på fall som på ett illustrativt sätt belyser denna pedagogiska plikt.

Fallen **NJA 1994 s 532** och **NJA 1995 s 693** visar på vikten av att rådgivaren ser till att den rådfrågande är tillräckligt informerad om det aktuella problemet och att denne även skall ha fått fullt klart för sig vad informationen innebär. Domstolen ålägger härigenom en rådgivare att sätta sig in i den rådfrågandes situation. Beroende på dennes kunskaps- och erfarenhetsnivå måste den information som förmedlas vara mer eller mindre explicit uttryckt. Nivån på råden eller i vart fall informationen om dessa måste vara kundanpassad.

I **NJA 1997 s 65** synes HD ha ytterligare skärpt rådgivarens pedagogiska plikt. Här framhåller domstolen vikten av att rådgivaren utöver vad som anges i de två tidigare avgörandena även upplyser den rådfrågande om eventuella följder av de risker och problem som framkommit genom rådgivningen.

HD håller en konsekvent linje genom de redovisade avgörandena. Rådgivaren skall på ett begripligt sätt informera om sina resultat. Den rådfrågande skall kunna dra rimliga och korrekta slutsatser av dessa resultat. För att detta skall vara möjligt krävs att resultaten framläggs på ett sätt som inte är ägnat att skapa missförstånd kring deras innebörd. Därtill kommer att behovet av klarläggande uttalanden är beroende av omständigheterna. Rådgivaren måste sätta sig in i den rådfrågandes situation och anpassa informationen efter dennes kunskapsnivå. Mot bakgrund i **NJA 1997 s 65** och **NJA 1994 s 532** finns det anledning påpeka att i det fall den rådfrågande helt saknar fackkunskaper i ämnet räcker det inte att rådgivaren visar på problemet, han måste också förvissa sig om att klienten verkligen insett följden av detta problem för att på ett korrekt sätt ha utfört sitt uppdrag.

³⁹ Kleineman, SvJt 1998 s. 190.

⁴⁰ Begreppet är hämtat från Kleineman i SvJt 1998 s. 188ff.

2.2.3.2. Resultatansvaret

En advokat bär i allmänhet inte något resultatansvar och det oberoende av uppdragets svårighetsgrad. Detta beror på det faktum att advokater inte uttryckligen åtar sig att uppnå ett visst av klienten eftersträvat resultat.⁴¹ Advokatens uppgift är att efter bästa förmåga tillvarata sin klients intressen. Heuman framhåller att om en advokat på grund av bristande förmåga lämna korrekta råd föranleder att klienten förlorar en process detta i sig inte behöver medföra att rådgivningen är culpös. Endast då rådet är klart felaktigt, bör rådgivningen enligt Heuman betraktas som culpös med hänsyn till resultatet, dock endast under förutsättning att advokaten uttryckt sig kategoriskt och av det skälet felaktigt givit klienten en känsla av tillit.⁴² Men vårdslösheten ligger i att advokaten byggt upp en oriktig känsla av tillit hos klienten. Heuman menar att skadeståndsansvar kan uppkomma vid uppenbara fel, t.ex. om advokatens råd p.g.a. okunnighet står i klar strid med lag eller allmänt erkänd fast praxis.⁴³ När det gäller råd i rättsfrågor av mera svårbedömd art torde advokatens resultatansvar begränsas ytterligare - så länge denne faktiskt klargjort för klienten att rättsläget är oklart.

Utrymmet för att ålägga advokater resultatansvar enbart p.g.a. att de genom oskicklighet eller slarv inte lyckas uppnå eftersträlvade mål kan beskrivas som tämligen begränsat.

När det gäller finansiella rådgivares eventuella resultatansvar torde bilden vara likartad. Om rådgivaren uttryckligen garanterat ett visst utfall av det avgivna rådet svarar han självfallet för om det verkliga utfallet blir sämre än det av honom garanterade. Om rådgivaren uttryckt sig kategoriskt utan att lämna en garanti kan ansvar komma att inträda. Det är dock av stor betydelse för frågan om ansvar skall inträda hur den rådfrågande kommit att uppfatta rådet. En tillitsbedömning måste göras. Den befogade tillitens betydelse för rådgivningsansvaret behandlas i avsnitt 2.2.3.1.4.

Renodlat resultatansvar på lösligare grunder kan knappast inträda. Det faktum att en finansiell rådgivares råd inte utfallit med ett tillfredsställande resultat kan inte ensamt innebära att rådgivaren förfarit på ett sätt som är ansvarsgrundande.

2.2.3.3. Den befogade tilliten

Den tillit kan sägas vara befogad som har sin grund i en förtroendeskapande relation mellan rådgivare och rådfrågande eller i en situation där det i övrigt är rimligt hysa berättigade förväntningar på ett förmedlat råd.

⁴¹ Heuman, Advokaten rättsutredningar s. 25.

⁴² Jfr även Bengtsson, Särskilda avtalstyper I, s. 173.

⁴³ Heuman, Advokatens rättsutredningar s. 26

Kleineman, som ivrigt förespråkar relevansen av befogad tillit, menar att den befogade tilliten är ett avgörande analysmoment för rådgivningsansvaret. Han hävdar att om någon med fog förlitat sig på den information en rådgivare förmedlat finns det goda skäl att anlägga en sträng bedömning av denne rådgivares ansvar.⁴⁴

Har det å andra sidan funnits skäl för den rådfrågande att inte förlita sig på det avgivna rådet kan det i sin tur leda till att rådgivarens ansvar mildras, eller helt bortfaller.

Tillitsbedömningen torde kunna användas såväl vid bedömningen av om ett rådgivningsförhållande uppkommit, som när frågan om en rådgivares eventuella culpa skall avgöras. Ett rådgivningsförhållande kan alltså uppkomma som en kombination av befogad tillit (hos den rådfrågande) och andra avtalsgrundande faktorer.

Den situation i vilken rådet avgavs liksom omständigheterna i övrigt måste granskas för att man skall kunna bedöma om en person haft fog för den tillit han hyst till ett avgivet råd.

Den viktigaste omständigheten när frågan om befogad tillit skall avgöras är den om rådet avgivits i en professionell kontext. Rådgivning utanför rådgivarens professionella sfär är normalt befriad från ansvar. I amerikansk rätt kallas råd som visserligen berör rådgivarens profession men ligger utanför den professionella sfären för *curbstone-advice*. Ett typexempel torde vara juridiska råd som en advokat ger till sitt middagssällskap.⁴⁵ Advokaten blir inte ansvarig för dessa råd även om de förmedlats väl lättvindigt.⁴⁶ Skälet är naturligtvis att situationen då rådet avgavs inte rimligtvis var sådan att den rådfrågande kunde förvänta sig att advokaten skulle ägna tillräcklig möda åt problemet och att han därför inte kunde hysa någon befogad tillit till rådet.

Ett närbesläktat område är råd som förmedlas utan ersättning. Om någon lämnar en felaktig upplysning om en tågtid till en bekant faller rådet utanför såväl den professionella sfären som området för skadeståndsgrundande rådgivning. Inte oväntat blir det svårt att konstatera någon skadeståndsskyldighet även om förmögenhetsförlusten för den rådfrågande kan ha varit betydande.⁴⁷ Överhuvudtaget faller råd som är att hänföra till den privata sfären inom det ansvarsfria området. En motsatsdefinition av detta område kan utläsas ur amerikansk skadeståndsrätt. "Rådgivarens ansvar omfattar blott sådan information som han förmedlar i sin kommersiella verksamhet ... eller annan verksamhet som han har ett ekonomiskt intresse i

⁴⁴ Kleineman, SvJt nr 3 1998 s187.

⁴⁵ Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 388.

⁴⁶ Kleineman, SvJt nr 3 1998 s. 186.

⁴⁷ Bengtsson, Särskilda avtalstyper I s. 173.

och som är ägnad att påverka mottagaren av rådet "in their business transactions".⁴⁸ Med Kleinemans terminologi kan man säga att rådgivaren i dessa situationer är immun mot skadeståndsanspråk.

När det gäller råd som avges inom den professionella sfären men utan ersättning torde ansvaret enligt Bengtsson vara att bedöma något strängare.⁴⁹ Man bör dock inte stirra sig blind på det faktum att pekuniär ersättning utgått eller ej för det konkreta rådet. Det är snarast av intresse att utröna om ersättning i annan form utgått och om rådet är en del av ett rådgivningsuppdrag som rådgivaren normalt erhåller ersättning för av den rådfrågande. Skulle så vara fallet bör den strängare bedömningen som gäller för vanlig rådgivning tillämpas. Förhållandet mellan den rådfrågande och rådgivaren, på denna punkt, är sådant att det finns skäl för den rådfrågande att hysa befogad tillit.

Om rådet är en isolerad företeelse, t.ex. en halvtimmas rådgivning hos en jurist, faller förhållandet in under det av Bengtsson avsedda området. Frågan blir då om omständigheterna i övrigt varit sådana att den rådfrågande kunnat hysa en befogad tillit. Denna bedömning måste med nödvändighet bli individualiserad. Faktorer av betydelse bör vara sådana som i vilken miljö och i vilket sammanhang det vederlagsfria rådet gavs. Bengtsson menar, säkerligen med all rätt, att det vid benefika avtal av detta slag föreligger en ansvars lindring för rådgivaren.⁵⁰ Till syvende og sidst blir ändå ansvarsbedömningen beroende av om den rådfrågande haft anledning hysa befogad tillit till det givna rådet. En annan sak är det faktum att en försumlig rådgivares ersättnings skyldighet torde vara betydligt lägre i ett fall av denna typ än om den rena förmögenhetsskadan uppkommit i ett förhållande av onerös karaktär.

En annan sådan omständighet som kan föranleda att den rådfrågandes tillit inte kan anses befogad är om rådgivaren måst avge sitt råd under stark tidspress. Det måste dessutom ha blivit klargjort av rådgivaren för den rådfrågande att tid saknades för den mer ingående analys som frågan erfordrade.⁵¹ Den rådfrågande kan härigenom inte hysa den tillit som han annars haft fog för i en liknande situation.

Som framgått ovan är frågorna om befogad tillit och skadeståndsrättslig immunitet nära sammankopplade. Ett ytterligare område där rådgivaren som huvudregel är immun mot skadeståndsanspråk förtjänar att nämnas. Detta område kan benämnas massmedialt spridd information, eller om man så vill råd som ges till en vid krets.

⁴⁸ § 552 Restatement (Second) of Torts, Kleinemans översättning i Ren förmögenhetsskada s 514.

⁴⁹ Bengtsson, Särskilda avtalstyper I s 174.

⁵⁰ A.a. s. 173.

⁵¹ Kleineman, SvJt nr 3 1998 s. 191.

Området är komplext och kommer beröras mer i detalj nedan.

2.2.3.4. Specialistansvaret

När det för ett rådgivningsuppdrags fullgörande krävs kunskaper utöver de som finns hos en vanlig rådgivare erfordras experthjälp. Uppdraget bör alltså utföras av en rådgivare som innehar specialkunskaper på det aktuella området. Det är rimligt att anta att de förväntningar och krav som kan ställas på denne specialist är högre än de som är berättigade när en vanlig rådgivare anlitas.

Om det vid uppdragsavtalets ingående framgått för den rådfrågande, genom uttalanden eller på annat sätt, att rådgivaren är specialist torde detta vara att tolka som att uppdragstagaren åtagit sig att fullgöra uppdraget på ett särskilt skickligt sätt. Specialistansvaret kan sägas utgöra ett eget avtalsvillkor.⁵²

I rättspraxis återfinns fallet **NJA 1981 s 1091** där en jurist i ett mål mot staten avseende mistad bebyggelserätt underlåtit kräva indexuppräkning av yrkat ersättningsbelopp. Detta resulterade i en betydligt lägre ersättning för fastighetsägaren än vad som annars hade varit fallet. Det framgick i målet att rättsläget i viss mån var oklart. För att på bästa sätt tillvarata sin klients intressen borde ombudet ha använt sig av det för klienten förmånligaste beräkningssättet vid framställandet av sitt yrkande. HD anknyter i sina domskäl till den anlitate juristfirmans verksamhet - inriktad speciellt mot fastighetsfrågor. Specialistansvaret för företaget och det anställda ombudet knyts till detta faktum.⁵³ Det stränga specialistansvaret åvilar bolaget på denna grund. Specialistansvaret är vidare knutet till det rådgivande bolaget som sådant. Har man utgivit sig för att inneha specialistkunskaper inom ett visst ämnesområde torde också den rådfrågande kunna förvänta sig att oavsett vem den specifika rådgivaren är, frågan skall hanteras med specialistkompetens. Det är alltså knappast godtagbart för det rådgivande bolaget att utåt hävda specialistkompetens för att sedan i en situation där ansvar inträder göra gällande att den specifika rådgivaren saknade sådan kompetens.

Heuman menar att det stränga specialistansvaret inte skall inträda om en rådgivningsfirma inte utåt givit uttryck för specialisering. Det bör krävas att man avsiktligt framhållit sig själv som innehavare av specialistkunskap.⁵⁴

⁵² Heuman, Advokatens rättsutredningar s. 88.

⁵³ A.a. s. 89.

⁵⁴ A.a. s. 89.

2.2.4. Strikt ansvar

Här skall endast kort beröras rådgivares strikta ansvar.

Strikt ansvar innebär att rådgivaren får ansvara för en skada oavsett om han faktiskt varit vållande. Vid bedömningen behöver man endast ta hänsyn till de objektiva förutsättningarna för ansvar, alltså att skada har uppkommit, att skada drabbat annan osv. De subjektiva ansvarsförutsättningarna, d.v.s. personliga förhållanden på rådgivarens sida lämnas utan avseende.

När det gäller rådgivningsansvar torde strikt ansvar endast uppkomma i de fall rådgivaren lämnat en uttrycklig garanti. Så kan t.ex. vara fallet om rådgivaren garanterat att den disposition som föranletts av rådgivningen skall utfalla med ett bestämt resultat, och så ej blir fallet.

2.2.5. Rådgivarens ansvar för ren förmögenhetsskada utanför direkta kontraktsförhållanden

Rådgivning, i dess mest renodlade form, har en immateriell karaktär. Om den utförda tjänsten resulterar i en skada blir den så gott som aldrig fysisk. Lejonparten av de skador som uppkommer genom en i vart fall culpös rådgivning torde alltså vara av typen rena förmögenhetsskador. Med ren förmögenhetsskada avses "sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada".⁵⁵

2.2.5.1. Spärregel eller inte?

SkL 2:4: Den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott skall ersätta skadan enligt vad i 1-3§§ är föreskrivet om person- och sakskada.

Rena förmögenhetsskador ersätts således när den uppkomna skadan vållats av rådgivaren genom att denne begick en brottslig gärning i samband med sitt uppdrag. Straffbelagda handlingar av rådgivaren i denna situation medför skadeståndsskyldighet. Är handlingen inte straffbelagd skall den enligt huvudregeln inte medföra skadeståndsskyldighet.

Kleineman beskriver regeln i 2:4 som en spärregel. Härmed avses att gällande svensk rätt - 2:4 SkL - har en generellt avog inställning till ett utomobligatoriskt ansvar grundat på antingen dolus eller culpa.⁵⁶

⁵⁵ SkL 1kap 2§

⁵⁶ Kleineman, Ren förmögenhetsskada, s. 83.

Av det ovan nämnda ges lätt intrycket att inga undantag ges varvid rena förmögenhetsskador kan ersättas utan att skadevållaren gjort sig skyldig till en brottslig gärning vid skadans uppkomst. Så är nu inte fallet. Även om lagtexten i SkL 2:4 är kategorisk finner man i lagens förarbeten uttalanden som ger stöd för motsatsen.

"Förevarande paragraf får således lika litet som övriga bestämmelser i förslaget läggas till grund för motsatsslut."

Det kan mot bakgrund i detta uttalande hävdas att skadestånd för åsamkande av ren förmögenhetsskada inte utesluts enligt 2:4 i alla de fall där vållandet inte skett genom brott. För att ytterligare nyansera bilden av "spärregeln" finns det anledning återge vad som sägs i SkL 1:1 angående lagens allmänna tillämpningsområde.

"I denna lag meddelade bestämmelser om skadestånd tillämpas om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden."

Utgångspunkten i kontraktsförhållanden är den motsatta mot vad som stadgas i 2:4 SkL, dvs skadeståndsskyldighet inträder normalt om part vållat ren förmögenhetsskada.⁵⁷

Spärregeln är alltså inte på långt när så kategorisk och snävt hållen som man vid första anblicken kan förledas tro. Regeln gäller enbart när annat ej avtalats eller följer av andra skadeståndsrättsliga regler. Här torde kunna inbegripas såväl andra uttryckliga lagregler som även oskriven sedvanerätt och liknande grundsatser.⁵⁸ Dessutom skall regeln inte tolkas motsatsvis. Det är dessutom så att praxis från före skadeståndslagens tillkomst visade på fall där ersättning för rena förmögenhetsskador kunde utgå utan förekomst av brott eller stöd i annan lagregel.⁵⁹

Fram tonar en bild av ett synsätt som möjliggör en betydligt mer liberal rättstillämpning avseende ersättningsmöjligheterna för ren förmögenhetsskada. DepCh anser att man skall hålla fast vid tidigare praxis och ger dessutom sitt godkännande till att ytterligare vidga ansvaret för rena förmögenhetsskador i utomobligatoriska förhållanden.⁶⁰

Sammantaget finns det betydligt större möjligheter att ersätta rena förmögenhetsskador i ett utomobligatoriskt förhållande än vad lagtexten i 2:4 SkL ger intryck av. Samtidigt finns det anledning ifrågasätta om dessa möjligheter fått något genomslag i praxis. Företrädare inom

⁵⁷ Kleineman, Ren förmögenhetsskada, s. 138.

⁵⁸ A.a. s. 138.

⁵⁹ A.a. s. 139.

⁶⁰ A.a. s. 568.

den juridiska doktrinen är åtminstone inte av den uppfattningen. Ulf Bernitz konstaterar att "I rättspraxis har de nämnda förarbetsuttalandena hittills haft föga genomslag och man finner inte sällan en benägenhet bland jurister att dra kategoriska e contrario-slut från 2:4 SkL, något som enligt motiven ju inte är avsett."⁶¹

Möjligheterna att vidga ansvaret för ren förmögenhetsskada finns, men några större försök i denna riktning tycks inte ha genomförts.

2.2.5.2. Ren förmögenhetsskada i kontraktliknande förhållanden

Avseende inomobligatoriska förhållanden mellan skadevällare och skadelidande gäller alltså inte detta samband mellan skadestånd och straffbelagd gärning. En ren förmögenhetsskada ersätts i kontraktliknande förhållanden helt oberoende av om skadan vållats genom brott.⁶² På grundval av detta är det mer intressant för den skadelidande att få sitt förhållande till skadevällaren klassat som inomobligatoriskt. Härigenom kan han undgå den stränga praxis som gäller rena förmögenhetsskador vållade i utomobligatoriska förhållanden utanför det straffbelagda området.

Angående de avtalsrättsliga skadeståndsreglerna kom DepCh med följande uttalande i propositionen till skadeståndslagen: "Regler eller grundsatser av detta slag kan ha en ... verkan också i situationer där något avtal inte föreligger men som uppvisar kontraktliknande drag."⁶³ Ansvaret för rena förmögenhetsskador kan alltså vidgas i en betydande omfattning om förhållandet mellan skadevällare och skadelidande kan kvalificeras som i vart fall kontraktliknande. Uttalandet torde här ha föranlett domstolarna att åtminstone i vissa mål inta en välvillig inställning till när förhållandet mellan skadevällare och skadelidande kan klassas som "kontraktligt". Det synes vara så att i de fall domstolarna anser ett ersättningsanspråk för en liden ren förmögenhetsskada vara berättigat men inte kan eller vill utvidga praxis i en ansvarsskärpande riktning avseende utomobligatoriska förhållanden, domstolarna klassar förhållandet mellan skadevällare och skadelidande som "kontraktliknande".

Kone-fallet - **NJA 1987 s 692** - som gällde frågan om skadeståndsskyldighet för en värderingsman (Arne B) gentemot uppdragsgivarens långivare kan illustrera detta. Värderingsmannen hade av oaktsamhet lämnat felaktig uppgift i det värderingsintyg som han utfärdat på uppdrag av fastighetsägaren. Värderingsintyget kom senare att ligga till grund för långivarens beslut att bevilja ett lån till fastighetsägaren med fastigheten som säkerhet. HovR uttalade här "Såsom TR:n funnit är ej visat, att Arne B gjort sig skyldig till något brottsligt

⁶¹ Ulf Bernitz i Festskrift till Jan Heller, s. 119.

⁶² Hellner, Speciell avtalsrätt II 2:a häftet s. 193.

⁶³ Prop 1972:5 s. 448.

förfarande vid utfärdandet av värderingsintyget. Skadeståndsansvar enligt 2kap. 4§ skadeståndslagen kan därför ej komma i fråga."⁶⁴ Uttalandet tycks i sig peka på att HovR gjort den typ av e contrario-slut som man enligt lagens förarbeten inte skall göra.

HovR övergår sedan till att konstatera " ... det måste anses att den som utfärdar ett utlåtande av nu ifrågavarande slag härigenom ådrar sig ett ansvar av kontraktsrättslig karaktär för innehållet gentemot den som använder det som underlag för sin bedömning eller för sitt beslut."⁶⁵ Det anspråk som långivaren (Kone) hade mot intygsgivaren var i förhållandet medkontrahents medkontrahent. Förhållandet mellan intygsgivare och långivare klassades av HovR som kontraktsrättsligt och man fann det på så sätt möjligt att ålägga intygsgivaren ersättningsskyldighet för uppkommen skada.

HovR gjorde i Kone-fallet en kontraktsanalogi och kunde härigenom ålägga intygsgivaren skadeståndsskyldighet för den rena förmögenhetsskadan. Det är sannolikt möjligt att utvidga ansvaret för rena förmögenhetsskador genom att domstolarna i en ökad utsträckning gör analogier med vad som gäller i kontraktsförhållanden i de fall där partsrelationen är i vart fall liknande de som återfinns i ett inomobligatoriskt förhållande.⁶⁶

HD valde i Kone-fallet i motsats till HovR att inte definiera förhållandet mellan skadevällare och skadelidande som kontraktsliknande. Istället förde man ett tillitsresonemang. Det verkar dock som om HD ansett förhållandet mellan långivaren och intygsgivaren vid en sammantagen bedömning vara av utomobligatoriskt slag. Hellner ansåg att domstolen vidgat det utomobligatoriska ansvaret till förmån för tredje män i allmänhet, något som han menade ingav betänkligheter.⁶⁷

Det finns principiellt utrymme för en strängare praxis gentemot skadevällare på området för ren förmögenhetsskada. I förhållanden som betecknas som utomobligatoriska, med stöd i skadeståndslagens förarbeten och i viss mån med stöd i HD:s domskäl i Kone-fallet. I fall där förhållandet mellan skadevällare och skadelidande kan klassas som i vart fall kontraktsliknande, med stöd även här i skadeståndslagens förarbeten, och en relativt omfattande praxis, inte minst märkbar i underrätternas domskäl i det ovan refererade Kone-fallet. Frågan om i vad mån praxis skall utvecklas i ansvarsskärpande riktning och inte minst vilka kriterier som skall vara vägledande för en sådan ansvarsskärpning är en fråga som bör beredas med stor omsorg. Inte minst gäller detta med tanke på den expansiva utveckling som råder på det område som är föremål för denna uppsats intresse, finansiell rådgivning.

⁶⁴ NJA 1987 s 692, s. 700.

⁶⁵ NJA 1987 s 692, s. 701.

⁶⁶ Se i denna fråga Bengtsson, Skadestånd utom kontraktsförhållanden 1976-1979, SvJt 1981 s. 529.

⁶⁷ Hellner, Skadeståndsrätt, s. 78.

3. Fondkommissionärers rådgivningsansvar

3.1. Fondkommissionärer

Med kommission avses ett uppdrag att företa rättshandlingar för annans räkning men i eget namn. Kommissionären kan beskrivas som en syssloman i 18 kapitlet HBs mening. Dessa regler är dock av allmän karaktär, varför kommissionsavtalet i stort sett regleras uttömmande i kommissionslagen.⁶⁸

Ur kommissionslagen kan härledas de skyldigheter som åvilar kommissionären gentemot kommittenten/uppdragsgivaren. Denne måste vara lojal mot sin uppdragstagare. Detta innebär bl.a. att han följer kommittentens föreskrifter samt meddelar och redovisar ingångna avtal.⁶⁹

Det föregående sagt som en kort introduktion till kommissionärerna som yrkesgrupp. Det är dock enbart kommissionärens rådgivningsverksamhet som är av intresse här. Som konstaterats tidigare finns det i Sverige ingen särskild reglering av ansvar vid finansiell rådgivning varför man måste falla tillbaka på bl.a. den praxis och doktrin som presenterats i tidigare avsnitt. De specifika regler som gäller kommissionärens lojalitetsplikt, 7§ KommL, kan möjligtvis gälla även detta område.

Majoriteten av all handel med aktier och andra liknande finansiella instrument sker genom fondkommissionärer, som köper och säljer för kunders räkning. Fondkommissionärerna kan indelas i två typer, banker och mäklarfirmor.⁷⁰

Fondkommissionärer ersätts för sitt arbete dels genom en s.k. depåavgift som betalas av kunderna på årsbasis och dels för varje affär som man utför för kundens räkning. Depåavgiften består i en fast penningssumma per depå och år medan ersättningen för de utförda köp- och säljuppdragen baseras på en procentandel av det omsatta beloppet.

Efter genomgången av professionella rådgivares ansvar, visserligen med inriktning på värderingsmän, revisorer, skattekonsulter, finansanalytiker och andra grupper med finansiell anknytning, kommer fokus nu snävas åt ytterligare. Det rådgivningsansvar som gruppen finansiella rådgivare har skall här utredas. För att få så intressanta resultat som möjligt har

⁶⁸ Tiberg/Dotevall, Mellanmansrätt, s. 93.

⁶⁹ A.a. s. 96.

⁷⁰ Olbert, Aktiehandboken, s.27.

dock gruppen finansiella rådgivare i detta avseende begränsats till fondkommissionärer. Skälet till detta är dels det ökande intresset för och beroendet av aktieplaceringar som kan märkas i samhället, dels också det faktum att kunskapsnivån hos rådgivarna blir högre ju mer specialiserade de kan anses vara.

En fondkommissionär som sysslar med att rådge sina kunder i placeringsfrågor och i många fall sedan utföra dessa placeringar får sägas ha ett relativt avgränsat område inom vilket han verkar. Som en kontrast kan ses bankernas s.k. privatekonomiska rådgivare som skall försöka täcka hela det privatekonomiska spektrumet. Dessa besitter oftast en relativt låg kompetens, inte minst torde detta gälla på små kontor där den privatekonomiske rådgivaren också har kassatjänstgöring. De personer som finns hos en fondkommissionärsfirma torde i större utsträckning kunna utföra sådan kvalificerad rådgivning att den kan verka ansvarsgrundande.

3.1.1. Undersökningen

För att på ett principiellt plan kunna utreda om, och i vilken utsträckning, en fondkommissionär kan komma att ansvara för sina placeringsråd skall en undersökning göras av den rådgivning som tillhandahålls av denna yrkesgrupp.

Huvudfrågorna är hur denna rådgivning är utformad, vilken betydelse graden av avtalsrättslig närhet i relationen kund - kommissionär har för uppkomsten av skadeståndsansvar och vilken betydelse det sätt råden förmedlas på återverkar på uppkomsten av kommissionärens ansvar för felaktig rådgivning.

Avsikten är att relatera den teoretiska presentationen av rådgivningsansvaret till en professionell rådgivares praktiska verksamhet, och göra en juridisk återkoppling av denna.

Undersökningen går till på följande sätt. Genom intervjuer med företrädare för ett antal fondkommissionärsfirmor, här i betydelsen mäklarfirmor, kommer undersökas bl.a. detta:

Hur tas de konkreta råden fram? - Egna analyser eller informationsinsamling från andra källor?

Hur ser råden ut? - Konkreta placeringstips med utförliga motiveringar eller kortfattade köp- eller säljråd?

Hur ser den kontraktsrättsliga relationen kund kommissionär ut, och vilken betydelse har denna relation för uppkomsten av skadeståndsansvar för kommissionären?

Hur förmedlas råden till kunderna?

Som tidigare, i metodavsnittet, framgått kommer intervjuerna med fondkommissionärer och andra ske telefonledes.

3.1.1.1. Hur är fondkommissionärernas rådgivning utformad?

3.1.1.1.1. Hur tas de konkreta råden fram? - Egna analyser eller informationsinsamling från andra källor?

Kommissionärerna anger att informationsinsamling sker från olika källor. Informationen analyseras och bedöms dock av den egna personalen på kommissionärens analysavdelning. Dessa analytiker besöker vanligtvis det bevakade företaget. Ser på produktionen, granskar räkenskaperna och pratar med ledningen. Inte minst viktigt anser man ledningens syn på företagets framtidsutsikter vara.

3.1.1.1.1.1. Ansvaret

Det får anses ingå i kommissionärens metodansvar att gå tillväga på ett tillfredsställande sätt när de egna råden tas fram och underbyggs. Informationsmottagarna har en rätt att förvänta sig att kommissionären använder sig av förekommande "redskap" och gör detta på ett korrekt sätt.⁷¹

När det gäller informationsinsamlingen finns knappast några allmänt vedertagna metodregler att falla tillbaka på. Som resultaten ovan visar görs det dock vanligtvis en tämligen grundlig genomgång av de granskade bolagen. Detta får också anses vara nödvändigt för att den gjorda undersökningen skall kunna betraktas som acceptabel mot bakgrund i vad som krävs av andra professionella rådgivare i detta avseende. En advokat skall för att fullgöra sitt uppdrag korrekt studera viktigare rättskällor såsom lag, förarbeten, praxis och doktrin. Att noggrant granska räkenskaper, produktion och ledning får anses motsvara advokatens krävda tillvägagångssätt.

Vid den egna analysen av det insamlade materialet måste kommissionären även ta hänsyn till fundamentala ekonomiska teorier för att fullgöra sitt uppdrag. Se avsnitt 2.2.3.1.1. Om kommissionären underlåter att göra detta har han ur metodhänseende brustit i sitt uppdrag. Av detta kan följa skadeståndsansvar gentemot den rådfrågande kunden.

⁷¹ Jfr t.ex. NJA 1957 s 621.

3.1.1.1.2. Hur ser råden ut? - Konkreta placeringstips med utförliga motiveringar eller kortfattade köp- eller säljråd?

Fondkommissionärerna uppger att man förmedlar en blandning av utförligt motiverade placeringsråd och kortfattade rekommendationer. Vilken form man väljer beror dels på vilken kund det är fråga om och dels på vilket sätt informationsförmedlingen sker.

När kommissionären sätter ihop förslag på en ny portfölj åt en kund för vilken man förvaltar dennes kapital samt i de lägen man lämnar placeringsförslag åt en betydelsefull tradingkund är innehåller råden en gedigen genomgång av såväl företag som bransch. I andra fall, vanligtvis där kunden är mera kortsiktigt inställd till sina placeringar, är råden mera komprimerade till sin karaktär.

Förmedlas informationen t.ex. i marknadsbrev, mail eller s.k. flashar är rådgivningen likaledes vanligtvis kortfattad. Marknadsbreven kan dock i vissa fall innehålla längre analyser. Förmedlingssättets betydelse för rådgivningsansvarets uppkomst analyseras nedan.

3.1.1.1.2.1. Ansvaret

Kan kommissionärens ansvar för sina råd variera med hur omfattande dessa är? Denna fråga är intimt förknippad med den befogade tilliten.

Ett utförligt motiverat råd som innehåller en flersidig översikt av det analyserade företaget, dess ledning, framtidsutsikter etc, den bransch företaget verkar i samt övriga omvärldsfaktorer ter sig onekligen förtroendeingivande när det kommer från en fondkommissionär. Om rådet istället hade bestått i en flash på fem rader utmynnande i att företaget X ser köpvärda ut just nu kan detta knappast uppfattas som lika förtroendeingivande. Detta torde kunna få återverkningar på kommissionärens skadeståndsansvar. Allt annat lika har kunden större fog för att hysa tillit till det utförliga rådet. Detta ger i betydligt större utsträckning intryck av att vara genomarbetat och väl underbyggt än den kortfattade rekommendationen. Det är rimligt att anta att rådets utformning kan få en betydelse för kommissionärens rådgivningsansvar i relation till kunden. Det är också rimligt att anta att utformningen av rådet får större betydelse ju lösligare den kontraktuella relationen mellan kommissionär och kund är. Rör sig rådet om en isolerad företeelse har kunden inte mycket annat att ta fasta på vid sin bedömning än just det avgivna rådet och dess utformning. Avges däremot rådet i en långvarig kontraktuell relation bör dess utformning vara av underordnad betydelse. Rådets utformning - utförligt eller kortfattat- har här endast skadeståndsrättslig betydelse på marginalen.

3.1.1.2. Vilken betydelse har relationen kund - kommissionär för rådgivningsansvaret?

3.1.1.2.1. Hur ser den kontraktsrättsliga relationen kund - kommissionär ut?

En person som är kund hos en fondkommissionär har flera alternativ att välja mellan vad gäller skötseln av sitt kapital. En möjlighet är att kunden låter kommissionären bedöma sammansättningen av kundens depå. Härmed avses att kommissionären självständigt köper och säljer kundens aktier och andra finansiella instrument, och i övrigt företar de förvaltningsåtgärder man finner lämpliga. Kommissionären har i dessa fall tilldelats en mycket långtgående fullmakt att handla för kundens räkning. Detta arrangemang brukar benämnas diskretionär förvaltning. Förvaltningssättet är tämligen vanligt förekommande hos fondkommissionärerna, majoriteten av kunderna har dock inte valt denna utformning utan förvaltar istället själv sin tillgångar. Det vanligaste vid diskretionär förvaltning är att kommissionären placerar kundens tillgångar enligt en modellportfölj. Denna kan vara utformad på olika sätt, men innehåller vanligtvis en (mindre) del räntebärande papper och en del aktier och liknade finansiella instrument. Modellportföljen har vanligtvis ett standardiserat utförande när det gäller de individuella placeringarna i portföljen. De kunder som har diskretionär förvaltning av sina tillgångar hos samma fondkommissionär har i inte ringa utsträckning liknande portföljer.

Det andra alternativet är, som framgått, att kunden själv sköter förvaltningen av sin portfölj. Detta gör majoriteten av kommissionärernas kunder. Med det här förvaltningssättet följer att kunden kontaktar kommissionären antingen när han önskar rådfråga denne inför en placering, eller när han önskar utföra densamma. Råden torde vara mer eller mindre handfasta beroende på kundens önskemål. De kan röra allt från uppbyggnaden av en ny aktieportfölj till den enskilde förvaltarens uppfattning om siffrorna i ett enskilt bolags delårsrapport. Härav följer också att råden är mer eller mindre individanpassade.

Om en kommissionär skall rådge en kund om hur dennes aktieportfölj skall utformas är kundens riskbenägenhet och placeringshorisont av betydelse. Ett vanligt tillvägagångssätt är att man från kommissionärens sida delar in kunderna efter vilken risknivå de är beredda att acceptera, därefter lämnas olika förslag om vilka bolag och branscher kunden skall satsa pengar i beroende på hur långsiktig kunden är. En långsiktig och riskobenägen kund ges därmed förslag på andra företag än en kortsiktig risktagare.

I andra ändan av skalan ligger de situationer där kunden enbart är intresserad av att göra enstaka affärer. Det är alltså fråga om kompletteringar/omplaceringar i portföljen. Kommissionären har då vanligtvis ingen helhetsblick över kundens portfölj. Istället blir

frågan om det enskilda investeringsobjektet kan ses som en objektivt sett god investering, för vem som helst, det intressanta för honom.

Ett tredje, om man så vill, alternativ är de situationer där informationsmottagaren inte har någon avtalsrättslig relation till kommissionären, men ändå kan ta del av dennes placeringsråd. Så kan vara fallet när kommissionären låter offentliggöra sina rekommendationer för allmänheten, så kan också vara fallet när kommissionären uttalar sig i massmedia. I dessa lägen är det kommissionärens uppfattning om ett visst företag som förmedlas. Naturligtvis har kommissionären inte någon möjlighet att ta några subjektiva hänsyn till de enskilda - okända - informationsmottagarnas ekonomi. Istället blir frågan, på samma sätt som de råd kring enbart enskilda investeringsobjekt som ges till de egna kunderna, endast om det enskilda företagets lämplighet som investeringsobjekt. Många gånger lär det också vara så att de råd som offentliggörs är samma råd som tidigare förmedlats till de egna kunderna.

3.1.1.2.1.1. Ansvaret

Efter att ha presenterat de olika relationer kommissionären kan ha till kunden / informationsmottagaren uppkommer frågan vilket ansvar för sina placeringsråd kommissionären kan ha i relation till de olika "kundtyperna".

3.1.1.2.2. Råd anpassade till en viss kund

Med råd anpassade till en viss kund avses att rådgivaren tillhandagår en enskild placerare med rådgivning. Placeringsråden är alltså individuellt avpassade för att lämpa sig för den specifika kunden.

De råd som ges till den enskilde placeraren kan, som framgått ovan, vara av olika karaktär. Det kan röra sig om hela strategier t.ex. vid uppbyggnad av en aktieportfölj, såväl som råd vid enskilda placeringar.

3.1.1.2.2.1. Diskretionär förvaltning

Här gör kunden och kommissionären på förhand upp hur kundens placeringsstrategi ser ut och inom vilka ramar kommissionären skall hålla sig. Kunden behöver därefter inte ta aktiv del i placeringen av sina tillgångar då de enskilda investeringsbesluten tas av förvaltaren.

Den diskretionära förvaltningens karaktär innebär att kommissionären har ett ansvar för de förvaltningsåtgärder som han vidtar med kundens tillgångar. De placeringsramar som

kommissionär och kund avtalar om måste naturligtvis följas. Placeringsstrategin enligt den modellportfölj som kunden och kommissionären enats om skall efterlevas.

Har kommissionären överskridit dessa ramar utan kundens medgivande och skada uppkommer är det fråga om ett avtalsbrott med påföljande sanktioner.

Håller sig kommissionären inom ramarna, men åstadkommer ett i kundens mening dåligt resultat torde kommissionären bli ansvarig om han skött förvaltningen på ett culpöst sätt. Med detta avses att kommissionären inte gått tillväga på ett tillfredsställande sätt vid t.ex. insamlande av beslutsunderlag, eller ignorerat fundamentala ekonomiska teorier. Detta kan jämföras med rådgivarens metodansvar.

Ansvar torde även kunna inträda om kommissionären garanterat ett visst utfall av sin förvaltning, och detta resultat inte kan uppnås.

Vid diskretionär förvaltning förekommer dock inte någon placeringsrådgivning i egentlig mening. Kunden har lämnat över beslutsmakten till kommissionären och fattar inga enskilda placeringsbeslut på grundval av rådgivning. Något ansvar för felaktig placeringsrådgivning kan därför inte uppkomma i denna del. Ur rådgivningsansvarets perspektiv är det däremot av intresse att utreda vilka råd som ges till kunden i samband med att avtalet om den diskretionära förvaltningen ingås.

Kunden rådges av fondkommissionären om vilka generella ramar som skall uppställas för de placeringar som utförs av förvaltaren. I detta läge måste kommissionären beakta den enskilde placerarens personliga förhållanden.

Det finns en rad faktorer som rådgivaren måste beakta innan han avger sitt placeringsråd. Utgångspunkt skall tas i den enskilde placerarens ekonomiska förhållanden, men även dennes familjeförhållanden kan behöva beaktas. När det gäller placeringar i aktier och liknande instrument bör rådgivaren i första hand se på hur lång tid pengarna kan placeras, hur kundens förmögenhets- och inkomstförhållanden ser ut, vilka övriga placeringar kunden har, placerarens inställning till risktagande, rådande läge på aktiemarknaden, behovet av direktavkastning o.s.v.⁷²

Det krävs således en relativt ingående studie av kundens ekonomi för att uppfylla Veres och Jacobssons krav på den finansielle rådgivaren. När det gäller att rådge kunden inför ett långsiktigt engagemang är det rimligt kräva att förvaltaren grundligt sätter sig in i kundens omständigheter för att kunna fullgöra sitt uppdrag korrekt. När det gäller rådgivning inför

⁷² Veres/Jacobsson, Handbok för kapitalplacering, s.144 -145.

valet av uppläggnings av den diskretionära förvaltningen får det anses ligga i kommissionärens professionsansvar att insamla relevanta uppgifter om kundens ekonomi och förhållanden i övrigt. Minimikravet för att rådgivaren skall anses ha uppfyllt sitt professionsansvar är inte helt enkelt att fastställa. Det bör i inte ringa omfattning ankomma på kunden att medverka till att rådgivaren får relevant information.

Man bör i mitt tycke kunna kräva att förvaltaren i vart fall tar reda på kundens önskade risknivå och dennes placeringshorisont. Att enbart presentera en allmän modellportfölj synes väl lättvindigt.

Det är dock inte tillräckligt att kommissionären samlar in en tillfredsställande mängd fakta om kunden och dennes preferenser. Han måste även visa på problem och risker som är förknippade med den valda placeringsstrategin. Om kunden helt saknar fackkunskaper när det gäller ämnet finansiella placeringar måste kommissionären även förvissa sig om att klienten verkligen insett följderna av riskerna. Detta ingår i kommissionärens pedagogiska plikt och kan utläsas ur fallen NJA 1997 s 65 och NJA 1994 s 532. Den stora lärdom som kan dras av fallen är att råden och förmedlingen av dessa måste vara kundanpassad. Om kommissionären inte uppfyller sin pedagogiska plikt och kunden inte på annat sätt får anses vara tillräckligt kunnig i ämnet måste kommissionären ersätta inträffade skador.⁷³

3.1.1.2.2.2. Kunden placerar själv

Med detta avses att det är kunden själv som utför sina placeringar, på basis av kommissionärens råd eller helt självständigt.

Om kunden kommer till kommissionären och frågar honom till råds om hur kunden skall placera sina tillgångar ankommer det på kommissionären som rådgivare att utföra detta uppdrag på ett korrekt sätt.

I de situationer där det rör sig om uppbyggnad av en ny aktieportfölj för kunden bör tillvägagångssättet till en början bli likartat vad som beskrivits vad gäller den diskretionära förvaltningen. Kommissionären bör alltså i första hand se på hur lång tid pengarna kan placeras, hur kundens förmögenhets- och inkomstförhållanden ser ut, vilka övriga placeringar kunden har, placerarens inställning till risktagande, rådande läge på aktiemarknaden samt behovet av direktavkastning. Viktigast, och enklast att undersöka, bör vara kundens beredvillighet att ta risker med sitt kapital och hur lång löptid investeringarna skall ha. Denna information är av avgörande betydelse för att placeringsråden skall kunna baseras på en, för den enskilde kunden, tillfredsställande grund.

⁷³ Jämför NJA 1995 s 693 som rörde just en fondkommissionärs pedagogiska plikt.

Återigen rör det sig här om den metod som rådgivaren skall använda sig av för att fullgöra sitt uppdrag. I det här avseendet krävs det att information om kundens riskvillighet och placeringshorisont inhämtas, något som också görs enligt de uppgifter som erhållits från tillfrågade fondkommissionärer.

En viktig fråga i detta sammanhang är vilken tilltro kunden har rätt att fästa vid kommissionärens placeringsråd. Graden av befogad tillit bör i detta sammanhang vara hög då omständigheterna kring rådgivningen, med en nära relation till rådgivaren, är förtroendeskapande. Generellt sett bör en relativt sträng bedömning av en fondkommissionärs rådgivningsansvar anläggas då en kommissionär, likt t.ex. en advokat, får sägas som yrkesgrupp åtnjuta förtroende hos sina kunder. Detta i kombination med förekomsten av övriga förtroendeskapande omständigheter leder till det stränga ansvaret.

Kommissionären har även här en pedagogisk plikt att utföra vid förmedlingen av råden till kunden. Denna är lika omfattande som vid fastställandet av placeringsramarna vid den diskretionära förvaltningen och resultatet om kommissionären brister i sin plikt blir densamma.

3.1.1.2.2.3. Råd som ges till samtliga kunder

I viss utsträckning ger fondkommissionärerna köp- eller säljråd av allmän karaktär. Det är också dessa råd som brukar publiceras i affärstidningarna. Råden är vanligtvis kortfattade, men kan i en del fall innehålla en ganska grundlig genomgång av såväl det enskilda företaget som den bransch detta är verksamt i.

Som framgått ovan bör en kommissionär som ger råd till en enskild kund beakta dennes specifika förhållanden för att på ett korrekt sätt kunna fullgöra sitt uppdrag. När råden ges till samtliga kunder kan inte denna individuella parameter vägas in. Istället blir det enbart det enskilda placeringsförslagets lämplighet som skall bedömas. Rådet är allmänt utformat, och avsett att vara en god placering för alla kommissionärens kunder oaktat deras specifika förutsättningar.

Den kontraktuella relationen mellan kund och kommissionär är här av mindre betydelse då kommissionären till skillnad från portföljuppbyggnad eller diskretionär förvaltning då kommissionären inte behöver ta hänsyn till placeringsförslagets lämplighet för den enskilde placeraren.

Kommissionärens skadeståndsansvar för felaktig rådgivning inträder mera sällan i en relation av denna typ. Detta dels beroende på att kommissionären har att ta hänsyn till färre faktorer vid sin bedömning och dels därför att kundens befogade tillit till placeringsförslagets lämplighet för just honom torde vara mindre då rådet är utformat för att kunna passa alla.

I de fall då rådgivningsansvar kan inträda bör det röra sig om att kommissionären inte använt en korrekt metod vid insamling och analys av fakta om den aktuella placeringen. T.ex. genom att inte beakta vedertagna ekonomiska teorier.

3.1.1.2.2.4. Råd som förmedlas till mottagare utanför kundkretsen

Härmed avses råd som förmedlas till en vidare eller snävare allmänhet. Råden är, som påpekats ovan, vanligtvis desamma som förmedlas till kommissionärens samtliga kunder.

Här skall endast behandlas frågan vilken betydelse relationen mellan kund och kommissionär har för uppkomsten av rådgivningsansvaret. Betydelsen av sättet på vilket informationen förmedlas tas upp nedan.

Då kommissionären och informationsmottagaren saknar en kontraktuell relation blir kommissionärens eventuella skadeståndsansvar i allt väsentligt att bedöma från utomobligatoriska grunder.

Liksom i avsnittet ovan blir det frågan om kommissionärens metod vid insamling och analys som är av intresse utifrån skadeståndsrättslig synvinkel. Har rådgivaren och informationsmottagaren ingen som helst avtalsrättslig relation har man vid skadeståndsbedömningen att falla tillbaka på reglerna om ren förmögenhetsskada i SkL 2:4.

Ersättning för ren förmögenhetsskada förutsätter enligt lagregelns lydelse en brottslig handling från skadevällarens sida. Att 2:4 inte skall tolkas så strikt framgår av avsnitt 2.2.5.1. ovan.

Den brottsliga gärning som en kommissionär i första hand kan göra sig skyldig till och som föranleder ersättningsansvar för skada enligt SkL 2:4 är svindleri, 9:9 BrB. För ansvar krävs att kommissionären "offentliggör eller eljest bland allmänheten sprider vilseledande uppgift för att påverka priset på vara, värdepapper eller annan egendom ..." ⁷⁴ För ansvar krävs uppsåt. ⁷⁵ Att en kommissionär som gör sig skyldig till svindleri blir skadeståndsskyldig för

⁷⁴ 9:9 1st BrB.

⁷⁵ För ansvar enligt 9:9 2st räcker det med grov oaktsamhet. Bestämmelsen avser dock endast en viss personkrets gärningsmän som en fondkommissionär i sin yrkesutövning inte anses kunna tillhöra, se Holmberg m.fl. Kommentar till Brottsbalken Del I, s. 492.

ren förmögenhetsskada som han åsamkar en vilseledd informationsmottagare står helt klart. Mer komplex blir frågan utanför den brottsliga sfären. Här är det i stor utsträckning upp till domstolarna att tillämpa lagen och dess förarbeten.

Någon större utsikt för en skadelidande i ett rent utomobligatoriskt förhållande att få ersatt en ren förmögenhetsskada, utan förekomst av brott, med stöd av rådande rättspraxis föreligger inte. Ett undantag utgör dock det berömda Kone-fallet, NJA 1987 s 692, där HD anger att "...övervägande skäl talar för att den som med fog satt sin tillit till ett värderingsintyg inte skall bära följderna av en skada som ytterst beror på att intygsgivaren förfarit vårdslöst." Uttalandet gäller förvisso endast värderingsintyg men det är ändå uppenbart att HD öppnat dörren till ersättning för rena förmögenhetsskador utanför rena kontraktsförhållanden och utan förekomst av brott. Detta visar att det är tänkbart att en kommissionär under vissa omständigheter kan bli ersättningskyldig för rena förmögenhetsskador som åsamkats personer med vilka man saknar avtalsrelation. Vilka omständigheter som i så fall måste vara för handen är dock upp till domstolarna att avgöra.

Som framgått av avsnitt 2.2.5.2. ovan har de svenska domstolarna haft en relativt välvillig tolkning av relationen mellan skadevällare och skadelidande. Man har velat klassat detta som kontraktsrättsligt eller som uppvisande "kontraktsliknande drag". Härigenom har åstadkommit en ersättningsmöjlighet för den skadelidande utan att domstolarna behövt ändra sin snäva tolkning av SkL 2:4. I Kone-fallet klassade HovR förhållandet mellan utfärdaren av värderingsintyget och uppdragsgivarens långgivare som kontraktsrättsligt. Liknande bedömningar har gjorts i andra fall.

I ett läge där relationen mellan kommissionären och informationsmottagaren kan anses vara kontraktsliknande och kommissionären genom vårdslöshet åsamkar en ren förmögenhetsskada kan skadeståndsskyldighet uppkomma. Ett exempel kan vara att kommissionären ger ut en specialtidsskrift som utger sig för att tillhandahålla högkvalitativa placeringsråd till prenumeranterna. Skulle ansvar inträda om kommissionären är vårdslös i sin rådgivning - det är tänkbart. I vart fall torde förhållandet vara att anse som kontraktsliknande.

3.1.1.3. Hur når råden mottagaren, och vilken betydelse har förmedlingssättet?

3.1.1.3.1. Hur förmedlas råden till mottagarna?

Fondkommissionärernas placeringsråd förmedlas till mottagarna på en rad olika sätt. De kan ges direkt till kunden vid ett personligt sammanträffande, vid kundträffar eller liknande, men

också telefonledes. Utan någon form av personlig kontakt förmedlas information genom marknadsbrev, mail eller flashar till kunderna.

Till informationsmottagare som saknar en kontraktuell relation till kommissionären förmedlas råden via massmedia såsom tidningar, tidskrifter, radio och TV.

3.1.1.3.2. Ansvar

Under denna rubrik skall utredas vilken betydelse förmedlingssättet av informationen har för uppkomsten av fondkommissionärens rådgivningsansvar. Skillnader i förmedlingssätt beror till del på vilken avtalsrättslig relation kommissionären och informationsmottagaren har, vilket i sig har betydelse för uppkomsten av rådgivningsansvaret.

När enbart det valda förmedlingssättets betydelse för rådgivningsansvarets uppkomst skall bedömas är det främst parametrarna kundens befogade tillit och fondkommissionärens pedagogiska plikt som skiftar i styrka beroende på valt förmedlingssätt.

3.1.1.3.2.1. Råd som ges vid en personlig kontakt

Råd som ges vid ett personligt sammanträffande mellan kund och kommissionär torde inte hör till de vanligast förekommande. Denna typ av rådgivning äger sannolikt endast rum när kundens portfölj går igenom t.ex. vid ett årligt sammanträffande, affärslunch eller liknande. För kunder med stora tillgångar torde dock sammanträffanden kunna ske betydligt oftare än så.

Råd som ges på detta sätt torde vara de mest förtroendeingivande. Den tillit som kunden har fog att hysa till de avgivna råden torde, allt annat lika, vara störst här. Rådgivaren har möjlighet att grundligt gå igenom kundens individuella förhållanden, samtidigt som han på ett överskådligt sätt kan presentera de aktuella placeringsråden. Detta får återverkningar inte bara på den tillit som kunden har rätt att hysa till de avgivna råden utan även på kommissionärens möjlighet att fullgöra sin pedagogiska plikt. Det är vid ett personligt sammanträffande jämförelsevis enkelt för kommissionären att förmedla de risker och problem som är förenade med det aktuella rådet och även förvissa sig om att kunden till fullo insett följderna av dessa risker.

Det personliga förmedlingssättet med dess förtroendeskapande atmosfär medför att kunden har en befogad rätt att hysa en hög grad av tillit till de av kommissionären för kunden framtagna placeringsråden. Detta medför ett ökat ansvar för kommissionären om det skulle visa sig att han inte fullgjort sitt uppdrag med tillbörlig omsorg. Det faktum att

förmedlingssättet underlättar kommissionärens fullgörande av sin pedagogiska plikt verkar i motsatt, ansvarslinrande, riktning.

Råd som ges telefonledes torde vara lika förtroendeingivande som de som avges vid ett personligt sammanträffande. Det finns dock en skillnad i hur utförliga råden kan vara. Råd som lämnas per telefon måste med nödvändighet vara mer kortfattade och mindre faktsäckade än råd som, skriftligen, kan överlämnas vid ett personligt sammanträffande. En viss ringa skillnad i den tillit som kunden kan ha fog att hysa till de avgivna råden kan finnas, likaledes torde en viss ringa skillnad finnas i kommissionärens möjlighet att fullgöra sin pedagogiska plikt. I övrigt saknar förmedlingssättet, personligt sammanträffande eller telefon, betydelse.

3.1.1.3.2.2. Råd som ges till en vid krets

Råd som har en vidare krets mottagare än vad som normalt förekommer vid relationer av kontraktuell art förtjänar att ägnas ett eget avsnitt. Dels p.g.a. att det är ett förhållandevis försummat område inom skadeståndsrätten och dels mot bakgrund i den explosiva utvecklingen av placeringsråd via massmedia som kunnat följas under senare år.

3.1.1.3.2.2.1. Massmedialt spridd information

Konkreta köp- och säljråd av aktier och aktiefonder publiceras minst en gång per vecka eller tom oftare i flertalet morgontidningar.⁷⁶ Även kvällstidningarna har hakat på trenden med placeringsrådgivning och expertuttalanden saluförda med braskande löpsedelsrubriker. I de olika TV-kanaler ger återkommande placeringsrådgivare råd om hur den enskilde skall förfara med sina sparpengar. Härtill kommer de mer traditionella affärstidningarna av dags- eller veckotidningskaraktär som Dagens Industri, Finanstidningen, Affärsvärlden och Veckans Affärer som mer och mer kommit att innehålla såväl egna analyser som av banker och fondkommissionärer presenterade placeringsråd.⁷⁷

Då den krets som mottar dessa råd blir större och större är det av ökande såväl skadeståndsrättslig som ekonomisk betydelse att utreda vilket ansvar som kan utkrävas för oaktsam rådgivning och i så fall vem som är ansvarig.

Vid massmedialt spridd information är som redan konstaterats den kontraktuella relationen mellan rådgivare och informationsmottagare betydligt mera uttunnad än i ett normalt

⁷⁶ Se t.ex. Göteborgs-Posten som varje söndag publicerar två konkreta köp/säljråd på aktier.

⁷⁷ Finanstidningen publicerar fem dagar i veckan konkreta köp-/ behåll-/eller säljrekommendationer från svenska eller utländska banker eller fondkommissionärer.

uppdragsförhållande. Det torde dock finnas anledning att skilja på de olika informationsvägarna och deras "tyngd" ur kontraktuellt hänseende. Mer om detta nedan.

Att förhållandet mellan utgivaren av en tidskrift och tidskriftens prenumeranter är att anse som kontraktuellt står klart. Att relationen mellan ett etermediaföretag och dess avnämare kan betraktas som kontraktliknande torde också vara möjligt.⁷⁸ Frågan blir då i vilken utsträckning culpösa placeringsråd med förmögenhetsskada som följd kan resultera i skadeståndsansvar.

Kleineman menar att det faktum att information sprids till en mycket vid krets⁷⁹ i sig innebär att en immunitet mot ansvar erhålles för informationsgivaren. Denna immunitet kan liknas vid den som återfinns vid råd som ges i privatlivets sfär. Immuniteten är dock på intet sätt absolut. Avgörande för om immuniteten kan genombrytas är en samlad bedömning av de tillitsskapande omständigheterna. Det torde dock krävas att ett uppsåt att skada funnits från skadevällarens sida för att ansvar skall kunna inträda. Massmediafaktorns påverkan kan alltså leda till att ett grovt culpöst handlande inte anses ansvarsgrundande.⁸⁰

Det finns anledning uppmärksamma den redan tidigare antydda skillnaden mellan olika slags informationskällor. Inte minst gäller detta om man skall göra den av Kleineman förespråkade samlade bedömningen av tillitsskapande omständigheter. Vad som avses är skillnaden dels i graden av kontraktliknande relation och dels i graden av tillit som kan fästas vid råden i de olika typerna av massmedier.

Med graden av kontraktliknande relation avses den närhet som finns mellan utgivaren av en viss tidskrift och denna tidskrifts läsare. Med graden av tillit avses de objektivt befogade förväntningar som kan ställas på samma tidskrift. Det finns i mitt tycke anledning att skilja på de råd som ges i en specialtidskrift enbart inriktad på att ge sina prenumeranter råd i placeringsfrågor och Aftonbladets söndagsbilaga. I synnerhet gäller detta vilken grad av tillit som kan anses vara befogad utifrån informationsmottagarens synvinkel. Om tidskriften utger sig för att tillhandahålla expertråd och dessutom vänder sig till en relativt snäv krets är det högst sannolikt att prenumeranterna har rätt att hysa en betydligt större tillit till dessa råd än om motsvarande råd publicerats i en vanlig dags- eller kvällstidning, med därpå följande ökande möjligheter utkräva ansvar. En samlad bedömning av rådgivningen och det

⁷⁸ Kleineman, Ren förmögenhetsskada, s. 519.

⁷⁹ Det finns anledning att i detta sammanhang nämna det så kallade floodgate-argumentet. Argumentet innebär att vid bedömandet av om ansvar kan inträda hänsyn tas till att skadans storlek och den skadelidande kretsen kan vara omöjlig att klart fastställa. Floodgate-argumentet härrör från amerikansk rätt som den utvecklades i rättspraxis under 1930-talet, se bl.a. Kleineman, Ren förmögenhetsskada s. 377 f.

⁸⁰ Kleineman, Ren förmögenhetsskada, s. 519-520.

förmedlande massmediet måste dock göras. Rådgivningen i sig måste vara ägnad att inge förtroende, detta gäller även det sätt på vilket den presenterades.

Sammantaget torde det för ansvar för råd som förmedlats genom massmedia krävas att det funnits en skadeuppsåt.⁸¹ Om ett sådant skadeuppsåt inte kan återfinnas är det möjligt att kombinationen av en tillitsskapande specialtidsskrift och culpa kan innebära att den av massmediefaktorn skapade skadeståndsrättsliga immuniteten genombryts. Detta är dock långt ifrån säkert. Kleineman uttalar angående massmedialt spridd information att "... denna information bör kunna ge upphov till ansvar endast i vissa speciella fall och att det från en tillitsteoretisk utgångspunkt får anses vara undantag att en faktisk tillit grundad på massmedialt spridd information bör anses vara befogad."⁸²

Det är uppenbarligen svårt att utkräva ansvar för culpösa råd som förmedlats via massmedia. Om ansvar ändå skulle inträda kommer den ansvarige utgivaren bli skadeståndsskyldig för de culpösa placeringsråd som ges av börsanalytikern X. I vart fall torde detta gälla om utgivaren haft möjlighet att kontrollera och revidera analytikerns uppgifter.

3.1.1.3.2.2.2. Marknadsbrev

En med massmedialt spridd information besläktad informationsväg är de marknadsbrev⁸³ som ges ut av de flesta fondkommissionärer.⁸⁴ Dessa har skiftande innehåll men består vanligtvis av en kortfattad kommentar till det rådande börsläget, analys av ränteläge och internationell konjunktur samt kommentarer kring branscher och enskilda aktier. Kommentarererna är ofta kortfattade och avhandlar på 4-5 meningar ett enskilt bolag utmynnande i en konkret köp- eller säljrekommendation. Men det finns också de kommissionärer som ägnar hela marknadsbrevet åt ett visst företag.

Likheten med massmedialt spridd information ligger i att råden inte är individuellt utformade och att råden sprids till ett relativt stort antal personer. Samtidigt föreligger det vad gäller marknadsbrev ett starkt kontraktsrättsligt förhållande mellan utgivaren/fondkommissionären och informationsmottagaren/kunden. Bedömningen måste därför göras utifrån en inomkontraktuell utgångspunkt. I avsaknad av inomkontraktuella regler har man dock att falla tillbaka på skadeståndslagen och dess praxis.

Frågan är om en fondkommissionärs råd skall ges olika tyngd beroende på om de förmedlas genom en tryckt, av fondkommissionären utgiven, skrift eller muntligen förmedlas kunden.

⁸¹ Kleineman, Ren förmögenhetsskada, s. 520.

⁸² A.a. s. 522.

⁸³ Vanliga namn är också vecko-/månadsbrev, newsletters m.m.

⁸⁴ Marknadsbrev distribueras antingen brevlades eller mailas till kunden.

Marknadsbrevet är en officiell informationskanal mellan kommissionär och kund. Råden riskerar inte att förvanskas eller förvrängas av andra inblandade som är fallet med andra publikationer. Råden ges mot ersättning, om inte direkt så i vart fall genom övriga avgifter som kommissionären tar ut. För att kunna avgöra om råd som förmedlas via marknadsbrev från en principiell ståndpunkt kan verka ansvarsgrundande för rådgivaren på samma sätt som direkt avgivna råd måste en helhetsbedömning göras. Det avgörande blir då om det finns fog för kunden att hysa samma tillit till placeringsråden i marknadsbrevet som denne hade kunnat hysa om råden levererats direkt av en företrädare för fondkommissionären.

Med ledning av vad som anförts ovan bör helhetsbedömningen mynna ut i att det principiella ansvaret för placeringsråden i marknadsbrevet blir lika stort som om råden avgivits direkt. Det faktum att råden förmedlats i skrift och dessutom till ett relativt stort antal personer innebär inte att råden ges samma betydelse som om de förmedlats via massmedia. Marknadsbrevet är en del av den kontraktuella relationen mellan kommissionären och kunden, det finns därför inte anledning att se annorlunda på ansvarsbedömningen i denna del.

3.1.1.3.2.2.3. Information över internet

Den ökade användningen av internet och så kallad databaserad information leder till att råd och upplysningar finner nya vägar att nå fram till sina mottagare. Med dessa nya vägar följer också nya områden där skadeståndsgrundande handlande kan förekomma. Vilket ansvar har innehavaren av en hemsida för information som återfinns på denna?

Information på internet är besläktad med den massmedialt spridda information som behandlats ovan. Likheterna ligger i den stora spridningen och den egentliga avsaknaden av kontraktrelation mellan informationsgivare och informationsmottagare. Det är dock vanligt att kommissionärernas hemsidor till del är öppna för alla och till del endast för kommissionärens kunder. Informationen kan sägas ha en såväl kontraktuell som massmedial karaktär.⁸⁵ Av detta skäl är det nödvändigt att ur ansvarshänseende skilja de olika delarna åt. Den information som kan läsas av alla hemsidans besökare kan liknas vid information som lämnas genom tidningar/tidskrifter och andra medier. Det är möjligt att argumentera för att det faktum att informationen kan inhämtas av en vid krets gör att hemsidans innehavare som huvudregel blir immun mot ansvar.

Det som skiljer hemsidans information från massmedialt spridd information är att hemsidan innehåller av kommissionären framställd och förmedlad information utan inblandning från någon ytterligare part. Detta bör i sig innebära ett större ansvar för informationsförmedlaren mot bakgrund i en ansvarsbedömning grundad på faktisk tillit.

⁸⁵ Kleineman, Ren förmögenhetsskada, s. 524.

Det är rimligt att en besökare på fondkommissionären X:s hemsida hyser större tillit till den information som ges där än om samma fondkommissionär uttalar sig i tidningen. Samtidigt måste det tas in i beräkningen att informationen ges gratis, att råden är utformade utan någon som helst hänsyn till den individuella informationsmottagaren och att detta minskar den befogade tillit som denne kan ha rätt att hysa.

Det föreligger en principiell möjlighet att en kommissionär kan bli ansvarig för information som förmedlas på den publika delen av dennes hemsida. Det är också möjligt att ansvar kan inträda i större utsträckning än vad som kan bli fallet för utgivaren av t.ex. en tidning. Detta till trots måste huvudregeln ändå vara densamma som för information förmedlad via massmedia. Det krävs åtminstone en befogad tillit till den förmedlade informationen i kombination med en inte obetydlig grad av culpa för att kommissionären skall kunna bli ansvarig för felaktiga råd som på detta sätt lämnats utanför ett kontraktsförhållande.

I förbigående bör nämnas att den information som kan inhämtas på den publika delen av fondkommissionärernas hemsidor ytterst sällan torde vara av sådan karaktär att de kan klassas som rådgivning. Den information som ges handlar vanligtvis om det allmänna ekonomiska läget och kan knappast någonsin verka skadeståndsgrundande.

När det sedan gäller den del av hemsidan som förutsätter att man som kund försetts med lösenord bör bedömningen bli likartad den som gjorts avseende de s.k. marknadsbrev. För att få tillgång till de råd som ges här måste informationsmottagaren vara kund hos kommissionären. Förekomsten av ett kontraktsförhållande är klart. Ansvarsbedömningen blir därför i denna del helt att bedöma utifrån inomkontraktuella regler. I avsaknad av sådana har man dock som alltid att falla tillbaka på skadeståndslagens regler.

Det principiella ansvaret för de råd som finns på den lösenordsförsedda delen av hemsidan bör i allt väsentligt bedömas på samma sätt som råden i marknadsbrev. De är en del av uppdragsförhållandet mellan kunden och kommissionären. Råden kommer från kommissionären direkt, utan risk för förvanskning. De är liksom marknadsbrev utformade för att tillgodose de egna kundernas önskemål, och en del av kommissionärens officiella information. Hemsidans råd bör därför bedömas på samma sätt som råd direkt till kunden eller genom utskickade marknadsbrev.

Vad sedan gäller den information som sänds från kommissionärerna till kunderna via mail eller flashar kan följande sägas. Placeringsråden som förmedlas via mail innehåller vanligtvis identiskt samma information som i kommissionärens marknadsbrev. Om marknadsbrevet sänds via mail eller brevlades spelar inte någon roll för kommissionärens ansvar.

Flasharna innehåller kortfattad och mycket färsk information. Detta innebär i sig att analysen bakom flashen inte är särskilt djupgående eller noggrann. Följden blir att dess innehåll i begränsad utsträckning är ägnad att inge tillit hos kunden, med påföljande begränsning av kommissionärens rådgivningsansvar.

3.1.2. Kausalitetsbedömningen

En i detta sammanhang, liksom förvisso i nästan all skadeståndsrätt, viktig fråga är kausalitetsbedömningen vid fastställande av kommissionärens ansvar. Särskilt viktig blir frågan när kommissionärens råd inte förmedlas personligen till kunden. Det är desto svårare att avgöra vad som är skadans orsak.

Som bekant gäller att skadeståndsskyldighet kräver att ett beteende förelegat som lett fram till skadan. Beteendet skall ha orsakat skadan.⁸⁶ Problemet blir i detta sammanhang att konstatera varifrån den skadegörande influensen har sitt ursprung och om skada verkligen inträffat till följd av denna influens. Detta är inte helt enkelt. Det får anses åligga den skadelidande att visa att han tagit fasta på kommissionärens råd och att detta råd föranlett en disposition som han annars inte skulle ha företagit. Följden av dispositionen skall vidare ha varit en ekonomisk förlust.

Ett vanligt argument från fondkommissionärernas för att undgå skadeståndsanspråk är att säga: "Vi ger bara råd, det är kunden som fattar beslutet." Härmed tycks avsikten vara att säga att det inte finns någon adekvat kausalitet mellan en culpös rådgivning från kommissionärens sida och kundens placeringsbeslut, med påföljande skada.

Ett illustrativt exempel på denna uppfattning ger ett yttrande av, i det här fallet, en bank i ett ärende inför Allmänna reklamationsnämnden:

"En fonrådgivares uppgift är att kunna ge information om hur värdepappersmarknaden ser ut för tillfället och vilka värdepapper våra rådgivare bedömer som intressanta på marknaden ... Det är sedan helt upp till kunden att ta ett beslut om kunden önskar göra någon placering och om sådant beslut tas vilken placering som skall göras."⁸⁷

Med detta avser banken understryka att man inte ansvarar för följderna av kundens beslut oavsett att detta företagits på basis av bankens rådgivning. Detta då ett visat samband saknas. Resonemanget är en aning märkligt eftersom man från rådgivarhåll i förlängningen tycks

⁸⁶ Frågan har tidigare diskuterats i avsnitt 2.2.2.1.

⁸⁷ Ärende nr. 92-5432 ARN.

mena att man tillhandahåller en tjänst som inte har någon inverkan på kundens slutliga val av placering. Varför skulle i så fall kunden fråga banken / fondkommissionären till råds?

Samtidigt finns det all anledning framhålla vikten av att den skadelidande kan visa att adekvat kausalitet föreligger mellan det avgivna rådet och den uppkomna skadan. På något sätt måste alltså kunden visa att det var just att han följde det culpösa rådet som gjorde att han åsamkades en förmögenhetsskada. Ur allmänna bevisbörderegler kan utläsas följande: Det åligger den rådfrågande visa att han vidtagit en disposition i förlitan på det felaktiga rådet. Det torde dessutom krävas att kunden visar att han inte skulle ha företagit den aktuella dispositionen om han hade givits ett korrekt råd. Denna disposition skall vidare ha föranlett en förlust som annars inte skulle ha uppkommit.

Alltså: Den rådfrågande måste visa att det var just kommissionärens culpösa, eller i vissa fall uppsåtligt felaktiga, placeringsråd som föranlett den inträffade skadan. Han måste vidare visa att den företagna, förlustbringande, dispositionen inte skulle ha vidtagits om det inte vore för kommissionärens råd, med följderna att rådgivaren orsakat den rådfrågande en utgift/förlust som annars inte skulle ha varit fallet. Lyckas den skadelidande med detta torde kommissionären bli ersättningskyldig upp till den skada som den rådfrågande lidit.⁸⁸

3.1.3. Ansvarsfriskrivningar och deras giltighet

Som berörts i avsnittet om befogad tillit ökar och minskar rådgivarens ansvar i takt med den tillit som den rådfrågande har fog att hysa till det avgivna rådet. Rådgivaren kan i viss utsträckning genom tillitsskapande eller tillitsminskande handlande själv reglera i vilken utsträckning ansvar kan komma att inträda mot uppdragstagaren.

En annan väg för rådgivaren att begränsa sitt ansvar är att använda sig av friskrivningsklausuler. Detta är också en möjlighet som används av fondkommissionärer i viss utsträckning.

I alla situationer där skadeståndsskyldighet kan inträda föreligger ett intresse för den presumtivt skadeståndsskyldige att skydda sig från ansvar. Så är naturligtvis också fallet när det gäller olika typer av rådgivning.

Rådgivaren kan utforma en friskrivning på ett antal sätt. Längst går sådana friskrivningar som avser all skadeståndsskyldighet, i vilket fall den skadelidande är hänvisad till andra befogenheter som avtalet kan ge honom. Ett något mindre omfattande alternativ är att

⁸⁸ Bevisbördefrågor vid finansiell rådgivning behandlas även i samband med avsnitt 4.1.

rådgivaren begränsar sitt ansvar till att omfatta endast vissa skadetyper. Ett tredje alternativ är en beloppsbegränsning av ansvaret.⁸⁹

Rättspraxis på området ansvarsfriskrivning för rådgivare är så gott som obefintlig. I NJA 1987 s 692 uttalar dock HD ett principiellt stöd för sådana ansvarsfriskrivningar. Man uttalar att skadeståndsansvar för den som yrkesmässigt åtar sig fastighetsvärderingar kan inträda såväl mot uppdragsgivaren som mot tredje man "såvida inte förbehåll om frihet från sådant ansvar gjorts i intyget".⁹⁰ Om friskrivningen kan få verkan mot tredje man bör den naturligtvis få verkan även mot uppdragsgivaren.

Det finns dock begränsningar i den utsträckning friskrivningar godtas. Till att börja med anses en friskrivning från skadeståndsskyldighet inte vara giltig i de fall där den skadeståndsskyldige handlat uppsåtligt eller grovt vårdslöst.⁹¹ Något annat vore i sig orimligt.

En ytterligare faktor som kan verka inskränkande på möjligheten för en rådgivare att friskriva sig är det s.k. professionsansvaret. Heuman hävdar att friskrivningsrätten inte bör sträcka sig längre än vad som betingas av professionsansvaret, d.v.s. det vore orimligt om rådgivaren kunde friskriva sig från allt ansvar för arbete på det område inom vilket han utger sig för att vara professionell yrkesutövare.⁹² En sådan friskrivning skulle dessutom skada yrkeskåren då rådgivaren inte ens skulle stå för de råd han ger inom sitt eget gebit.

Det kan ifrågasättas om det är kommersiellt möjligt att införa långtgående ansvarsbegränsningar för en rådgivare. Det är sannolikt tveksamt om en uppdragsgivare skulle anlita en rådgivare som inte tänker ta ansvar för sitt uppdrag.⁹³ Även frågan om det som professionsutövare är etiskt möjligt att i avtalet föra in generella friskrivningar torde behöva tas i beaktande här.⁹⁴

Det är inte bara professionsansvaret som gör det svårt att acceptera generella friskrivningar. Även 36§ avtalslagen riskerar att sätta käppar i hjulen för rådgivaren. Allt för generella friskrivningar har inte tillåtits i praxis. En jämkning i domstol kan bli följden.

Generella ansvarsfriskrivningar kan uppenbarligen inte rekommenderas, särskilt inte om den rådfrågande är en konsument. Det som ligger närmast till hands för rådgivare av typen

⁸⁹ Hellner, Speciell avtalsrätt II 2:a häftet, s. 225-226.

⁹⁰ NJA 1987 s 692, s. 703.

⁹¹ A.a. s. 226.

⁹² Heuman, Advokatens rättsutredningar, s. 32.

⁹³ Smiciklas, Rådgivare har ansvar mot tredje man, Balans nr 12 1988 s. 49.

⁹⁴ Kleineman, Rådgivares informationsansvar, SvJt 1998 s. 205.

fondkommissionär torde vara en beloppsmässig ansvarsbegränsning. Ansvaret för felaktig rådgivning begränsas alltså till 1 eller 10 miljoner. Härigenom slipper man undan den generella friskrivningens osäkerhetsmoment samtidigt som tydliga spelregler erhålles. Rådgivaren ansvarar fortfarande för sina felaktiga råd, vilket är ett viktigt inte minst ur förtroendesynpunkt, samtidigt som denne har större möjligheter att ha kontroll över sin verksamhet då det maximala skadeståndsbeloppet är känt på förhand.

Ett verkligt exempel på en fondkommissionärs ansvarsfriskrivning kan vara illustrativt:

"Denna publikation är en sammanställning och bearbetning av information som i god tro inhämtats från källor som bedömts som tillförlitliga. X Fondkommission kan dock inte garantera riktigheten i denna information. X Fondkommission påtar sig inte något ansvar för förluster eller skada som uppkommit genom beslut grundat på material i föreliggande publikation."⁹⁵

Som synes är friskrivningen relativt långtgående. Kommissionären har valt vad som närmast kan ses som en påföljdsfriskrivning. Man frånsäger sig ansvar för de negativa följderna av rådgivningen.

Friskrivningen har en generell karaktär och löper som sådan en särskild risk att kunna angripas med stöd av 36§ AvtL, i synnerhet om den tillämpas i ett förhållande mellan näringsidkare och konsument. Den här använda friskrivningen syftar dock enbart till att undgå påföljderna om rådet skulle visa sig vara felaktigt. En jämförelse skulle härvidlag kunna göras med praxis på det fastighetsrättsliga området där man accepterat generella påföljdsfriskrivningar.⁹⁶ Formuleringen "... avstår med bindande verkan från alla anspråk..." har ansetts godtagbar då dess innebörd varit klar, trots den generella karaktären.⁹⁷ Den av kommissionären använda friskrivningen torde kunna accepteras, säkert är det dock inte mot bakgrund av avsaknaden av praxis på rådgivningsområdet.

I vart fall ser det inte förtroendeingivande ut att en kommissionär inte anser sig kunna ta ansvar varken för sin informationsinsamling eller för sin bedömning av det insamlade materialet som leder fram till en rekommendation. Jämför även med vad Heuman uttalat om professionsansvaret ovan.

⁹⁵ Exemplet hämtat från en av fondkommissionärernas veckobrev. Detta förmedlas såväl via post som internet. Kommissionärens namn utbytt mot X Fondkommission då avsikten inte är att peka ut ett visst företag.

⁹⁶ Se Grauers, Fastighetsköp, s. 206 ff.

⁹⁷ Formuleringen återfinns bl.a. i fallen NJA 1975 s 545 och NJA 1976 s 217.

I realiteten bör rådgivarens möjlighet att teckna ansvarsförsäkring utnyttjas, med de positiva effekter som detta medför.

3.1.4. Är fondkommissionären specialist?

I avsnitt 2.2.3.4. ovan har det s.k. specialistansvaret analyserats. Där konstaterades, bl.a. med ledning i rättsfallet NJA 1981 s 1091, att ett strängare rådgivningsansvar kan utkrävas av den yrkesutövare som utger sig för att vara specialist.

Fondkommissionärer kan sägas ha en form av specialistkompetens på området kapitalplaceringar, med kunskaper och erfarenheter långt utöver vad som finns på t.ex. ett ordinärt bankkontor. Frågan blir om fondkommissionärer i allmänhet kan ur skadeståndshänseende anses vara specialister med därpå följande ansvarsökning?

För att svara på den frågan måste man se på den bild som kommissionären förmedlat till sina kunder. I NJA 1981 s 1091 hade LEAB utåt givit intryck av att ha specialistkompetens på ett visst rättsområde (fastighetsrätt), med påföljd att man också fick det tyngre ansvar som detta förde med sig. Det samma torde gälla för fondkommissionärer. Har kommissionären utgivit sig för att vara specialist på ett bestämt område blir hans ansvar därefter. Det faktum att fondkommissionärer i allmänhet får anses besitta hög kompetens på området för kapitalförvaltning leder i sig inte till ett specialistansvar. Däremot torde följderna bli att ansvaret för rådgivningen generellt sett sätts högre för yrkesgruppen av detta skäl. Här har frågan om kundens befogade tillit betydelse.

Utöver det faktum att kommissionären skall ha förmedlat att han anser sig vara specialist torde det för specialistansvar även krävas att kunden erhållit denna information, och att han på grundval av denna information valt att ge kommissionären ett uppdrag. I så fall har kunden rätt att förvänta sig att hans uppdrag handhas med specialistkompetens. Detta oavsett vem av kommissionärens anställda som utför uppdraget.

3.2. Fondkommissionärens ersättningsskyldighet

I en situation där ett anförtrott uppdrag inte utförts på ett tillfredsställande sätt finns det i praktiken få sätt att reparera den skada som inträffat.

I vissa fall kan man tänka sig att uppdragstagaren bereds möjlighet att avhjälpa felet. Så kan vara fallet t.ex. om det är praktiskt möjligt att återskapa samma situation som den ursprungliga. Det torde dock inte vara möjligt att tvinga fram en sådan lösning via domstol.

När det gäller placeringsråd är den enda realistiska ersättningsvägen skadestånd. Det är inte möjligt att genom ett nytt, korrekt, placeringsråd läka den skada som det tidigare rådet orsakat.

3.2.1. Skadeståndsberäkningen för finansiella rådgivare

I utomobligatoriska skadesituationer gäller som tidigare (avsnitt 2.1.3.) omtalats principen att den skadelidande skall försättas i samma förmögenhetssituation som om skadan inte inträffat. Den skadelidande skall återfå vad som gått honom förlorat genom det dåliga rådet. Har rådet föranlett en förmögenhetsförlust på 10.000:- skall den skadelidande återfå detta belopp, dock inte mer än så.

I ett inomobligatoriskt förhållande gäller att det positiva kontraktsintresset skall ersättas om rådgivaren inte uppfyllt sin del av avtalet. Om kommissionären garanterat ett visst resultat råder det inget tvivel om att skadeståndet blir liktydigt med skillnaden mellan det faktiska utfallet och det garanterade. Om felet istället ligger i att kommissionären brustit i sitt professionsansvar blir skadeståndsberäkningen mer komplicerad. Kunden skall i de fall där kommissionären inte utfört en professionellt försvarlig insats i ekonomiskt hänseende sättas i situationen som om den senare faktiskt hade utfört en sådan insats.⁹⁸

Ett exempel kan vara belysande: Om en professionellt försvarlig insats hade renderat kunden en vinst på 25.000:-, men det verkliga utfallet endast blir 15.000:- p.g.a. att kommissionären brustit i sitt professionsansvar skall ersättning utgå med mellanskillnaden, 10.000:-. Detta oavsett om kommissionären övertygat kunden att företa dispositionen genom att påstå att ett sannolikt utfall skulle bli en vinst på 75.000:- (så länge han inte garanterat detta utfall).

Det är uppenbart att det är förenat med vissa svårigheter för kunden att visa, förutsatt att kommissionären fullgjort sitt uppdrag korrekt, vilket utfall som skulle blivit följderna av en gjord investering. I dessa lägen kan det vara mer fördelaktigt för den skadelidande att yrka ersättning för det negativa kontraktsintresset. Härmed avses att den skadelidande sätts i samma situation som om något avtal över huvud taget inte kommit till stånd. Detta alternativ är bara intressant om den företagna dispositionen varit förlustbringande.

Som synes går det i teorin bra att fastställa skadans storlek, i praktiken är det desto svårare. I kontraktsförhållanden har man dock den fördelen att man på förhand kan avtala om hur skadeståndet skall beräknas.

⁹⁸ Lyngge Andersen/Møgelvang-Hansen, Finansiell rådgivning, s. 46.

3.2.2. Jämkning av finansiella rådgivares skadeståndsskyldighet

I svensk rätt gäller som en allmän princip att den som ådragit sig skadeståndsskyldighet skall ersätta hela den skadelidandes förlust, oavsett skadans storlek eller graden av vållande.⁹⁹ Ingen regel utan undantag heter det ju, och just denna regel är försedd med många sådana. Skadevällaren har möjlighet att av olika skäl få sin skadeståndsskyldighet jämkad. Av intresse här är SkL 6:1 2st och 6:2.

6:1 2st rör frågan om vållande på den skadelidandes sida har medverkat till skadan. Frågan torde vara besläktad med den om skadeståndsskyldighet för rådgivaren ö.h.t. har uppkommit. Den skadelidandes vållande torde i detta sammanhang kunna gå ut på att han lämnat oriktiga upplysningar eller förtigt information för kommissionären.

6:2 medger att skadeståndsskyldigheten jämkas om den är oskäligt betungande m.h.t. skadevällarens ekonomiska förhållanden. Skadeståndet skall jämkas efter vad som är skäligt. Härvid skall beaktas den skadelidandes behov av skadeståndet och omständigheterna i övrigt.

Regeln i 6:2 kan tillämpas, förutom på all skadeståndsskyldighet som faller under SkL, också på ansvar enligt speciallagstiftning, icke lagfästa regler och kontraktsrättsliga regler.¹⁰⁰

Avsikten bakom 6:2 kan till del sägas vara att den presumptive skadevällaren i första hand skall skaffa en ansvarsförsäkring.¹⁰¹

Lagtextens krav på att skadeståndsskyldigheten skall vara oskäligt betungande kan aldrig anses vara uppfyllt när skadeståndet täcks av den skadeståndsskyldiges ansvarsförsäkring.¹⁰² Om en finansiell rådgivare skulle sakna ansvarsförsäkring utan att kunna anföra godtagbart skäl innebär det att möjligheten till jämkning går förlorad.¹⁰³

En fondkommissionär kan således förväntas ha en tillfredsställande ansvarsförsäkring. Här har det betydelse bl.a. hur stor fondkommissionärsfirman är för att fastställa i vilken utsträckning man bör vara ansvarsförsäkrad.¹⁰⁴

Om kommissionären har en ansvarsförsäkring, men denna inte till fullo täcker den uppkomna skadan torde jämkning av kommissionärens ansvar kunna ske i denna del enligt SkL 6:2, förutsatt att den tagna ansvarsförsäkringen kan anses tillfredsställande.

⁹⁹ Hellner, Skadeståndsrätt, s. 429.

¹⁰⁰ A.a. s. 430.

¹⁰¹ A.a. s. 429.

¹⁰² Prop 1975:12 s. 176.

¹⁰³ Kleineman, Rådgivares informationsansvar, SvJt 1998 s. 209. Se även NJA 1992 s 782.

¹⁰⁴ A.a. s. 209.

4. Finansiella rådgivares ansvar i framtiden

Efter att ha granskat de finansiella rådgivarnas ansvar av idag, sådant det ter sig i gällande lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och inte minst en relativt rikhaltig doktrin, finns det anledning att rikta blickarna framåt. Inte minst gäller detta mot bakgrund i det färska kommittébetänkande som just till stor del berör konsumenternas ställning i relation till sina finansiella rådgivare.

4.1. Konsumentpolitiska kommitténs betänkande

Den 3/4 2000 avgav konsumentpolitiska kommittén sitt betänkande till finansdepartementet. En viktig del av detta betänkande rörde reglering av ansvar för finansiell rådgivning.

Rådgivare som marknadsför sig som kunniga och som innehavare av sakkunskap om olika placeringar måste enligt kommittén ha långtgående förpliktelser när det gäller att upplysa om möjliga konsekvenser och risker med en föreslagen placering.

Rådande allmänna rättsregler ger enligt kommittén inte konsumenterna ett tillräckligt skydd vid vårdslös finansiell rådgivning.¹⁰⁵ Kommittén föreslår att de finansiella institutens ansvar för rådgivning vid finansiella tjänster förstärks genom civilrättslig lagstiftning. Denna lagstiftning skall vara tvingande till konsumentens förmån.¹⁰⁶

Kommittén föreslår att konsumenternas ställning bör förstärkas genom:

- en lättnad i konsumentens bevisbörda,
- en skyldighet för rådgivaren att dokumentera uppdraget och
- en skyldighet för rådgivaren att med omsorg tillvarata konsumentens intressen.¹⁰⁷

Det ursprungliga förslaget innehöll ett förslag om omkastad bevisbörda, dvs det skulle ankomma på rådgivaren att visa att han inte handlat culpöst. Detta förslag kritiserades dock starkt och ersattes av det mildare förslaget om lättnad i konsumentens bevisbörda. Det normala är, när man talar om bevisbörda, att den skadelidande har att visa såväl skadan och dess omfattning som övriga skadeståndsgrundande omständigheter. Kommittén framför den

¹⁰⁵ Finansiella tjänster från ett konsumentperspektiv - SOU 2000:29, s. 157.

¹⁰⁶ A.a. s.157.

¹⁰⁷ A.a. s. 157.

bevisregel som i viss utsträckning kommit att användas i försäkringsrättslig praxis.¹⁰⁸ Denna går ut på att den av en konsument vid en tvist påstådda förklaringen vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter skall framstå som mer antaglig än motpartens förklaring.¹⁰⁹ På så vis kan konsumentens situation underlättas.

När det gäller rådgivarens skyldighet att med omsorg tillvarata konsumentens intressen anser kommittén en möjlig väg vara att förplikta den förstnämnde att leva upp till god yrkessed på området. Häri ligger att han skall lämna de råd och den information som skäligen kan förväntas av en fackman av denna typ. T.ex. avråda en konsument från att genomföra en viss åtgärd.¹¹⁰

I kommittébetänkandet betonas att området ansvar för finansiell rådgivning behöver reformeras. Man lyfter fram det oklara rättsläget som en faktor av betydelse. Det råder dock betydande oenighet kring behovet av en ansvarsreform. En tydlig skiljelinje går mellan de organisationer som företräder rådgivarna och de mer konsumentorienterade organisationerna.

För att få en bättre överblick över den allmänna uppfattningen av ansvaret för finansiell rådgivning, i synnerhet mot bakgrund i konsumentpolitiska kommitténs betänkande, kontaktades företrädare för branschorganisationen Fondbolagensförening, tillsynsmyndigheten Finansinspektionen. Samt Allmänna reklamationsnämnden, Konsumenternas bankbyrå, Konsumentverket och Aktiespararnas förening.

Förslaget om utökat ansvar för finansiell rådgivning har kritiserats av fondhandlarna, bankerna och försäkringsbolagen. Man menar att det framför allt är lättnaden i bevisbörda för konsumenten som skulle få negativa konsekvenser.

Svenska fondhandlareföreningen framhåller självreglering som den rätta vägen. Gemensamt upprättade och efterlevda regler om hur rådgivningsverksamhet skall bedrivas ger ett bättre resultat än lagstiftning.¹¹¹

Aktiespararnas förening och Konsumenternas bankbyrå å sin sida är positivt inställda till förslagen i kommittébetänkandet. Man menar att nuvarande praxis gör det onödigt svårt för de finansiella rådgivarnas kunder att utkräva ansvar för felaktig rådgivning. Dessa organisationer uttalade att man idag brukar avråda konsumenter från att kräva ersättning för felaktig rådgivning p.g.a. tung bevisbörda och sträng rättspraxis. Detta skulle i inte obetydlig

¹⁰⁸ Se t.ex. NJA 1984 s 501 och NJA 1986 s 358.

¹⁰⁹ Finansiella tjänster från ett konsumentperspektiv - SOU 2000:29, s. 156.

¹¹⁰ A.a. s. 157.

¹¹¹ Telefonintervju med företrädare för Svenska fondhandlareföreningen 2000-04-17.

utsträckning kunna förändras om de föreslagna förändringarna genomfördes. Konsumenternas bankbyrå menar att redan betänkandet får betydelse i så måtto att banker och fondkommissionärer genom självreglering kommer försöka undvika ny lagstiftning. Härigenom menar bankbyrån att konsumenternas ställning på området kan förbättras relativt snart.¹¹²

Att organisationer som representerar rådgivarna respektive kunderna har olika syn på kommittébetänkandet är i sig inget att förvånas över. Dessa är intresseorganisationer med uppgift att företräda olika grupperingar.

Frågan om konsumenternas ställning i relation till de finansiella rådgivarna behöver stärkas är i hög grad av rättspolitisk karaktär. En åsikt de lege ferenda i frågan grundas med nödvändighet i den uppfattning man har dels om vilken skyddsnivå konsumenterna skall ha och dels om hur stränga krav på de finansiella rådgivarna som det rimligt att ställa. Det är uppenbart att skyddsintresset avseende konsumenterna i viss utsträckning står emot de finansiella rådgivarnas intresse av att inte översvämmas av skadeståndsanspråk.

Det finns en möjlighet att de finansiella rådgivarnas ansvar kommer skärpas i framtiden med påföljd att domstolarna kommer döma till ansvar i större utsträckning än hittills. På detta tyder åtminstone Konsumentpolitiska kommitténs betänkande. Denna förestående förändring torde välkomnas av bl.a. Pålsson & Samuelsson som menar att de svenska domstolarna ser på finansiella placeringar som riskfyllda och att avsaknaden av uttryckliga garantier innebär ansvarsfrihet för rådgivaren.¹¹³ Deras studie av bankernas ansvar för finansiell rådgivning ger vid handen att såväl ARN som tings- och hovrätter intar en restriktiv hållning till att döma i den missnöjda kundens förmån.¹¹⁴

Det torde dock vara så att en stor del av den kritik, och även skadeståndsanspråk, som riktas mot finansiella rådgivare baseras på att resultatet av rådgivningen inte blivit vad kunden väntat sig. Det är av yttersta vikt att man inser skillnaden på rådgivarens metodansvar och dennes resultatansvar. Har en finansiell rådgivare, det må vara en bank eller en fondkommissionär, på ett korrekt sätt rådggett en kund i en placeringsfråga och kunden sedan valt att låta utföra den föreslagna placeringen som i sin tur utfaller med ett negativt resultat kan ingen skugga falla på rådgivaren. Det är inte möjligt att med 100% säkerhet sia om framtida utveckling för en enskild investering, eller för marknaden som helhet. Denna risk för investeringens utfall måste ligga på kunden.

¹¹² Telefonintervjuer genomförda under vecka 15.

¹¹³ Pålsson/Samuelsson, Tvister på de finansiella marknaderna, JT nr 1 99/2000 s 115.

¹¹⁴ Pålsson/Samuelsson, SvJt 1999 s 529 ff.

5. Avslutande kommentarer

En professionell rådgivares kunder har ett berättigat intresse av att kunna förvänta sig vederhäftiga och noggrant utarbetade råd. De har ett berättigat intresse av att i ett förtroendeingivande uppdragsförhållande kunna tryggt förlita sig på att råden förmedlas på ett pedagogiskt sätt, tas fram genom en korrekt metod med beaktande av kundens personliga omständigheter och preferenser. Kunderna har däremot inte rätt att förvänta sig att rådgivarens förslag kommer att få ett visst, bestämt, eller kanske ens önskvärt utfall såvida inte rådgivaren explicit eller implicit garanterat detta.¹¹⁵

Rådgivningsansvaret är i mångt och mycket ett professions-, eller om man så vill metodansvar. Detta betyder att frågan om rådgivaren skall anses ha felat bedöms utifrån hur han utfört sitt uppdrag jämfört med hur han bort utföra detsamma. Rådgivarens faktiska agerande jämförs med en fastlagd och accepterad norm. Finns det en avvikelse här som beror på rådgivaren, uppsåtliga eller av oaktsamhet, skall han ansvara för den skada som åsamkats uppdragsgivaren.

Denna fastlagda och accepterade norm fylls med olika innehåll beroende på vilken yrkesgrupp som granskas. För gruppen finansiella rådgivare gäller allmänt att dessa bör ta utgångspunkt i den rådfrågandes individuella förhållande, främst då ekonomiska såsom förmögenhets- och inkomstförhållanden. Hur är den rådfrågandes förmögenhet sammansatt? Vilken placeringshorisont har denne? Vilket risktagande kan tolereras?

Det åligger vidare rådgivaren att förmedla riskerna med de föreslagna placeringsalternativen, samt att förvissa sig om att den rådfrågande har insett följderna av dessa risker.

Samtidigt måste man vara medveten om att alla rådfrågande inte har samma rätt att ställa krav på rådets utformning och lämplighet för deras personliga vidkommande. De krav som kan ställas på rådgivningen är beroende av ett antal faktorer. Dessa faktorer är dels vilken avtalsrättslig relation som kunden har till rådgivaren, dels för vilka kunder råden är utformade och dels hur dessa råd förmedlas till mottagarna.

En fondkommissionärs rådgivningsansvar är störst när han har en nära avtalsrättslig relation till den rådfrågande, där relationen kräver att kommissionären beaktar såväl kundens personliga förhållanden och preferenser som mer allmänna spørsmål som vedertagna ekonomiska teorier och annan tillgänglig information relaterad till föreslagna placeringar.

¹¹⁵ Med undantag möjligen för s.k. betydande avvikelser i enlighet med HD:s uttalande i Kone-fallet.

En betydelsefull faktor vid ansvarsbedömningen av all form av rådgivning är frågan om i vilken utsträckning den rådfrågande haft fog att förlita sig på det avgivna rådet. Detta beror såväl på rådets innehåll som på det sätt på vilket det förmedlas. Rådgivningsansvaret är avhängigt av att den rådfrågande förlitat sig på rådet och agerat därefter. Har den rådfrågande inte gjort detta blir följden att rådgivarens ansvar mildras eller rentav bortfaller helt.

Att ansvar skulle komma att inträda för de råd och uppfattningar som kommissionären ger uttryck för i massmedia synes med stöd dels av SkL 2:4 och inte minst med stöd av frågan om befogad tillit och skadeståndsrättslig immunitet, för de fall relationen mellan kommissionären och informationsmottagaren kan anses kontraktliknande, som i normala fall föga troligt.

Även för dessa råd är det dock möjligt att massmediafaktorns immunitetsverkan kan genombrytas och rådgivningsansvar inträda om förhållandet mellan informationsgivare och -mottagare vid en samlad bedömning kan anses, utifrån tillitsteoretisk och kontraktsrättslig synvinkel, vara tillräckligt starkt. Det torde dock krävas att det nära förhållandet är förenat med en icke obetydlig grad av culpa från rådgivarens sida.

Vid en sammantagen bedömning av rådgivningsansvaret, sådant det gestaltar sig i svensk rätt, finns det enligt min uppfattning relativt goda möjligheter för de finansiella rådgivarnas kunder att utkräva ansvar. Rättspraxis från slutet av 1980-talet och fram till idag har tydligt pekat ut huvuddragen för hur professionella rådgivare skall utföra sitt uppdrag för att undvika skadeståndsansvar. Dessa huvuddrag får sedan anses ha fyllts ut och analyserats i doktrinen. Detta gäller för de situationer då förhållandet mellan rådgivare och rådfrågande är inomkontraktuellt, eller i vart fall kan klassas som sådant.

För de renodlat utomobligatoriska förhållanden där någons råd kommit att förorsaka den rådfrågande en ren förmögenhetsskada gäller fortfarande domstolarnas tämligen strikta bedömning av skadeståndslagens spärregel - 2:4. Samtidigt ligger det i samhällets och rättsordningens intresse att hålla nere denna typ av skadeståndsanspråk. Anspråk på ersättning för culpös rådgivning utanför kontraktrelationer kan sällan anses vara berättigade, åtminstone inte från någon form av tillitsteoretisk synvinkel.

Som framgår av den företagna undersökningen av svenska fondkommissionärers rådgivning säger man sig noggrant granska och analysera räkenskaper, ledning och produktion hos de företag man väljer att rekommendera sina kunder att bli delägare i. Man anpassar vidare, i de fall då så är möjligt, råden och informationen kring dessa till den enskilde kunden, hans förutsättningar och preferenser. Fondkommissionärernas rådgivning får därför i mångt och

mycket sägas uppfylla de uppställda krav på professionalism som kan ställas med stöd av rättspraxis, framför allt på närliggande områden, och doktrin.

Det tycks mot denna bakgrund överdrivet att det bland kommissionärerna förekommer långtgående generella friskrivningar från ansvar för på vilket sätt man låtit utföra sitt uppdrag. Invändningar mot giltigheten av dessa friskrivningar torde kunna riktas från avtalsrättsligt håll. Dessutom är det ett dåligt betyg på en yrkesgrupp att man inte törs stå för att man utfört det uppdrag man betalats för att göra på ett korrekt sätt. I stället borde man utnyttja de möjligheter till skydd som en ansvarsförsäkring erbjuder.

Källförteckning

Litteratur

Böcker:

- § Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I, 10:e upplagan, Juristförlaget, Lund 1995.
- § Andersson; Håkan, Skyddsändamål och adekvans - om skadeståndsansvarets gränser, Iustus förlag, Uppsala 1993.
- § Bengtsson, Bertil, Särskilda avtalstyper I, 2:a upplagan, Norstedts, Stockholm 1976.
- § Bernitz, Ulf, Festskrift till Jan Hellner, Norstedts, Stockholm 1984.
- § Grauers, Folke, Fastighetsköp, 14:e upplagan, Juristförlaget, Lund 1998.
- § Hellner, Jan, Skadeståndsrätt, 5:e upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1995.
- § Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II - Kontraktsrätt 1:a häftet. Särskilda avtal, 3:e upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1996.
- § Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II - Kontraktsrätt 2:a häftet. Allmänna ämnen, 2:a upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1993.
- § Heuman, Lars, Advokatens rättsutredningar - metod och ansvar, Juristförlaget, Stockholm 1987.
- § Holmberg, Carl, Hult, Bengt, Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne, Kommentarer till Brottsbalken Del I, 6:e upplagan, Norstedts, Stockholm 1995.
- § Hultmark, Christina, Kontraktsbrott vid köp av aktie, Juristförlaget, Stockholm 1992.
- § Kleineman, Jan, Ren förmögenhetsskada, Juristförlaget, Stockholm 1987.
- § Lynge Andersen, Lennart & Mögelvang-Hansen, Peter, Finansiell rådgivning - Et debatoplaeg om pengeinstitutternes rådgivningsansvar, Thomson Information A/S, Köpenhamn 1997.
- § Samuelsson, Morten & Søgaard, Kjeld, Rådgiveransvaret, Forsikringshøjskolens Forlag, Köpenhamn 1993.
- § Samuelsson, Per, Information och ansvar, Norstedts, Stockholm 1991.
- § Simonsen, Lasse, Prekontraktuellet ansvar, Universitetsforlaget, Oslo 1997.
- § Olbert, Lars, Aktiehandboken, 2:a upplagan, Finansförlaget, Lund 1988.
- § Tiberg, Hugo & Dotevall, Rolf, Mellanmansrätt, 9:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1999.

§ Veres, Tibor & Jacobsson, Ingrid, Handbok för kapitalplacering, Norstedts, Stockholm 1988.

§ Wiedersheim-Paul, Finn & Eriksson, Lars Torsten, Att utreda, forska och rapportera, Liber-Hermods, Malmö 1991.

§ Wiklund, Holger, God advokatsed, Norstedts, Stockholm 1973.

Tidskrifter:

§ Bengtsson, Bertil, Skadestånd utom kontraktsförhållanden 1976-1979, Svensk Juristtidning 1981, s 519.

§ Bengtsson, Bertil, Svensk Juristtidning 1993 s 781.

§ Kleineman, Jan, Rådgivares informationsansvar - en probleminventering, Svensk Juristtidning Nr 3 1998, s 185.

§ Pålsson, Ann-Marie & Samuelsson, Per, Banks ansvar för ekonomisk rådgivning, Svensk Juristtidning Nr 5 1999 s 529.

§ Pålsson, Ann-Marie & Samuelsson, Per, Tvister på de finansiella marknaderna, Juridisk Tidskrift nr 1 1999/2000 s. 99.

§ Smiciklas, Martin, Rådgivare har ansvar mot tredje man, Balans Nr 12 1988.

Offentligt tryck:

§ Proposition 1984/85:90

§ Proposition 1972:5

§ Proposition 1975:12

§ SOU 2000:29

Rättsfall och avgöranden:

NJA 1957 s 621

NJA 1975 s 545

NJA 1976 s 217

NJA 1981 s 1091

NJA 1987 s 692

NJA 1991 s 625

NJA 1992 s 58

NJA 1992s 243

NJA 1992 s 782

NJA 1993 s 41 I och II

NJA 1994 s 532
NJA 1994 s 598
NJA 1995 s 693
NJA 1997 s 65

ARN 92-5432
ARN 93-1280

Telefonintervjuer

§ Ett antal fondkommissionärer. Då önskemål om anonymitet förekom har jag valt att inte namnge de tillfrågade kommissionärerna.

§ Aktiespararnas förening

§ Allmänna reklamationsnämnden

§ Finansinspektionen

§ Fondbolagens förening

§ Konsumenternas bankbyrå

§ Konsumentverket

§ Svenska fondhandlareföreningen