



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Susanne Forsberg

Fiduciary duties –  
*En analys av begreppet och dess  
inverkan på finansiella konglomerat*

Examensarbete  
20 poäng

Lars Gorton

Komparativ rätt, Civilrätt, Mellanmansrätt, Bankrätt,  
Associationsrätt

Vårterminen 2007

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>6</b>
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	6
1.5 Disposition	7
<b>2 FIDUCIARY DUTIES</b>	<b>8</b>
2.1 Bakgrund	8
2.1.1 Common Law	8
2.1.2 Equity	9
2.1.3 Trusts	10
2.1.4 Fiduciary duties	10
2.2 Definition	12
2.3 Vem är fiduciary?	14
2.3.1 Ställningsbaserade fiduciaries	14
2.3.2 Faktabaserade fiduciares	16
2.4 Vilka skyldigheter har en fiduciary?	17
2.4.1 Fiduciary Powers	18
2.4.1.1 Skyldighet att inte delegera bestämmanderätten	18
2.4.1.2 Skyldighet att inte agera enligt någon annans instruktioner	19
2.4.1.3 Skyldighet att inte lägga band på bestämmanderätten	20
2.4.1.4 Skyldighet att överväga huruvida bestämmanderätten ska utövas	21
2.4.1.5 Skyldighet att inte agera i sitt eget eller någon tredje mans intresse	22
2.4.1.6 Skyldighet att behandla förmånstagare med lika rättigheter lika	25
2.4.1.7 Skyldighet att behandla förmånstagare med olika rättigheter rättvist	26
2.4.1.8 Skyldighet att inte agera godtyckligt eller totalt oförnuftigt	27
2.4.2 Standards of Loyalty and Fidelity	27
2.4.2.1 Skyldighet att inte utöva otillbörligt inflytande	28
2.4.2.2 Skyldighet att inte missbruka egendom som innehas i egenskap av fiduciary.	30
2.4.2.3 Skyldighet att inte missbruka konfidentiell information	30
2.4.2.4 Förbud mot att köpa egendom som fiduciary:n hanterat och förvärvat konfidentiell information om under sitt tjänsteutövande.	33

2.4.2.5	Förbud mot intressekonflikt	33
2.4.2.6	Skyldighet att inte låta ett annat uppdrag påverka tjänsteutövandet	34
2.4.2.7	Skyldighet att iaktta särskilda bestämmelser vid köp av skulder och inteckningar som härrör från förmånstagarens egendom samt i fråga om förnyelser av arrenden och köp av egendom som återgått till överlåtaren.	35
2.4.2.8	Skyldighet att inte åsamka arbetsgivare skada.	37
<b>2.5</b>	<b>Hur långt sträcker sig skyldigheten?</b>	<b>37</b>
<b>2.6</b>	<b>Sanktion vid brott mot fiduciary duties</b>	<b>39</b>
<b>3</b>	<b>FINANSIELLA KONGLOMERAT</b>	<b>41</b>
<b>3.1</b>	<b>Bakgrund</b>	<b>41</b>
<b>3.2</b>	<b>Finansiella konglomerats verksamheter</b>	<b>41</b>
<b>3.3</b>	<b>Är finansiella konglomerat fiduciaries?</b>	<b>43</b>
<b>4</b>	<b>VILKA POTENTIELLA BROTT MOT FIDUCIARY DUTIES INNEBÄR FINANSIELLA KONGLOMERATS VERKSAMHETER?</b>	<b>47</b>
<b>4.1</b>	<b>Informationsflödet inom det finansiella konglomeratet</b>	<b>47</b>
<b>4.2</b>	<b>Exempel på konflikter inom finansiella konglomerat</b>	<b>48</b>
<b>5</b>	<b>HUR UNDVIKER FINANSIELLA KONGLOMERAT ATT BRYTA MOT SINA FIDUCIARY DUTIES?</b>	<b>52</b>
<b>5.1</b>	<b>Konkurrens</b>	<b>52</b>
<b>5.2</b>	<b>Kontraktuella tekniker</b>	<b>53</b>
5.2.1	Friskrivningsklausuler	53
5.2.1.1	Utgör själva friskrivningen i sig ett brott mot fiduciary duties?	53
5.2.1.2	Har fiduciaries en minimiskyldighet som inte går att avtala bort?	54
5.2.2	Definiering av skyldigheterna	56
5.2.3	Informera om intressekonflikter och inhämta medgivande	58
5.2.3.1	Tillräcklig information	58
5.2.3.2	Informationstidpunkten	60
5.2.3.3	Informationens form	60
<b>5.3</b>	<b>Strukturella tekniker</b>	<b>61</b>
5.3.1	Separation av olika funktioner	61
5.3.2	Specifikt förbud att agera vid akuta konflikter	62
5.3.3	Självständighetspolicies	63
5.3.4	”Stop”- och ”watch” listor	63
5.3.5	Chinese Walls	64
5.3.5.1	Vad är en Chinese Wall?	64
5.3.5.2	När väggen överskrids	65
5.3.5.3	Vilket skydd erbjuder Chinese Walls i praktiken?	66
<b>5.4</b>	<b>Övriga regler som påverkar fiduciaries</b>	<b>69</b>

<b>6 ANALYS</b>	<b>72</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>78</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>81</b>

# Summary

Every day people undertake to act in other people's interest. The independence enjoyed by the agent combined with the lack of possible immediate control by the respective principals has forced equity to interfere and impose an obligation upon the agent to act loyal in the best interest of the principal. This obligation is called *fiduciary duty*. The most basic questions; who is a fiduciary and what defines a fiduciary relationship are constantly debated and analyzed.

Fiduciaries can be divided into two categories; status based fiduciaries and fact based fiduciaries. The duties of fiduciaries can then be divided into "fiduciary powers", which intend to tie the fiduciaries' discretion, and "standards of loyalty and fidelity". These 16 concrete rules are not intended to be an exhaustive list of the duties a fiduciary is subject to. Many of these important rules affecting the modern commercial world of today originate from the past. Thus the problem consists of applying those rules on modern circumstances. The world presumed by the fiduciary regulation does no longer exist. The single practitioner carrying out one sole business through his one-man agency does still occur, but the big international multi-service enterprises with geographically dispersed branches and offices, which offer a variety of different services, are becoming far more common. Besides, today there are completely different ways of obtaining, storing, and recycling large quantities of information.

The basis of my analysis is the financial conglomerates, which offer a variety of services on the financial market, such as traditional banking business, insurance business and trading with securities. Within these multi-service enterprises primarily conflicts of interest occur, which highlights the problems with applying the fiduciary principles. Financial conglomerates have officially announced that they operate untied to fiduciary obligations. Within the doctrine financial institutions are not considered to act in fiduciary capacity unless they give the customer a legitimate expectation that the firm is acting in the client's, and not in its own interest. Fiduciaries cannot exclude liability for all their duties. The fiduciary relationship is based on trust and therefore the fiduciary is said to have a certain minimum obligation towards the beneficiary. Moreover, equity aims at creating fair results and applies independent of the contract. An exclusion of liabilities at law is not necessarily valid in equity.

To ensure protection against accusations of breach of fiduciary duties there are many techniques, which can be divided into two categories. The so called contractual techniques are contractually achieved between the parties and consist of clauses that modify or exclude specific obligations, and exhaustively disclose and inform about activities that otherwise would constitute a breach of fiduciary duties. The other category comprises so called structural techniques, whereby the businesses of the firm are

organized in a way that avoids or minimizes conflicts. This is done by the establishment of a so called Chinese Wall, which aims at isolating sensitive information and thereby restricting its flow. Firms can also use independence policies or separate lists, stating shares upon which trade restrictions apply.

According to my opinion, the best protection the financial conglomerates can obtain in order to avoid breaching its fiduciary duties, contains of a clear definition of the firm's obligations and an exclusion of all unwanted liability. Furthermore, the contract ought to inform that the firm, besides serving the client, can act in its own capacity, and that conflicts of interests therefore might arise. The more inexperienced and unsophisticated the client is, the more careful should the firm's representative explain the meaning of the clause. As soon as a real conflict of interest occurs, the firm must inform in more detail about the implications of the conflict. From the very beginning, it is important to explain that the client will not receive any confidential information. The final step consists of establishing a Chinese Wall.

# Sammanfattning

Varje dag åtar sig personer att handla i en annan persons intresse. Den frihet uppdragstagarna åtnjuter under utövandet av sina uppdrag i kombination med avsaknaden av möjlighet till direkt kontroll för deras respektive uppdragsgivare har gjort att *equity* gripit in och ålagt uppdragstagarna en skyldighet att handla lojalt i uppdragsgivarens intresse. Denna skyldighet kallas *fiduciary duty*. De mest grundläggande frågorna; vem som är en *fiduciary* och vad som definierar ett *fiduciary relationship*, är ständigt debatterade och analyserade.

*Fiduciaries* kan delas in i två olika kategorier; ställningsbaserade *fiduciaries* och faktabaserade *fiduciaries*. *Fiduciaries'* skyldigheter kan delas in i ”*fiduciary powers*”, vilka ämnar binda *fiduciary*:s handlingsfrihet och ”*standards of loyalty and fidelity*” (lojalitets- och plikttrohetskrav). Dessa totalt 16 konkreta regler anses inte vara en uttömmande uppräkningslista av de skyldigheter som åvilar en *fiduciary*. Många av de här viktiga reglerna som påverkar dagens moderna affärstransaktioner och verksamheter härstammar från det förgångna. Problemet består därför i hur de ska tillämpas under moderna omständigheter. Den värld som *fiduciary* regleringen förutsatt existerar inte längre. Den ensamma utövaren som bedriver en enda verksamhet genom sin enmansagentur förekommer fortfarande, men allt vanligare blir de stora internationella multitjänsteföretagen med geografiskt spridda filialer och kontor, som erbjuder en uppsjö olikartade tjänster. Dessutom finns idag helt andra möjligheter att införskaffa, lagra och återvinna stora mängder information.

Utgångspunkten för min analys är de finansiella konglomeraten, vilka erbjuder en rad olika tjänster på den finansiella marknaden, såsom traditionell bankverksamhet, försäkringsverksamhet och handel med värdepapper. Inom dessa multitjänsteföretag uppkommer framförallt intressekonflikter som väl belyser problematiken med tillämpningen av de *fiduciary* principerna. Finansiella konglomerat har offentligt tillkännagivit att de verkar obundna av *fiduciary duties*. Inom doktrinen anses finansiella institut inte agera som *fiduciaries* såvida de inte ger kunden en berättigad förväntan att företaget ska handla i kundens, och inte sina egna intressen. *Fiduciaries* kan inte friskriva sig från alla sina skyldigheter. Det *fiduciary* förhållandet baseras på tillit och därför anses *fiduciary*:n ha en viss minimiskyldighet gentemot förmånstagaren. *Equity* är dessutom till för att skipa rättvisa resultat och verkar oberoende av avtalet. Har man friskrivit sig från principerna *at law* är det inte säkert att man för den skull inte har skyldigheter *in equity*.

För att skydda sig mot anklagelser för brott mot *fiduciary duties* finns en rad olika metoder, vilka kan delas in i två kategorier. De s.k. *kontraktuella teknikerna* är lösningar som uppstår genom avtal parterna emellan och består av klausuler som ämnar modifiera eller exkludera specifika

skyldigheter, att uttömmande informera och upplysa om aktiviteter som annars skulle kunna konstituera ett brott mot *fiduciary duties*. Den andra kategorin består av s.k. *strukturella tekniker*, varigenom företagets verksamheter organiseras på ett sätt som undviker eller minimerar konflikter. Det sker genom upprättandet av s.k. *Chinese Walls*, vilka har för avsikt att isolera känslig information och därigenom kontrollera dess flöde. Företag kan också använda sig av självständighetspolicies, eller särskilda listor på vilka aktier det föreligger restriktioner för företaget att handla med.

Jag anser att det bästa skyddet de finansiella konglomeraten kan erhålla för att undvika att bryta mot sina *fiduciary duties* består av en tydlig definition av företagets skyldigheter och en exkludering av allt oönskat ansvar. Avtalet bör också informera om att företaget, utöver att tjäna kunden, kan agera för sig själv, och att intressekonflikter därmed kan uppstå. Ju mer oerfaren och osofistikerad kunden är, ju mer noga bör företagets representant gå igenom klausulens innebörd. När en reell konflikt väl uppstår, måste företaget informera mer ingående om vad konflikten innebär. Det är viktigt att redan från början upplysa om att kunden inte kommer att få ta del av någon sekretessbelagd information. Slutligen bör företaget upprätta en *Chinese Wall*.



# Förord

Med den här uppsatsen avslutar jag mina nästan 5 års juridikstudier i Lund och tar det stora steget ut i arbetslivet. Jag vill tacka alla mina underbara vänner som gjort att fikarasterna i kafeterian varit nästan lika långa som arbetspassen i tysta läsesalen. Jag vill också tacka mina föräldrar som tålmodigt fått korrekturläsa de otaliga uppsatser och pm jag skrivit under studietiden och Marcus som hjälpt mig att hålla humöret uppe. Sist men inte minst vill jag rikta ett hjärtligt tack till Lars Gorton, som introducerat mig till en rad intressanta juridiska frågeställningar och som ställt upp som min handledare.

Lund den 20 maj 2007

Susanne Forsberg

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

## 1.2 Syfte

Syftet med den här uppsatsen är att djupgående analysera begreppet *fiduciary duties* för att därefter kunna besvara frågorna; vem är en *fiduciary* och vilka skyldigheter medför en sådan kategorisering? Min tanke är vidare att undersöka hur man tillämpar en så gammal princip i dagens moderna samhälle. Utgångspunkten för den analysen är de finansiella konglomeraten, vilka erbjuder en rad olika tjänster på den finansiella marknaden, såsom traditionell bankverksamhet, försäkringsverksamhet och handel med värdepapper. Inom dessa multitjänsteföretag uppkommer framförallt intressekonflikter som väl belyser problematiken med tillämpningen av de *fiduciary* principerna.

## 1.3 Avgränsningar

*Fiduciary*-lagstiftningen spänner över alla rättsområden. Jag har i min undersökning valt att fokusera på förmögenhetsrätten, dvs. främst på associationsrätt, mellanmansrätt, avtalsrätt och bankrätt. Många principer är dock generella för alla rättsområden och därför diskuteras även bl.a. vissa familjerättsliga och skatterättsliga rättsfall.

När jag undersökt vilka potentiella brott mot *fiduciary duties* som uppkommer i praktiken har jag valt att undersöka de finansiella konglomeraten. Dels eftersom problemen i deras fall många gånger blir uppenbara och dels för att de är en relativt ny och problematisk företeelse med makalöst stort inflytande på den finansiella marknaden.

## 1.4 Metod och material

Uppsatsen bygger på traditionell rättsdogmatisk metod, dvs. studier av lagar, förarbeten, praxis och doktrin. Tonvikten har dock legat på de två sistnämnda, eftersom uppsatsämnet är ett fenomen i den engelska rätten, vilken bygger på praxis. Analysen av begreppet *fiduciary duties* är till stor del deskriptiv. Den baseras huvudsakligen på Finns och Shepherds böcker, vilka kompletteras med relevanta rättsfall. Avsnittet som behandlar finansiella konglomerat och de problem som uppstår inom ramen av deras verksamheter är mer problembaserat. Frågeställningarna bygger på den brittiska Law Commissions utredning om lagreglers överensstämmelse med

*fiduciary duties*. Även här har jag försökt exemplifiera med hjälp av rättsfall.

Vid författandet av den här uppsatsen har jag beaktat ett antal olika jurisdiktioner i förhoppningen att hitta en gemensam röd tråd. Jag har således använt mig av material som beskriver olika varianter av *common law* och jag kommer fortsättningsvis inte att poängtera huruvida informationen är hämtad ur en engelsk, amerikansk, kanadensisk eller australiensisk bok. Jag vill göra läsaren uppmärksam på att skillnader mellan jurisdiktionerna kan förekomma och att ett domstolsavgörande i en *common law* nation inte är bindande praxis i andra *common law* nationer. Däremot kan de ha *persuasive authority*, ett betydande inflytande, och det är min uppfattning att den doktrin och de rättsfall jag beaktat i det här arbetet ger utslag för en generell princip beträffande *fiduciary duties*.

Termen *fiduciary* översätts på svenska till förtroendeman. Men den svenska termen ger inte en rättvisande bild av *fiduciaries* mångfasetterade skyldigheter och någon direkt motsvarighet till institutet *fiduciary* existerar inte i svensk rätt. Jag har därför valt att behålla den engelska termen *fiduciary duties*. För att vara konsekvent pratar jag därför exempelvis också om *trust* och *trustee*, samt om *duties of good faith* och *underwriters*. Citat från praxis och doktrin har också bevarats på sitt ursprungliga språk.

Att jag ofta benämner *fiduciaries*, *trustees*, styrelseledamöter m.fl. med ”han” beror inte på att jag anser att det finns eller bör finnas flest män på de omnämnda positionerna. Det har inget annat syfte än att förenkla skrivandet och läsandet av den här uppsatsen och speglar således inte något ställningstagande i genusfrågor från min sida.

## 1.5 Disposition

Uppsatsen börjar med en kort introduktion till *fiduciary duties* som förklarar dess ursprung i *common law*, via det till lagen kompletterande regelverket *equity* och det institut som är paradigmen på *fiduciary*; *trusten*. Jag försöker därefter definiera begreppet *fiduciary* och analyserar utifrån det vilka som anses vara *fiduciaries* samt vilka skyldigheter en sådan klassificering medför. Jag undersöker också på hur långt en *fiduciary duty* sträcker sig och vilka konsekvenser ett brott mot skyldigheten får. Därefter tittar jag närmare på de s.k. finansiella konglomeraten och dess verksamheter. Jag utreder vilka problem som kan uppkomma och vilka *fiduciary duties* det är risk att företagen bryter mot i sin verksamhet, samt undersöker hur de kan undgå *fiduciary duties* genom t.ex. kontraktsskrivande och friskrivningar. Slutligen granskar jag andra övriga reglers, lagars och näringslivsreglers överensstämmelse med *fiduciary*-lagstiftningen, och undersöker hur ett företag vid eventuella konflikter dem emellan bör agera.

# 2 Fiduciary duties

## 2.1 Bakgrund

### 2.1.1 Common Law

Uppskattningsvis en tredjedel av jordens befolkning lever i länder med rättssystem som bygger på det engelska *common law*. Den engelska rättens globala framgångar beror främst på Storbritanniens koloniala expansion, men den hade knappast levt kvar än idag om denna rätt inte visat sig vara flexibel och praktisk. Ett av systemets utmärkande drag är dess starka band med det förflutna, vilket har resulterat i en oavbruten rättslig kontinuitet.<sup>1</sup>

Efter att lagar och rättsregler hade börjat utvecklas tillämpades en mängd olika sedvanerätter i olika områden i Storbritannien. I samband med slaget vid Hastings år 1066 övertog normanderna makten över England. De samlade såväl den lagstiftande som den verkställande och dömande makten hos kungen och dennes rådgivare. Ur detta råd skapades redan på 1100-talet de kungliga domstolarna i Westminster i London. De kungliga domarna var resande domare, vilka red runt i landet och skipade rättvisa i frågor rörande rätt till land, skatter och våldsbrott. Till en början tillämpade domarna de olika lokala sedvanerätterna, men efterhand började de jämföra och diskutera de olika rättsreglernas för- och nackdelar när de möttes i London, vilket så småningom ledde till att domarna övergick till att tillämpa samma rättsregler i hela landet – *the common law* (den gemensamma rätten). *Common law* skapades således inte genom lagstiftning utan genom domstolarnas prejudikatbildande verksamhet. Kort därefter utvecklades principen att man vid rättskipningen bör följa tidigare avgjorda prejudikat (den s.k. *stare decisis*-principen).<sup>2</sup>

Att få sina krav prövade inför domstol var på denna tid ingen självklar rättighet, utan ansågs vara en förmån som förutsatte ett särskilt prövningstillstånd. Mot en avgift kunde käranden vända sig till kungens kansli och, efter kansliets godkännande, erhålla ett dokument (*writ*), som ålade svaranden att antingen gå med på kärandens krav eller underkasta sig domstolens prövning och utslag. Med tiden utvecklades ett antal etablerade *writs*, som blev mer eller mindre standardiserade utifrån olika typfall och till slut började likna blanketter där endast parternas namn och dyl. behövde fyllas i.<sup>3</sup>

*Writ*-systemet är ett uttryck för procedurens dominerande roll i den engelska rätten. Huruvida man materiellt hade rätt eller fel var mindre viktigt än om man enligt procedurreglerna hade möjlighet att driva igenom sin rätt. Om

---

<sup>1</sup> Bogdan, Komparativ Rättskunskap, 2 uppl, Norstedts Juridik AB, Lund, 2003, s 92.

<sup>2</sup> Ibid, s 93-95.

<sup>3</sup> Ibid, s 96.

man t.ex. valde fel *writ* redan vid processens inledande, avvisade domstolen ens talan. En annan stor nackdel var *common law*:s oförmåga att avgöra mål på ett rättvist sätt. Rättsföljden av samtliga *writs* var skadestånd och det var omöjligt att utdöma naturaprestationer. Om A stal ett värdefullt smycke från B, kunde B enligt *common law* endast utkräva smyckets värde i skadestånd av A, trots att A hade smycket i sin besittning och detta hade ett stort affektionsvärde för B. För att komma till rätta med problemet ändrade man inte det befintliga regelsystemet. Istället utvecklades redan under slutet av 1400-talet ett parallellt regelsystem, *Equity*.<sup>4</sup>

## 2.1.2 Equity

*Equity* kommer från franskans *équité* (rättvisa eller billighet), och har sina rötter i kungens ställning som den ytterst ansvarige för rättskipningen. Föreståndaren för det kungliga kansliet, lordkanslern, tog emot parter vars talan inte blivit tillgodosedd av *common law* och som nu vädjade till kungen att skipa rättvisa ("to do what is right for the love of God and in the way of charity")<sup>5</sup>. En särskild domstol, *Court of Chancery*, bildades för detta ändamål med lordkanslern som domare och fr.o.m. nu kunde naturaprestationer utdömas. Reglerna som till en början i hög grad var beroende av den individuella domarens personliga moral och rättvisekänsla utvecklades liksom *common law* genom prejudikat gradvis till ett komplex av regler – *equity-systemet* växte fram.<sup>6</sup>

Det för *equity* karakteristiska draget att fokusera på de materiellrättsliga frågorna stod i skarp kontrast till det procedurfixerade *common law* och man insåg tidigt att de båda systemen ofta gav motstridiga och oförenliga resultat. Alla rättsfrågor kan vara föremål för såväl *common law* som *equity* och de båda regelsystemen kan således inte skiljas åt på grundval av de rättsförhållanden de reglerar. År 1616 slogs det därför fast att vid konflikter mellan de två regelsystemen äger *equity*-utslaget företräde. Detta sker dock inte genom att *common law*-regeln ogiltigförklaras utan genom att *equity*-domstolen utfärdar ett föreläggande (en s.k. *common injunction*), varigenom en part som i en *common law*-domstol väckt en rättsligt välgrundad men orättvis talan förbjuds att fullfölja processen eller försöka få domen verkställd. Parten har formellt sin rätt kvar men om han bryter mot ett *equity*-föreläggande riskerar han att bötfällas eller t.o.m. fängslas för "missaktning mot *equity*-domstolen". *Equity*:s regler och avgöranden innehåller alltså förbud och påbud riktade till parterna snarare än ställningstaganden, t.ex. till vem som är den rättmätiga ägaren till ett föremål eller storleken av en skuld. För att utröna rättsläget bör en engelsk

---

<sup>4</sup> Writ-systemet avskaffades under slutet av 1800-talet, i syfte att förenkla domstolsförfarandet utan att ändra den materiella rätten. Systemet med två parallella system; *common law* och *equity*, lever dock kvar. Målen handläggs emellertid nuförtiden i samma domstol. För en mer utförlig redogörelse, se Bogdan, aa, s 95ff.

<sup>5</sup> Bogdan, aa, s 97

<sup>6</sup> Ibid, s 97.

jurist först efterforska regleringen i *common law* och därefter undersöka huruvida denna reglering påverkas av *equity*.<sup>7</sup>

### 2.1.3 Trusts

Ett av *equity*:s viktigaste bidrag till den engelska rättsutvecklingen är skapandet av rättsinstitutet *trust*. *Trusten* skapades under medeltiden för att man skulle undgå att betala en särskild avgift som utkrävdes i samband med arv av fast egendom. För att undvika denna betalningsskyldighet överlät arvlåtaren (*settlor*) ibland redan under sin livstid egendomen till en betrodd släkting eller vän (*trustee*), som efter arvlåtarens frånträde överlät den tillbaka till den dödes arvingar (*beneficiaries*). Härigenom undvek man att arvingens förvärv klassificerades som arv.<sup>8</sup> Under tiden mellan de två överlåtelseerna var *trustee*:n enligt *common law* full ägare till egendomen och kunde därmed förfoga över egendomen efter eget tycke, t.o.m. avyttra den. Visade det sig att *trustee*:n hade missbrukat *settlor*:s förtroende kunde *beneficiary*:n söka upprättelse hos *equity*. Som ett uttryck för *equity*:s respekt för *common law*, ansågs *beneficiary*:n egentligen inte ha någon "rätt" till egendomen, utan endast ett "intresse" i densamma. Därför varken förnekade eller upphävde *equity trustee*:s äganderätt, utan tvingade honom istället med hjälp av förelägganden att använda den till att tjäna *beneficiary*:s intressen.<sup>9</sup>

*Trust*-konstruktionen används idag i ett stort antal situationer där det finns anledning att skilja mellan *legal ownership* och *equitable (beneficiary) ownership*, dvs. situationer där egendom innehas av en person för en annan persons räkning. I många fall där man i svensk rätt använder sig av en förvaltare använder engelsk rätt en *trustee*, t.ex. vid dödsbo- och konkursförvaltning eller förmyndarskap. Ytterligare ett exempel är svenska stiftelser som i England motsvaras av *trusts*.<sup>10</sup> Den frihet *trustees* åtnjuter i sitt förvaltande av egendomen i kombination med avsaknaden av möjlighet till direkt kontroll för deras respektive *beneficiaries* har gjort att *equity* gripit in och ålagt *trustees* en skyldighet att handla lojalt och i vad de på heder och samvete tror är i *beneficiary*:s intresse. Denna skyldighet kallas *fiduciary duty*.<sup>11</sup>

### 2.1.4 Fiduciary duties

*Fiduciary*-lagstiftningen har inte utvecklats som en separat rättsfigur, inte ens som en avstickare ur ett särskilt rättsområde. Snarare har *fiduciary duties* utvecklats som en fundamental men ofta outtalad bakomliggande faktor inom områdena mellanmansrätt, *trusts*, bolagsrätt, testamentsrätt och

---

<sup>7</sup> Bogdan, aa, s 98-99.

<sup>8</sup> Ibid, s 100-101.

<sup>9</sup> Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, 8 uppl, Butterworths, London, 1997, s 11.

<sup>10</sup> Bogdan, aa, s 101.

<sup>11</sup> Rawling, "The Changing Role of the Trustee in International Bond Issues", *Journal of Business Law*, Januari 2007, s 50.

skadeståndsrätt. Inom dessa rättsområden har regler som förutsätter existensen av *fiduciary duties* utvecklats oberoende av varandra, och det är först de senaste hundra åren lagstiftaren har börjat snegla åt andra rättsområden för att finna lösningar på ett specifikt problem. Teoretiskt likvärdiga problemställningar rörande *fiduciary duties* behandlas därför inte konsekvent när det föreligger faktiska skillnader.<sup>12</sup>

Agenten utgör det perfekta exemplet på att belysa förvirringen. Mellanmansrätten existerade som en del av *common law* långt innan *Court of Chancery* kom till. Den hanterade då, liksom idag, två uppsättningar rättigheter och skyldigheter; de beträffande huvudmannen och de gällande agenten. Huvudmannens position har huvudsakligen sina rötter i *common law*. Den teoretiska basen är att agenten ses som ett hjälpmedel eller redskap, kapabel att utföra många olika uppgifter, men inte att agera självständigt. All handling agenten utför kan därför härledas tillbaka till huvudmannen. Agentens status vållade desto större problem. Ett redskap är ju antingen fungerande eller inte och utan viljekraft borde agenten vara oförmögen att agera illojalt. Men eftersom agenten är en mänsklig varelse är det fullt möjligt för honom att företa illojala förehavanden och samtidigt utföra alla sina andra uppgifter klanderfritt. Enligt *common law* var huvudmannens enda möjlighet att komma till rätta med en opålitlig agent att stämma agenten och begära honom redovisningsskyldig.<sup>13</sup>

Sett ur *equity*:s synvinkel var agentens position både verklighetsfrämmande och inte tillräckligt rättvis. *Equity* erbjöd de lösningar *common law*-domstolarna utelämnade, huvudsakligen genom att applicera *trust*-konceptet på mellanmansrelationen. Från och med 1800-talet började agentens skyldigheter under *equity*:s influens allt mer närma sig *trustee*:s skyldigheter, vilka var *fiduciary* till karaktären.<sup>14</sup> Hade *equity* "tagit över" relationen agent-huvudman fullt ut hade enligt Shepherd *fiduciary*-lagstiftningen varit mindre komplicerad. Den nuvarande situationen, där mycket av den övergripande strukturen hos agentens skyldigheter är identisk med den hos en *trustee* trots att det grundläggande konceptet *at law* ser agenten som ett livlöst redskap, skapar förvirring och ovisshet.<sup>15</sup>

De personer som idag åläggs *fiduciary duties* anses samtliga utföra uppgifter som är mer eller mindre jämförbara med *trustee*:s och därför anses det berättigat att *analogt* tillämpa samma principer på dessa personer.<sup>16</sup> I rättspraxis fastställda *fiduciaries* är, förutom *trustee*:n, bolagsdirektörer<sup>17</sup>, försäkringsmäklare<sup>18</sup>, börsmäklare<sup>19</sup>, advokater<sup>20</sup>, revisorer<sup>21</sup> och

---

<sup>12</sup> Shepherd, *The Law of Fiduciaries*, The Carswell Company Limited, Toronto, 1981, s. 12.

<sup>13</sup> Huvudmannen fick vidta en "*action on account*", en civilrättslig stämning *at law* för att återfå pengar agenten var skyldig att redovisa för. Se Shepherd, aa, s 13.

<sup>14</sup> Shepherd, aa, s. 13.

<sup>15</sup> Ibid, s. 14.

<sup>16</sup> Ze, "Underwriters and Fiduciary Duties", *Journal of Business Law*, Mars 2007, s 139.

<sup>17</sup> *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* [1976] 2 A.C. 134.

<sup>18</sup> *North & South Trust Co. v. Berkeley* [1971] 1 W.L.R. 470.

<sup>19</sup> *Armstrong v. Jackson* [1917] 2 K.B. 822.

<sup>20</sup> *Boardman v. Phipps* [1967] 2 A.C. 46.

besiktningsmän<sup>22</sup>. *Fiduciary duties* finns också lagreglerat i exempelvis *trust*-lagstiftning och inom bolagsrätten. De flesta jurisdiktioner försöker även klargöra olika yrkesgruppers *fiduciary duties*, antingen genom normer för gott uppförande, föreskrifter eller lagreglering.<sup>23</sup>

## 2.2 Definition

De mest grundläggande frågorna; vem som är en *fiduciary* och vad som definierar ett *fiduciary relationship*, är ständigt debatterade och analyserade. Det här området av lagen är mycket komplext och svagt avgränsat och befinner sig i ett tillstånd av ständig förändring. Frågan förutsätter att vi utvecklat ett koncept av syftet och börden bakom *fiduciary*-lagstiftningen. Dessa frågor orsakar dock dessvärre vidspridd oenighet inom doktrinen.<sup>24</sup> Somliga hävdar att *fiduciary*-konceptets ovissa och förebyggande natur nödvändigtvis trotsar en definition och menar därför att definitionsförsök är okloka eller olämpliga.<sup>25</sup> Finn anser tvärtom att *equity* genom *fiduciary*-lagstiftningen skapat ett helt nytt och sammanhängande regelverk, innehållandes en serie kompletta förpliktelser. Dessa förpliktelser är distinkta och definierar olika sorters *fiduciaries* utifrån sina respektive individuella syften.<sup>26</sup>

Enligt den brittiska lagkommissionen ("Law Commission"), vars uppdrag är att granska den befintliga lagstiftningen och ge konkreta förslag till modernisering och effektivisering, är det för tillfället oklart huruvida termen *fiduciary* generellt är deskriptiv och innebär en slöja bakom vilken individuella regler och principer har utvecklats, eller om rättspraxis visar en stadig utveckling av *fiduciary*-konceptet mot en heltäckande generell princip.<sup>27</sup> Sir Anthony Mason, president i Australiens Högsta Domstol, beskriver problemet på följande sätt: "*the fiduciary relationship is a concept in search of a principle*".<sup>28</sup>

I *Bristol & West Building Society v. Mothew*<sup>29</sup> definierar L.J. Millet en *fiduciary* och hans skyldigheter på följande sätt:

*"A fiduciary is someone who has undertaken to act for or on behalf of another in a particular matter in circumstances which give rise to a relationship of trust and confidence. The distinguishing obligation of a*

---

<sup>21</sup> *Bolkiah (Prince Jefri) v. KPMG* [1999] 2 A.C. 222.

<sup>22</sup> *Satman Ltd. v. Dunlop Heywood* [1999] 3 All E.R. 652.

<sup>23</sup> Shepherd, aa, s 372.

<sup>24</sup> Finn, "Fiduciary Law and the Modern Commercial World", in McKendrick, *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2003 [Finn 2003], s 8.

<sup>25</sup> UK Law Commission, "Fiduciary Duties and Regulatory Rules", Law Commission Report Nr 236, London, 1995, [Law Commission 1995] s 26.

<sup>26</sup> Finn, *Fiduciary Obligations*, The Law Book Co. Ltd., Sydney, 1977 [Finn 1977], s 2.

<sup>27</sup> [Law Commission 1995], s 27.

<sup>28</sup> [Finn 2003], s 8.

<sup>29</sup> [1996] 4 All ER 698



*fiduciary is the obligation of loyalty. The principal is entitled to the single-minded loyalty of his fiduciary. This core liability has several facets. A fiduciary must act in good faith; he must not make a profit out of his trust; he must not place himself in a position where his duty and his interest may conflict; he may not act for his own benefit or the benefit of a third person without the informed consent of his principal”.*<sup>30</sup>

Definitionen är inte ämnad att vara uttömmande men anses ge en rättvisande bild av fenomenet *fiduciary duties* karaktärsdrag och stycket citeras flitigt både i litteraturen och av domstolarna.<sup>31</sup> Av definitionen framgår att en *fiduciary* inte får:

- (a) missbruka sin position, vetskap eller ett gynnsamt tillfälle härlett från dem, för sin egen eller en tredje parts potentiella fördel, vinst eller nytta, eller
- (b) ha ett personligt intresse eller oförenligt engagemang med en tredje part i något av de ärenden som faller inom ramen för hans åtagande, med mindre förmånstagaren välinformerad och frivilligt givit sitt medgivande eller det är tillåtet enligt lag.<sup>32</sup>

Sammanfattningen av *fiduciaries* åligganden speglar två principiella skyldigheter. Förbudet mot att missbruka sin position avser att hindra *fiduciaries* från att använda sin position till fördel för andra än förmånstagaren. Förbudet mot intressekonflikt avser att förhindra att en *fiduciary* blir frestad att ta hänsyn till personliga eller tredje mans-intressen vid utövandet av sitt uppdrag.<sup>33</sup> Det bakomliggande syftet med reglarna är att *fiduciaries* ska bejaka en annans intresse. De ur syftet härledda *fiduciary duties* innefattar således ett antal överlappande förpliktelser beträffande lojalitet och pliktrogenhet.<sup>34</sup> Paradigmen av en *fiduciary* är *trustee*:n. Att *fiduciary duties* påförs andra, inklusive yrkesutövande, beror på att deras arbete är mer eller mindre analogt med det som utförs av *trustees*.<sup>35</sup>

Den huvudsakliga skyldigheten som skapar en *fiduciary duty* är förtroendemannens skyldighet att inte sätta sig själv i en position som ger upphov till en potentiell intressekonflikt med sin huvudman. Professor Finn föredrar därför följande definition<sup>36</sup>:

*”A person will be a fiduciary in his relationship with another in and so far as that other is entitled to expect that he will act in that other’s interests or*

---

<sup>30</sup> *Bristol & West Building Society v. Mothew* [1996] 4 All ER 698, kap. 1, s 18.

<sup>31</sup> Saldezo och Hollander, *Conflicts of Interest & Chinese Walls*, Sweet & Maxwell, London, 2004, s 13.

<sup>32</sup> [Finn 2003], s 9.

<sup>33</sup> *Ibid*, s 9.

<sup>34</sup> Watt, *Trusts and Equity*, Oxford University Press, 2 uppl, Oxford, 2006, s 335.

<sup>35</sup> Ze, aa, s 139.

<sup>36</sup> Denna definition uppmärksammades och godkändes av Toulson J. i *Brandeis Brokers Ltd. v. Black* [2001] 2 All E.R. (Comm) 980 at 991 e-g.

(as in a partnership) in their joint interests, to the exclusion of his own several interests".<sup>37</sup>

Mot bakgrund av den osäkerhet som jag, trots Finns uttömmande redogörelse för de principer som han hävdar är kärnan i *fiduciary*-lagstiftningen<sup>38</sup>, anser föreliggande beträffande begreppet *fiduciary*, har jag valt att fortsättningsvis beskriva en *fiduciary* i generella ordalag, och fokusera på vilka som kan vara en *fiduciary* och vilka plikter en sådan roll medför.

## 2.3 Vem är fiduciary?

Kombinationen av *equity*:s breda betraktelsesätt och dess fokusering på att undersöka fakta i de enskilda fallen gör att man bör vara försiktig med kategoriseringar inom området.<sup>39</sup> En *fiduciary* är enligt Finn "...not subject to fiduciary obligations because he is a fiduciary; it is because he is subject to them that he is a fiduciary".<sup>40</sup> Att klassificera förekomsten av *fiduciary duties* utifrån karaktären av det förhållande *fiduciary*:n har med andra (och därmed de skyldigheter *fiduciaren* har mot desamma), är därför att föredra framför att försöka lista vem som är och inte är *fiduciary*.<sup>41</sup> Enligt Law Commission kan man dela in *fiduciaries* i två olika kategorier; ställningsbaserade *fiduciaries* och faktabaserade *fiduciaries*.<sup>42</sup>

### 2.3.1 Ställningsbaserade fiduciaries

Ställningsbaserade *fiduciaries* omfattar personer som p.g.a. sin *ställning* i vissa förhållanden anses vara *fiduciaries* utan någon mer djupgående analys av deras faktiska uppgifter och skyldigheter.<sup>43</sup> Exempel på sådana förhållanden där den ena partens ställning ger upphov till *fiduciary duties* är bolagsdirektörer och VD:ar i förhållande till bolaget de företräder, *trustee*:n i förhållande till *settlor*:n, konkursförvaltare i förhållande till borgenärerna och advokaten i förhållande till sin klient.<sup>44</sup>

Finn kallar gruppen *fiduciary office holders*, vilket kan sägas innebära tjänstemän med *fiduciary* skyldigheter.<sup>45</sup> Dessa personer har vid första anblick lite gemensamt beträffande sina respektive funktioner. Det legala syftet, liksom tjänsterna de utför skiljer sig markant. Som ovan nämnts varierar även *fiduciaries* rättigheter och skyldigheters ursprung, då vissa härrör ur lagar eller författning, och andra ur fullmakter, domstolsbeslut

---

<sup>37</sup> [Finn 2003], s 9.

<sup>38</sup> För en detaljerad redogörelse för samtliga principer, se [Finn 1977].

<sup>39</sup> [Law Commission 1995], s 27.

<sup>40</sup> [Finn 1977], s 2.

<sup>41</sup> Ze, aa, s 139.

<sup>42</sup> [Law Commission 1995], s. 27.

<sup>43</sup> Ibid, s 27.

<sup>44</sup> Ibid, s. 28.

<sup>45</sup> [Finn 1977], s 3.

eller testamenten. Relationen de har i förhållande till egendomen de förfogar över i sina respektive roller har inte heller något gemensamt samband, då vissa *fiduciaries* är legala ägare och andra inte.<sup>46</sup>

Trots detta har den position alla olika *fiduciaries* innehar en del gemensamma karakteristika, vilka har stor betydelse för deras uppdragsgivare. Först och främst innehar samtliga en position som kräver att de inte handlar för sin egen, utan för någon annans räkning; exempelvis bolagsdirektören för bolagets räkning och konkursförvaltaren för borgenärernas räkning. Vidare härrör de rättigheter och skyldigheter denna handlingsrätt innebär inte ur avtal med förmånstagarna, utan de har ett självständigt ursprung, som ovan nämnts t.ex. i en lagregel eller ett domstolsbeslut. Dessutom är var och en i slutändan ansvarig för att avgöra hur uppgiften ska utföras, vilket innebär att en stor tilltro sätts till *fiduciary*:s omdömesförmåga.<sup>47</sup>

Engelska domstolar har huvudsakligen ägnat sig åt ställningsbaserade *fiduciary* förhållanden, men domstolarna har avstått från att formulera ett universellt test för att klassificera speciella positioner som innebärandes *fiduciary* skyldigheter.<sup>48</sup> Av praxis framgår emellertid att de förhållanden som innebär *fiduciary* status är så betydelsefulla och av sådan natur att de kräver skydd genom påläggandet av *fiduciary duties*.<sup>49</sup> Den frihet uppdragstagaren åtnjuter i sitt beslutsfattande i kombination med avsaknaden av möjlighet till direkt kontroll för deras respektive förmånstagare har gjort att *equity*-regler ansetts nödvändiga.<sup>50</sup> Domstolen har ingripit inte bara genom att förbjuda handlingar i egenintresse utan har även infört en generell förpliktelse på fiduciarinen under utövandet av hans uppdrag. Den generella skyldigheten som åläggs *fiduciaries* sätter ramarna för deras handlingsfrihet inom den befogenhet de har tilldelats. Regleringens huvudsyfte är att deras maktutövande ska vara vikt åt förmånstagaren. I praktiken består den här generella principen av en rad specifika skyldigheter, vilka i detalj beskriver vad *fiduciarinen* måste göra samt vad han inte får göra för att tjäna uppdragsgivarens intressen på ett tillfredsställande sätt. Dessa skyldigheter säkerställer att när ett beslut fattas:<sup>51</sup>

- a) är det *fiduciary*:n som fattar det,
- b) fattas det eftersom *fiduciary*:n på heder och samvete tror att det bör fattas, samt
- c) fattas det utifrån vad *fiduciary*:n på heder och samvete anser ligga i hans förmånstagares intressen.

---

<sup>46</sup> [Finn 1977], s 8.

<sup>47</sup> Ibid, s 9.

<sup>48</sup> Detta undvikande rättfärdigades i *Welles v. Middleton*, (1784) 1 Cox 112, 124-5, som ett "nödvändigt skydd för mänskligheten".

<sup>49</sup> [Law Commission 1995], s 28.

<sup>50</sup> [Finn 1977], s 3.

<sup>51</sup> Ibid, s 8.

Utöver att ge praktisk substans till *fiduciary duties*, erbjuder de specifika skyldigheterna en möjlighet att granska *fiduciaries* agerande juridiskt.<sup>52</sup> Den handlingsbefogenhet de ställningsbaserade *fiduciaries* besitter refereras ofta till som ”*fiduciary powers*”. Finn ogillar detta språkbruk eftersom det missvisande antyder att det är något inneboende i befogenheten, snarare än i mottagarens position, som framtvingar den *fiduciary* förpliktelsen.<sup>53</sup> En detaljerad redogörelse för skyldigheterna som *fiduciary powers* medför följer i avsnitt 2.4.1 nedan.

## 2.3.2 Faktabaserade fiduciaries

Hela *common law*-världen har generellt godtagit att en person kan ha *fiduciary duties* även om han inte faller under kriterierna som gör honom till en ställningsbaserad *fiduciary*. Domstolarna har även tillskrivit personer *fiduciary duties* p.g.a. den *faktiska situationen* i den aktuella relationen.<sup>54</sup> I det engelska rättsfallet *Reading v. Attorney-General*<sup>55</sup> behandlades frågan om en sergeant i armén hade rätt till summor han erhållit som mutor för att iklädd sin uniform eskortera smugglares lastbilar genom poliskontroller. Asquith L.J. anförde att i sådana här fall bör termen ”*fiduciary relation*” användas i en vid mening och ges en väldigt omfattande innebörd. Vidare menar han att följande faktiska omständigheter kan ge upphov till en ”*fiduciary relation*”<sup>56</sup>:

- (a) när käranden anförtror svaranden egendom, inklusive immateriella tillgångar som t.ex. konfidentiell information, och litar på att svaranden använder egendomen på ett sätt som gynnar käranden eller i syften godkända av käranden, och inte på andra sätt, och
- (b) när käranden anförtror svaranden att utföra ett jobb, t.ex. att förhandla ett kontrakt för kärandens räkning, och förlitar sig på att svaranden strävar efter bästa tänkbara villkor för käranden.

Domstolen valde att tolka termen utifrån denna vidare innebörden och ansåg att ett *fiduciary* förhållande existerade i fallet p.g.a. att sergeanten använt uniformen och därmed utnyttjat de möjligheter och hjälpmedel som följde därav.<sup>57</sup> Avgörandet har kritiserats flitigt, bland annat för att det leder till att det blir för lätt att klassificera någon som *fiduciary*. Rättsfallet illustrerar nämligen en flexibilitet och vid tolkningsmöjlighet för domstolarna, vilka kan anse att ett förhållande innebär *fiduciary duties* i situationer de anser en sådan tolkning *ändamålsenlig*.<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> [Finn 1977], s 3.

<sup>53</sup> *Ibid*, s 3.

<sup>54</sup> [Law Commission 1995], s 28.

<sup>55</sup> [1949] 2 K.B. 232.

<sup>56</sup> *Ibid*, s 236. Resonemanget godkändes av *House of Lords*, (On appeal [1951] A.C. 507).

<sup>57</sup> [1949] 2 K.B. 232, 238.

<sup>58</sup> [Law Commission 1995], s. 29.

Faktabaserade *fiduciary* förhållanden har beaktats även i andra *common law* jurisdiktioner. I *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corporation* ("*Hospital Products*")<sup>59</sup>, lade Australiensiska Högsta Domstolen de faktiska omständigheterna till grund för sin bedömning att en distributör inte var *fiduciary* gentemot tillverkaren. Likaså betraktade den Kanadensiska Högsta Domstolen sakförhållandena i *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*<sup>60</sup> när parterna i ett joint venture pålades *fiduciary duties*. I båda fallen föll parternas förhållanden utanför de relationer som ger upphov till ställningsbaserade *fiduciary* förpliktelser. Dessutom anses kommersiella relationer generellt inte medföra *fiduciary duties*.<sup>61</sup> Likväl ansågs förekomsten av vissa faktorer i ett förhållande ge upphov till *fiduciary* förpliktelser. Dessa omständigheter är<sup>62</sup>:

- a) ett åtagande av *fiduciary*:n att handla å en annan persons vägnar eller till denna persons fördel,
- b) en befogenhet att handla efter eget huvud, vilket påverkar den andra personens intresse, och
- c) en särskild sårbarhet hos den andre personen gentemot *fiduciary*:n.

En sådan *särskild sårbarhet* kan påvisas genom faktorer som att ena parten är beroende av information och råd, existensen av ett förtroendeförhållande eller en enskild transaktions signifikans för parterna.<sup>63</sup> Trots att det inte är möjligt att utstaka ett generellt objektiva test för när ett *fiduciary* förhållande uppstår, utgör hållpunkterna a) befogenhet att handla, b) efter eget huvud och c) sårbarhet, en utgångspunkt för ett faktabaserat *fiduciary*-test.<sup>64</sup> Faktabaserade *fiduciary* förhållanden kan således uppstå p.g.a. de faktiska omständigheterna, till skillnad från ställningsbaserade *fiduciary* förhållanden som snarare härrör ur det allmänna lojalitetssynsättet.

## 2.4 Vilka skyldigheter har en *fiduciary*?

*Fiduciary duties* är *equity*:s försök att reglera hur personer som anses bundna att agera i andras intresse framför sitt eget ska uppföra sig. Dessa skyldigheter härstammar från de utvidgade uppgifter och förpliktelser *equity*-domstolarna pålade uttalade *trustees*.<sup>65</sup>

Finn menar att termen *fiduciary* används i två situationer. Den används dels för att beskriva en rätt att handla för en annan persons räkning.<sup>66</sup> I *Howard*

---

<sup>59</sup> (1984-5) 156 C.L.R. 41.

<sup>60</sup> [1989] 2 S.C.R. 574.

<sup>61</sup> För en utförligare redogörelse för *fiduciary duties* i kommersiella relationer se avsnitt 3.3.

<sup>62</sup> [Law Commission 1995], s 30.

<sup>63</sup> *Coleman v. Myers* [1977] 2 N.Z.L.R. 225 och [Law Commission 1995], s 30.

<sup>64</sup> Flannigan, "The Fiduciary Obligation", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volym 9, Nr. 3, 1989, s 309. <http://ojls.oxfordjournals.org/cgi/reprint/9/3/285.pdf>

<sup>65</sup> Ze, aa, s 138.

<sup>66</sup> [Finn 1977], s 2.

*Smith v. Ampol*<sup>67</sup> beskrivs t.ex. styrelseledamöters rätt att emittera nya aktier som en ”*fiduciary power*”. Enligt Finn ämnar detta språkbruk att låta vissa *equity*-regler reglera hur mottagaren av en sådan handlingsbefogenhet får hantera och utöva en sådan rätt. Termen *fiduciary* används också för att väldigt generellt beskriva personer som agerar på uppdrag av någon, å någons vägnar eller i någons intresse, samt med någons förtroende. En agent omnämns ofta som *fiduciary* enligt det här språkbruket. Utifrån den här bibetydelsen delar Finn upp *fiduciaries*’ skyldigheter i ”*fiduciary powers*” och ”*standards of loyalty and fidelity*” (lojalitets- och plikttröhetskrav).<sup>68</sup>

## 2.4.1 Fiduciary Powers

Rättspraxis har slagit fast att personer som har anförtrodds befogenhet att handla för någon annan har en generell skyldighet grundad i *equity* att använda sin befogenhet hederligt i vad de anser vara i huvudmannens intresse.<sup>69</sup> Vid formuleringen av *fiduciary duties* har domstolarna endast använt vida och generella termer. Klart är dock att en *fiduciary* är skyldig att handla i sin förmånstagares intresse eller till dennes fördel och att denna skyldighet begränsar *fiduciary*:s handlingsfrihet vid utförandet av sitt uppdrag. För att tillföra praktisk substans har domstolarna utvecklat ett antal mer specifika regler under den övergripande principen. Dessa konkreta regler anses inte vara en uttömmande uppräkningslista av de skyldigheter som åvilar en *fiduciary*. Nya problemsituationer kräver nya lösningar och begreppet *fiduciary duties* måste därför tillåtas vara föränderligt.<sup>70</sup>

Enligt Finn kan man ur rättspraxis i dagsläget utläsa åtta konkreta regler, vilka för enkelhetens skull kan delas in i två grupper. Den första gruppen (avsnitt 2.4.1.1 t.o.m. avsnitt 2.4.1.4) ämnar binda *fiduciary*:n till utövandet av sitt ämbete och se till att han inte försummar sin plikt att handla. Den andra gruppen (avsnitt 2.4.1.5 t.o.m. avsnitt 2.4.1.8) binder *fiduciary*:n under själva utövandet för att garantera att *fiduciary*:s agerande inte avviker från vad som ligger i förmånstagarens intresse.<sup>71</sup>

### 2.4.1.1 Skyldighet att inte delegera bestämmanderätten

Maximen *delegatus non potest delegare* (en delegat kan inte delegera) appliceras i de flesta rättssystem. Detta gäller alla som har erhållit en bestämmanderätt till följd av att någon har satt sin tilltro till personen och förlitat sig på dennes agerande. Det ligger i sakens natur att *fiduciaries* position faller under delegeringsförbudet och det har i praxis tillämpats

---

<sup>67</sup> [1974] A.C. 821, s. 834.

<sup>68</sup> [Finn 1977], s 2.

<sup>69</sup> *Ibid*, s 3.

<sup>70</sup> *Ibid*, s 15.

<sup>71</sup> *Ibid*, s 16.

väldigt strängt mot dem, speciellt gentemot *trustees* och testamentsexekutorer.<sup>72</sup>

I undantagsfall kan *fiduciary*:n under utövandet av sitt uppdrag nödgas att "act by other hands".<sup>73</sup> Enligt Lord Hardwicke finns det två slags "nödlägen" som kan rättfärdiga en delegering; legal nödvändighet och moralisk nödvändighet. Legal nödvändighet kan illustreras genom exemplet att två *trustees* gemensamt fränsäger sig sitt uppdrag, men bara en av uppsägningarna godkänns. Den andra är då inte ansvarig, eftersom hans medverkan i uppsägningen var nödvändig. Den moraliska nödvändigheten rättfärdigas av "the usage of mankind", dvs. faktumet att *fiduciary*:n är en människa gör att alla beslut präglas av en subjektiv åskådning. *Fiduciary*:n är skyldig att handla lika klokt och eftertänksamt för sin huvudman som en förnuftig person hade gjort och i enlighet med affärsbruk.<sup>74</sup> I rättsfallet *Speight v. Gaunt*<sup>75</sup> ansågs en *trustee* ha handlat i moralisk nödvändighet när han delegerade sin uppgift att köpa aktier åt en aktiemäklare. Sir George Jessel M.R. förtydligade principen "...a trustee ought to conduct the business of the trust in the same manner that an ordinary prudent man of business would conduct his own, and that beyond there is no liability or obligation on the trustee".<sup>76</sup>

Idag har förbudet mot delegering i de flesta *fiduciary* förhållanden ersatts av uttryckliga godkännanden av delegering i specifika situationer.<sup>77</sup> Således, medan styrelseledamöter generellt inte kan delegera sin bestämmanderätt<sup>78</sup>, erbjuder många moderna bestämmelser vida delegeringsmöjligheter.<sup>79</sup> Kommersiella avtal innehåller också klausuler som reglerar hur parterna vid behov och olika typer av nödsituationer har rätt att delegera sina respektive åtaganden. Delegering utgör därför nuförtiden inget större problem.<sup>80</sup>

#### 2.4.1.2 Skyldighet att inte agera enligt någon annans instruktioner

Liksom en *fiduciary* inte har rätt att delegera sin bestämmanderätt, är han förbjuden att följa någon utomståendes instruktioner eller order under utövandet av sitt uppdrag. *Fiduciary*:n och ingen annan ska besluta hur förmånstagarens intressen bäst ska tjänas och lagen förbjuder därför

<sup>72</sup> Ibid, s 20.

<sup>73</sup> *Ex p. Belchier* (1754) Amb. 218, s. 219.

<sup>74</sup> Jones, *The Modern Law Review*, Blackwell Publishing, Vol. 22, Nr 4, Juli 1959, s 381. [http://links.jstor.org/sici?sici=00267961\(195907\)22%3A4%3C381%3ADBTAR%3E2.0.CO%3B2-T](http://links.jstor.org/sici?sici=00267961(195907)22%3A4%3C381%3ADBTAR%3E2.0.CO%3B2-T).

<sup>75</sup> (1883) 22 Ch. D. 727.

<sup>76</sup> Ibid, s 739-740.

<sup>77</sup> [Finn 1977], s 20.

<sup>78</sup> *Cartmell's Case* (1874) L.R. 9 Ch. App. 691, *Brown v. The Wickham & Bullock Island Coal Co.* (1894) 15 N.S.W.R. (L) 306 och *Rees and Rees v. Atherton's (Queensland)* [1968]

<sup>79</sup> Se t.ex. UK *Companies Act 1948*, Table A, Art 102 och 107, eller Australian *Uniform Companies Act 1961*, Table A, Art 86 och 91.

<sup>80</sup> Föreläsningsmaterial från kursen "Legal Aspects of International Finance" vid Queen Mary College, University of London, 2006.

*fiduciary*:n att bli någon annans marionett.<sup>81</sup> Rapporterade exempel på *fiduciaries* som låtit utomstående styra över deras beslutsfattande är sällsynta, men detta beror till stor del på att det, förutom i de mest uppenbara fallen, är i stort sett omöjligt att visa att *fiduciary*:n inte utövat någon individuell bestämmanderätt alls. Det finns dock rättsfall där bolagsdirektörer låtit utomstående förfoga över bolagets tillgångar och följaktligen ådömts höga skadestånd.<sup>82</sup>

Regeln har inneburit två praktiska fördelar. För det första kan *fiduciaries* avvärja påtryckningar från förmånstagare som insisterar på att *fiduciary*:n ska följa deras önskemål. För det andra är *fiduciaries* i många fall uttryckligt förpliktigade att beakta sina förmånstagares anvisningar och önskemål, och förbudet hjälper i dessa fall till att markera skillnaden mellan att ”beakta” och ”vara bunden av” sådana anvisningar.<sup>83</sup>

### 2.4.1.3 Skyldighet att inte lägga band på bestämmanderätten

*Equity* tillåter inte en *fiduciary* att binda sig angående hur han ska utöva sitt uppdrag i framtiden. Han kan därför inte låta något föregående beslut, kontrakt eller åtagande gentemot en tredje man eller en förmånstagare begränsa hans handlingsfrihet. I *Re Baron Vestey's Settlement; Lloyd's Bank Ltd v. O'Meara*<sup>84</sup> hade en grupp *trustees* till uppgift att med jämna mellanrum bestämma i vilken proportion avkastningen från den fond de förvaldade skulle fördelas bland förmånstagarna. *Trustees* beslutade istället att tills vidare fastställa förbestämda proportioner som skulle fördelas. Enligt *Court of Appeal* var detta beslut, i den mån det avsåg att kontrollera framtida inkomstfördelningar, otillräckligt för att uppfylla deras *fiduciary* åliggande.<sup>85</sup>

Enligt Fletcher-Moulton L.J. är det problematiskt att fjättra en *fiduciary* i hans handlingsfrihet eftersom det tillåter ett beslut ”... *in a specified manner to be decided by considerations other than his own conscientious judgment at the time as to what is best in the interests of those for whom he is trustee*”.<sup>86</sup> Den enda inskränkande influensen *fiduciary*:n får ta hänsyn till är sin egen samvetsgranna bedömning av förmånstagarens intresse. Om *fiduciaries* tilläts fjättra sin handlingsfrihet i förväg genom beslut, avtal eller åtaganden, skulle det beslut de tog när de bestämde sig för att utöva sin befogenhet inte anses vara taget i vad *fiduciary*:n i den stunden ansåg vara förmånstagarens intresse.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> [Finn 1977], s 21.

<sup>82</sup> *Selangor United Rubber Estates v. Craddock* [1968] W.L.R. 1555.

<sup>83</sup> [Finn 1977], s 21.

<sup>84</sup> [1950] 2 All E.R. 891.

<sup>85</sup> *Ibid*, s. 895.

<sup>86</sup> *Osborne v. Amalgamated Society of Railway Servants* [1909] 1 Ch, s. 187.

<sup>87</sup> [Finn 1977], s 25.



För att man ska kunna säga att bestämmanderätten är fjättrad krävs alltså att tidpunkten då den ska utövas ännu inte inträffat. Denna regel förutsätter att det finns en identifierbar tidpunkt då *fiduciary:n* är skyldig att utöva sin makt. Låt oss ta ett exempel. En *trustee* förfogar över en fast egendom som han har rätt att sälja. Istället beviljar han en viss person en option att köpa till ett fast pris inom en viss tid. Härmed fjättrar han sin handlingsförmåga, dvs. utan att egentligen ha sålt egendomen har han övergett sin rätt att i framtiden ta ett beslut som kanske skulle tjäna förmånstagarens intresse bättre. Är en sådan option bindande för en förmånstagare som kanske kunnat erhålla mer för fastigheten när optionen inlöses?<sup>88</sup>

Domstolarna har accepterat att vissa beslut tagna av *fiduciaries* inte blir infriade förrän i framtiden. I *Thorby v. Goldberg*<sup>89</sup> ingick en bolagsstyrelse, som en del i en omorganisation, ett avtal med potentiella aktieägare. Avtalet gick ut på att styrelsen skulle ändra bolagets stadgar och utfärda en ny grupp av aktier ifall de spekulerande investerade i bolaget. Domaren Kitto framhöll:

*”There are many kinds of transaction in which the proper time for the exercise of the director’s discretion is the time of the negotiation of the contract, and not the time at which the contract is to be performed... If at the former time they are bona fide of opinion that it is in the interests of the company that the transaction should be entered into and carried into effect, I see no reason in law why they should not bind themselves to do whatever under the transaction is to be done by the board.”*<sup>90</sup>

Fallet illustrerar att vad som på ytan verkar vara ett fall av bunden handlingsfrihet, kan vara ett lagligt utövande av *fiduciary:s* befogenhet. Följaktligen är det nödvändigt att fastställa hur och när en *fiduciary* kan utöva sin makt innan man kan ta ställning till huruvida han fjättrat den på förhand.<sup>91</sup> I det fall lagen eller instrumentet som tilldelat *fiduciary:n* hans bestämmanderätt inte uttryckligt stipulerar när och hur denna bestämmanderätt ska utövas är han skyldig att använda den som och när han anser att ett beslut är till förmånstagarens fördel.<sup>92</sup>

#### **2.4.1.4 Skyldighet att överväga huruvida bestämmanderätten ska utövas**

Trots att en befogenhet kännetecknas av att en efterföljande handling inte är obligatorisk, är en *fiduciary* förbjuden att ignorera den handlingsmakt han erhållit genom att acceptera sin tjänst. Den makt *fiduciary:n* besitter är inte bara ett verktyg för att utföra hans skyldigheter gentemot förmånstagaren. Den är också ett redskap att skydda och främja förmånstagarnas intressen med, som och när *fiduciary:n* anser att makten bör utövas i detta syfte. Hans

---

<sup>88</sup> [Finn 1977], s 26.

<sup>89</sup> (1964) 112 C.L.R. 597.

<sup>90</sup> *Thorby v. Goldberg* (1964) 112 C.L.R. 597, s. 606.

<sup>91</sup> [Finn 1977], s 27.

<sup>92</sup> [Finn 1977] s 25.

*fiduciary duties* kräver att han överväger huruvida han ska agera – och detta är en pågående skyldighet.<sup>93</sup> Därför kan t.ex. *trustees* inte ignorera en handlingsbefogenhet genom att vägra överväga huruvida den bör utövas.<sup>94</sup>

Efterlevnaden av en ”skyldighet att överväga” är dock svår att kontrollera. Formulerad som en positiv skyldighet, innebär den i praktiken inte mer än en förmaning till *fiduciaries* att vara på alerten och beredda att vidta handling när ett för deras förmånstagare gynnsamt tillfälle ges.<sup>95</sup> För att brott mot den här *fiduciary duty*:n ska föreligga krävs troligtvis att en positiv vägran att agera kan påvisas. I *Klug v. Klug*<sup>96</sup> vägrade en *trustee* att samarbeta med sin *co-trustee* till förmånstagarens (*trustee*:s egen dotter) fördel, eftersom dottern hade gift sig utan *trustee*:s godkännande.

Skulle ett brott mot skyldigheten att överväga att agera trots allt kunna konstateras finns ingen tillfredsställande sanktion. Domstolen kan av förståliga skäl inte tvinga en *fiduciary* att överväga en handling. Även i fall av bevisad inaktivitet, om t.ex. styrelsen i ett framgångsrikt företag antar en policy att vara inaktiva i bolagets affärer, är det svårt för domstolen att bestraffa brottet mot *fiduciary duties*. Bolaget får istället utkräva ansvar för försumlighet och vårdslöshet.<sup>97</sup> Om däremot parterna avtalsvis ålagt *fiduciary*:n en skyldighet att agera som han ignorerar, kan förmånstagaren stämma *fiduciary*:n för kontraktsbrott. Skyldigheten härrör då ur *law* och inte ur *equity*.

#### **2.4.1.5 Skyldighet att inte agera i sitt eget eller någon tredje mans intresse**

*Equity* har utvecklat en långtgående ovilja mot att tillåta personer som åtagit sig att tjäna någon annan att använda sin position till sin egen fördel.<sup>98</sup> Även de mest omtalade reglerna bland *fiduciary duties of good faith*, de nedan diskuterade förbuden mot tjänstekonflikt och intressekonflikt<sup>99</sup>, ämnar hindra *fiduciary*:n från att utföra handlingar i egenintresse. En *fiduciary* tjänsteman träffas med hänsyn till den position han innehar automatiskt av båda förbuden. Den dubbla regleringen får som konsekvens att ett beslut en *fiduciary* tar, som tycks gynna honom själv, kan ifrågasättas utifrån flera grunder. Ett ”felaktigt” beslut kan alltså innebära både ett brott mot *fiduciary powers* och *duties of good faith*. Det kan också anses strida mot endast den ena av principerna.<sup>100</sup>

<sup>93</sup> Att detta är en pågående skyldighet illustreras även av skyldigheten att inte fjättra bestämmanderätten, se avsnitt 2.3.3.1.3 ovan.

<sup>94</sup> *In re Gulbenkian's Settlement; Wishaw v. Stephens* [1970] A.C. 508

<sup>95</sup> [Finn 1977], s 34.

<sup>96</sup> [1912] 2 Ch. 67.

<sup>97</sup> [Finn 1977], s 35.

<sup>98</sup> *Ibid*, s 47.

<sup>99</sup> Se nedan under avsnitt 2.4.2.

<sup>100</sup> [Finn 1977], s 47.

För att det allmänna förbudet mot intressekonflikt baserat på *duties of good faith*<sup>101</sup> ska komma ifråga krävs tre förutsättningar:

- (a) *Fiduciary*:n får inte ha en uttrycklig tillåtelse att beakta sina egna intressen;
- (b) Den intressekonflikt som uppstår måste otvetydigt vara en konsekvens av *fiduciary*:s eget agerande; och
- (c) *Fiduciary*:n måste ha ett för förmånstagaren dolt egenintresse.<sup>102</sup>

Följaktligen tillämpas skyldigheten att inte agera i sitt eget eller tredje mans intresse (*fiduciary power*) när en eller flera av följande omständigheter föreligger:

- (a) *Fiduciary*:n är av förmånstagarna **auktoriserad** att handla i sina egna intressen. Det är inte ovanligt att en *fiduciary* vid utförandet av sitt uppdrag tillåts handla med sig själv i kapacitet av privatperson eller på ett sätt som gynnar honom själv. En bolagsordning kan t.ex. auktorisera styrelseledamöter att köpa från eller sälja till bolaget, emittera obligationer, eller låna pengar från bolaget, och samtidigt tillåta den intresserade styrelseledamoten att rösta i beslutet angående försäljningen, köpet, etc.<sup>103</sup>

Men trots att en handlingsbefogenhet uttryckligen tillåter *fiduciary*:n att ha ett egenintresse i dess utövande, är det en befogenhet han innehar i kraft av sitt ämbete. Domstolen ingriper därför i fall där förmånstagaren kan visa att *fiduciary*:n i syfte att gynna sig själv handlat enbart i sitt eget intresse och inte tagit hänsyn till förmånstagarnas (eller om han beaktat dem, likväl ignorerat dem). I *Re Yorke (Stationers)*<sup>104</sup> ogillades en försäljning två styrelseledamöter genomförde av sitt bolags åtagande till sig själva (vilket de visserligen hade tillåtelse att göra), med motiveringen att: ”*at no point had the interests of the company ever entered their minds*”.<sup>105</sup> Utanför bolagssfären är fall av brott mot skyldigheten ovanliga inom den här kategorin, till stor del beroende på svårigheterna att bevisa att en oegentlighet ligger bakom *fiduciary*:s vinst.<sup>106</sup>

- (b) *Fiduciary*:s förtjänst har uppstått som en **oavsiktlig konsekvens** av ett agerande i förmånstagarnas intresse. Kontentan av praxis visar att när en *fiduciary* under utövandet av sitt uppdrag av en slump också

---

<sup>101</sup> För en noggrannare genomgång av det generella *fiduciary* förbudet mot intressekonflikt se avsnitt 2.4.2.5.

<sup>102</sup> [Finn 1977], s 48.

<sup>103</sup> Detta är tillåtet enligt t.ex. U.K. *Companies Act* 2006. Enligt section 197 måste en sådan transaktion föregås av ett styrelsebeslut. Klausulen som tillåter den intresserade styrelseledamoten att rösta måste vara skriven på ett sätt som ”inte väcker anstöt”, se *Re Yorke (Stationers)* [1965] N.S.W.R. 446. Den svenska aktiebolagslagen innehåller dock strikta regler om *jäv* för styrelseledamöter. Se Aktiebolagslagen 8 kap. 23 §.

<sup>104</sup> [1965] N.S.W.R. 446.

<sup>105</sup> *Ibid*, s 452.

<sup>106</sup> [Finn 1977], s 49.

gynnas själv, är det inte otillbörligt *per se* att han behåller vinsten. Det krävs att omständigheterna tydligt visar att det var en oundviklig slump att *fiduciary* själv skulle gynnas, och att förmånstagaren inte kan visa att *fiduciary*:n handlade i ett dominerande syfte att erhålla den aktuella fördelen, oavsett vad förmånstagarnas intressen var.<sup>107</sup>

Fallen av oförutsedda förtjänster är ovanliga och beror på unika faktiska omständigheter. I *Re Pelly's Will Trusts*<sup>108</sup> genomförde en arrendator på egen bekostnad förbättringsarbeten på den åkermark han nyttjade, med löfte om att hans utlägg skulle ersättas av markägaren. Skattelagstiftningen tillät arrendatorn att göra vissa avdrag på skatten för kapitalutlägg i förbättringssyfte och han återfick en del av summan i form av avdrag på skatten. Markägaren ville därför dra av en del av skulden som motsvarade den summa arrendatorn erhöll i skattelättnad. *Court of Appeal* ansåg att skatteskyldighet är något personligt och icke överförbart. Således bör även en fördel i form av skattelättnad någon åtnjuter vara personlig. Markägaren fick därför inte dra av den summa arrendatorn tjänat i skatteavdrag, eftersom det belopp han var skyldig arrendatorn motsvarade det arrendatorn lagt ut på förbättringsarbetena.

- (c) **Förmånstagarna känner till *fiduciary*:s egenintresse.** En *fiduciary* kan göra sig ”immun” mot både skyldigheten att inte handla i sitt eget intresse och det allmänna förbudet mot intressekonflikt genom att avslöja sina eventuella egna intressen i ett beslut som han ska fatta på uppdrag av förmånstagarna, och försöka få deras godkännande av beslutet oaktat hans personliga intresse. Huruvida ett beslut som fattas i enlighet med *fiduciary*:s för förmånstagarna kända intresse är giltigt, beror då på hur detaljerat *fiduciary*:n avslöjat sina egna intressen. Om någon väsentlig information undanhålls från förmånstagarna är avslöjandet otillräckligt och ett brott mot skyldigheten att inte handla i egenintresse föreligger, oavsett om *fiduciary*:s intention var att gynna förmånstagarna eller inte.<sup>109</sup>

Vanligtvis förlitar sig en förmånstagare som vill angripa ett beslut som kan klandras både utifrån *fiduciary powers* och *duties of good faith* på den senare. Detta eftersom han i så fall enbart behöver bevisa ett för honom okänt intresse och dess inverkan på *fiduciary*:s beslut. Han behöver inte bevisa att *fiduciary*:n hade något syfte att gynna sig själv på förmånstagarens bekostnad, vilket han måste göra om han väljer att förlita sig på den förstnämnda regeln.<sup>110</sup> I vissa fall verkar ett beslut korrekt på ytan och det är först när *fiduciary*:s intentioner granskas närmare som det uppenbaras att ett personligt intresse legat bakom beslutet. Förmånstagarens invändning bör i så fall baseras på ett brott mot skyldigheten att inte agera i

---

<sup>107</sup> Ibid, s 50.

<sup>108</sup> [1957], Ch. 1.

<sup>109</sup> [Finn 1977], s 51. Se vidare under avsnitt 5.2.3 angående avslöjande och medgivande.

<sup>110</sup> Ibid, s 47.

sitt eget intresse (*fiduciary powers*), eftersom domstolen då gör en grundligare undersökning av *fiduciary*:s avsikter.<sup>111</sup>

*Fiduciary*:n får i sitt tjänsteutövande inte heller verka i syfte att gynna en icke-förmånstagare. Att gynna utomstående ses som ett mycket allvarligt brott. En handling en *fiduciary* vidtagit i syfte att sätta en tredje man i en fördelaktigare position är därför ogiltig, såvida inte omständigheterna visar att *fiduciary*:s agerande i slutändan faktiskt gynnade förmånstagarna.<sup>112</sup> I *Sutherland v. Sutherland*<sup>113</sup> hyrde en arrendator ut ett hus till sin fru på den arrenderade marken. Domstolen ogiltigförklarade avtalet med hänvisning till att arrendatorns huvudsakliga syfte var att ge hustrun ett hem efter hans egen bortgång, och markägarens intressen hade överhuvudtaget inte beaktats. En motsatt utgång fick fallet *Re Clifford*<sup>114</sup>, i vilket *trustees* som ägde aktier röstade för ett beslut att utge avgångsvederlag till vissa anställda när bolaget la ner en del av sin verksamhet. Domstolen ansåg att under de föreliggande omständigheterna kunde den omotiverade betalningen likväl ses som en fördel för förmånstagarna. Brott mot den här skyldigheten är också överrepresenterad inom företagsvärlden.<sup>115</sup>

#### 2.4.1.6 Skyldighet att behandla förmånstagare med lika rättigheter lika

I många relationer där förmånstagare har samma rättigheter och intressen i *fiduciary*:s agerande förekommer positiv lagstiftning, som föreskriver hur *fiduciary*:n ska agera rättvist utifrån maximen "*Equality is Equity*" ("jämlighet är rättvishet"). Ofta lämnas *fiduciary*:n utan någon befogenhet alls att handla efter eget huvud; detta gäller framförallt när *fiduciary*:n har till uppgift att fördela tillgångar eller förluster bland förmånstagarna.<sup>116</sup> I t.ex. konkurslagstiftning är principen om jämlighet av fundamental betydelse, vilket innebär att alla visade skulder ska betalas *pari passu*.<sup>117</sup>

Utan en uttrycklig rättighet att diskriminera under specifika omständigheter kan en *fiduciary* inte handla på ett sätt som gynnar vissa av hans förmånstagare och missgynnar andra.<sup>118</sup> I *Galloway v. Halle Concerts Society*<sup>119</sup> slog domstolen fast att en ojämlik behandling av jämbördiga förmånstagare är ett brott mot *fiduciary duties*, trots att *fiduciary*:n hade goda intentioner och uppriktigt trodde att hans beslut gynnade förmånstagarna som grupp. Med undantag för de fall där vissa förmånstagare samtycker till att bli missgynnade i förhoppning att samtliga i slutändan ska gynnas, är det osannolikt att domstolarna kommer att tillåta

---

<sup>111</sup> Ibid, s 48.

<sup>112</sup> [Finn 1977], s 51.

<sup>113</sup> (1893) 3 Ch. 169.

<sup>114</sup> [1948] S.A.S.R. 83.

<sup>115</sup> [Finn 1977], s 51.

<sup>116</sup> Ibid, s 56.

<sup>117</sup> Se t.ex. UK *Bankruptcy Act* 1914, s.33(7) eller Australian *Bankruptcy Act* 1966, s. 109(7).

<sup>118</sup> [Finn 1977], s 56.

<sup>119</sup> [1915] 2 Ch. 233.

ett beslut som inte ”*on its face*” får samma konsekvenser för samtliga parter.<sup>120</sup>

Skyldigheten att behandla förmånstagare i samma klass lika vållar sällan problem. Två saker bör dock påpekas. Som diskuterats i avsnitt 2.4.1.2 kan *fiduciary:n* konsultera med, och verkställa förmånstagarnas önskingar. Om de alla tillhör samma klass, men har olika åsikter angående hur deras intressen ska tillvaratas, är det inte *per se* felaktigt av *fiduciary:n* att handla enligt majoritetens önskemål om han anser att en sådan handling trots allt gynnar samtliga förmånstagare. Men om majoritetens önskemål i själva verket har för avsikt att gynna enbart dem själva, eller att missgynna minoriteten, riskerar *fiduciary:n* att bryta mot sin *duty* om han införlivar ett sådant krav. Vidare kan en handling som på ytan ser ut att påverka alla förmånstagare likvärdigt vara förkastlig om den haft som primärt syfte att indirekt sätta endast vissa i ett bättre läge.<sup>121</sup>

#### 2.4.1.7 Skyldighet att behandla förmånstagare med olika rättigheter rättvist

Rättspraxis har slagit fast att en *fiduciary* är skyldig att behandla olika klasser av förmånstagare ”*fairly*” och ”*with an even hand*”; *fiduciary:n* måste med andra ord vara rättvis.<sup>122</sup> Skyldigheten att agera rättvist har visat sig svår att applicera i praktiken. Frågor om vad som är rättvist tenderar att vara kontroversiella frågor som beror på åsiktsskiljaktigheter, och ”rättvisa” beslut i ett sådant läge gör oftast samtliga parter missnöjda.<sup>123</sup>

Huruvida ett specifikt beslut är rättvist eller orättvist är i allra högsta grad en fråga som endast kan diskuteras utifrån omständigheterna i det aktuella fallet. Exempelvis brukar *trustee:s* beslut bedömas i ljuset av att hans primära uppgift är att bevara *trust*-egendomen, en av domstolen utsedd god man utifrån hans ”omhändertagande” funktion, och likvidatorn i relation till hans skyldighet att tjäna dem som har ett verkligt intresse i avvecklingen.<sup>124</sup> Enligt Finn kan de fall där domstolarna ansett att *fiduciary:n* handlat orättvist delas in i två kategorier;

- (a) Fall där *fiduciary:n*, oavsett om det är medvetet eller inte, handlar på ett sett som gynnar eller missgynnar enbart vissa av hans förmånstagare.
- (b) Fall där *fiduciary:n*, trots att han har för avsikt att agera i samtligas intresse, fattar ett beslut vars konsekvenser är orättvisa gentemot vissa.<sup>125</sup>

---

<sup>120</sup> Se t.ex. *Preston v. Grand Collier Dock Co.* (1840) 11 Sim. 327 och *Alexander v. Automatic Telephone Company* [1900] 2 Ch. 56.

<sup>121</sup> [Finn 1977], s 57-58.

<sup>122</sup> *In re Charteris; Charteris v. Biddulph* [1917] 2 Ch. 397 och *Henry v. Great Northern Railway Company* [1857] 1 De G. & J. 638.

<sup>123</sup> [Finn 1977], s 46.

<sup>124</sup> *Ibid*, s 59.

<sup>125</sup> *Ibid*, s 60.

I många fall har lagstiftaren ingripit genom att föreskriva hur *fiduciary*:n ska skipa rättvisa mellan förmånstagarna. Detta syns kanske allra tydligast inom bolagsrätten, vilken innehåller en hel uppsjö av regler av minoritetsskydd.<sup>126</sup>

#### 2.4.1.8 Skyldighet att inte agera godtyckligt eller totalt oförnuftigt

Det skydd *equity*-reglerna erbjuder förmånstagare vore ofullständigt om det inte existerade någon generalklausul enligt vilken domstolarna kunde fastställa att *fiduciary*:n, oavsett vad han själv avsåg eller trodde, inte har handlat i förmånstagarnas intresse. Domstolen har i en rad fall utifrån ett objektivt perspektiv ansett att *fiduciary*:n, trots att han inte positivt verkat i någon annans intresse eller diskriminerat någon förmånstagare, uppenbarligen brutit mot sina *fiduciary duties*.<sup>127</sup> En mängd beteckningar har använts för att beskriva sådana handlingar, exempelvis ”*arbitrary*”, ”*capricious*”, ”*wanton*”<sup>128</sup>, ”*utterly unreasonable and absurd*”<sup>129</sup> och ”*mischievous or ruinous*”<sup>130</sup>.

I dessa fall har det varit så omöjligt att på något vis se att *fiduciary*:n verkat i förmånstagarnas intresse att domstolen ansett sig skyldig att ingripa, trots att det som en generell regel är *fiduciary*:n (och inte domstolarna) som avgör vad som ligger i förmånstagarnas intressen. Domstolarna har dock en ganska restriktiv ”*non-intervention*”-policy och granskar därför inte rena bedömningsfel. För att någon ska ha agerat godtyckligt eller totalt oförnuftigt kräver de bevis på ”*something overwhelming*”.<sup>131</sup>

#### 2.4.2 Standards of Loyalty and Fidelity

Dessa skyldigheter kallas även ”*duties of good faith*” och utgör den gängse uppfattningen av vad *fiduciary obligations* innebär. *Good faith*-doktrinen är *equity*:s sätt att utkräva en viss minimistandard av gott uppförande från personer som i anses befinna sig närmare än ett armlängdsförhållande i sina relationer till andra.<sup>132</sup> Med ett armlängdsförhållande åsyftas en transaktion i vilken parterna agerar oberoende av varandra och inte har någon närmare relation till varandra.<sup>133</sup> *Good faith* sägs vara det mentala och moraliska tillståndet av ärlighet, dvs. övertygelsen om att en åsikt är sann eller osann, att ett beteende är riktigt eller klandervärt, även om övertygelsen objektivet

<sup>126</sup> Se Af Sandberg, Aktiebolagsrätten, Studentlitteratur, Stockholm, 2006, s 82ff. För engelsk rätt, se [Finn 1977], s 64-74.

<sup>127</sup> [Finn 1977], s 46.

<sup>128</sup> Alla dessa uttryck användes i *Re Bell Brothers; Ex p. Hodgeson* (1891) 65 L.T. 245.

<sup>129</sup> *Ex p. Llyod; re Peters* (1882) 47 L.T. 65

<sup>130</sup> *In re Brittlebank* (1881) 30 W.R. 100

<sup>131</sup> [Finn 1977], s 75.

<sup>132</sup> *Ibid*, s 78.

<sup>133</sup> Cranston, Principles of Banking Law, 2 uppl, Oxford University Press, Oxford, 2002, s 138.

sett är ogrundad. Dessa överväganden görs både inom *common law* och *civil law* för att avgöra vilka skyldigheter olika former av mänskliga åtaganden innebär.<sup>134</sup>

Enligt Finn kan *duties of good faith* delas in i åtta mer specifika regler, vilka precis som de ovan diskuterade *fiduciary powers* inte heller har för avsikt att utgöra en uttömmande uppräkningslista.<sup>135</sup> *Duties of good faith* har, precis som *fiduciary powers*, det primära syftet att se till att en person som åtagit sig att handla för en annan agerar lojalt och korrekt, vilket gör att skyldigheterna delvis överlappar varandra. *Fiduciary office holders* måste således handla i enlighet med både *fiduciary powers* och *standards of loyalty and fidelity* under sitt utövande.

### 2.4.2.1 Skyldighet att inte utöva otillbörligt inflytande

Att åsidosätta ett kontrakt med hänvisning till att det författades under påtryckningar eller tvång är inte lätt enligt *common law*. Personer förväntas visa en hög grad av motståndskraft mot allt utom de allra grövsta och olagliga formerna av påtryckningar. Därför har *equity* förbarmat sig över de mer subtila och lömska formerna av tvång.<sup>136</sup>

Trots att domstolen är ytterst ovillig att ingripa i transaktioner mellan personer som anses befinna sig på en armlängds avstånd, befriar de en person från ett gåvolöfte eller ett kontrakt om personen i fråga kan bevisa att han förband sig till transaktionen p.g.a. någon annans otillbörliga inflytande.<sup>137</sup> Dessa fall är enligt Lindley L.J. fall där "...*there has been some unfair and improper conduct, some coercion from outside, some overreaching, or some form of cheating...*"<sup>138</sup> I *Johnson v. Buttress*<sup>139</sup> befriades en person ur ett avtal eftersom "*the transaction was the outcome of such an actual influence over his mind ... that it cannot be considered his free act...*".<sup>140</sup> Liksom vid övrig tvångslagstiftning ligger bevisbördan på den part som önskar frångå kontraktet.<sup>141</sup>

Vidare kan ett tidigare förhållande mellan partner, där den ena parten stod i ett inflytelserikt eller auktoritärt förhållande gentemot den andra, ligga till grund för en presumtion för att överenskommelsen bottnar i att personen som innehade en dominerande ställning missbrukat sin position. Den part som hade den inflytelserika positionen måste då motbevisa presumtionen.<sup>142</sup>

Det råder viss oenighet i frågan om vilka förhållanden som innebär att den ena parten står under den andras inflytande. Domstolen har flera gånger

---

<sup>134</sup> Shepherd, aa, s 67.

<sup>135</sup> [Finn 1977], s 78.

<sup>136</sup> Shepherd, aa, s 38.

<sup>137</sup> [Finn 1977], s 79.

<sup>138</sup> *Allcard v. Skinner* (1887), s 181.

<sup>139</sup> (1936) 56 C.L.R 113

<sup>140</sup> *Ibid.* s 164.

<sup>141</sup> [Finn 1977], s 82.

<sup>142</sup> *Ibid.* s 79.



påpekat att: "...it is neither feasible nor desirable to attempt closely to define the relationship, or its characteristics, or the demarcation line showing the exact transition point where a relationship that does not entail the fiduciary duty passes into one that does".<sup>143</sup> I rättspraxis fastslagna förhållanden är de mellan advokaten och klienten<sup>144</sup>, föräldern och barnet<sup>145</sup>, religiösa rådgivare och hängivna anhängare<sup>146</sup>, samt mellan förlovade par<sup>147</sup>, men märkligt nog inte mellan man och hustru<sup>148</sup>.

Följande omständigheter ger upphov till en presumtion för att en person handlat på ett visst sätt p.g.a. en annan persons inflytande:

- (a) Existensen av en möjlighet att erhålla ett inflytande eller förtroende och att utnyttja ett sådant övertag, och
- (b) Relationens karaktär är inte tillräcklig för att förklara varför en transaktion genomförts eller godtas utan misstanke om missbrukat förtroende.<sup>149</sup>

Det räcker alltså inte med att en person haft ett visst inflytande över en annan, eller att den andre förlitar sig på personen för att en överenskommelse dem emellan ska åsidosättas. Det krävs en överlägsenhet och en tillit, att den ena parten dominerats eller som Dixon J uttryckte det i *Johnson v. Buttress*<sup>150</sup>, att den ena parten "is governed by the other's judgement, gives him his dependence and entrusts him with his welfare".

Ett förhållande där den ena parten influerar den andra kan också bevisas genom de faktiska omständigheterna, oavsett det legala förhållandet. I *Lloyd's Bank v. Bundy*<sup>151</sup> ansågs t.ex. en sådan förtroenderelation föreligga mellan en bank och dess kunder och i *Re Craig*<sup>152</sup> mellan en äldre man och hans kvinnliga följeslagerska.

Så fort ett sådant förhållande har konstaterats presumeras att ett fördelaktigt kontrakt eller en gåva erhållits p.g.a. att parten utnyttjat sin dominerande ställning. För att avgöra om den underlägsne parten handlat frivilligt beaktas bl.a. följande faktorer<sup>153</sup>;

- (a) Den underlägsne partens ålder, utbildning och psykiska tillstånd.
- (b) Övriga omständigheter som förelåg då avtalet slöts.
- (c) Hade en person i sina sinnens fulla bruk vidtagit samma transaktion?
- (d) Vems idé var kontraktet eller gåvan?

---

<sup>143</sup> *Lloyd's Bank v. Bundy* [1975] Q.B. s 341.

<sup>144</sup> *Wright v. Carter* [1903] 1 Ch. 27

<sup>145</sup> *Lamotte v. Lamotte* (1942) 42 S.R. (N.S.W.) 99.

<sup>146</sup> *Allcard v. Skinner* (1887) 36 Ch.D. 145.

<sup>147</sup> *Yerkey v. Jones* (1938-39) 63 C.L.R. s 675.

<sup>148</sup> *Yerkey v. Jones* (1938-39) 63 C.L.R. s 649.

<sup>149</sup> [Finn 1977], s 84.

<sup>150</sup> (1936) 56 C.L.R. s 135.

<sup>151</sup> [1975], Q.B. 326.

<sup>152</sup> [1971] Ch. 95.

<sup>153</sup> [Finn 1977], s 86-87.

(e) Fick den underlägsne parten råd från någon utomstående?

Förbudet mot otillbörligt inflytande är den av *fiduciary*-reglerna som används mest. Den tillämpas bara på *inter vivos* transaktioner eftersom testamentsförfoganden regleras av särskild lagstiftning.<sup>154</sup>

### 2.4.2.2 Skyldighet att inte missbruka egendom som innehas i egenskap av fiduciary.

Egendom som innehas av en *trustee* har inte tilldelats honom för hans egen vinnings skull och det är således förmånstagaren, och inte *trustee*:n, som är berättigad till all eventuell vinst egendomen genererar under *trustee*:s innehav.<sup>155</sup> En *trustee* som överträder sin befogenhet och handlar med *trust*-egendomen i sina egna syften, måste inte bara återställa de anförtrodda medlen, utan också redovisa för den vinst han gjort.<sup>156</sup> Principen om otillbörlig vinst har spridit sig från *trust*-lagstiftningen och tillämpas idag analogt på en stor grupp av människor som besitter, kontrollerar eller äger egendom, men liksom *trustees*, inte har rätt att använda egendomen som det behagar dem.<sup>157</sup>

Rättsfallet *Shallcross v. Oldham*<sup>158</sup> illustrerar räckvidden av principens tillämpning. En befälhavare hade fått befogenhet att engagera skeppet i fraktuppdrag. Befälhavaren hade svårt att hitta lukrativa uppdrag och han använde därför, utan ägarens vetskap, skeppet till att transportera en egen last och debiterade sig själv normal frakttaxa. När det hela uppdagades stämde skeppets ägare befälhavaren inte bara på fraktavgiften, utan även på förtjänsten han gjort när han sålt det transporterade godset. Domstolen fastslog att *equity*:s princip innebar: "...where a chattel is entrusted to an agent to be used to the owner's benefit, all the profits which the agent may make by using that chattel belong to the owner".<sup>159</sup> *Fiduciaries* skyldighet att inte utnyttja egendom de innehar är därför mycket sträng.

### 2.4.2.3 Skyldighet att inte missbruka konfidentiell information<sup>160</sup>

Skyldigheten att inte missbruka konfidentiell information har *equity* formulerat till en bred princip: "...he who has received information in confidence shall not take unfair advantage of it. He must not make use of it to the prejudice of him who gave it without obtaining his consent".<sup>161</sup>

---

<sup>154</sup> Ibid, s 82.

<sup>155</sup> [Finn 1977], s 89.

<sup>156</sup> Se t.ex. *Docker v. Somes* (1834) 2 My. & K. 664-665.

<sup>157</sup> [Finn 1977], s 89.

<sup>158</sup> (1862) 2 J. & H. 609.

<sup>159</sup> Ibid, s 61.

<sup>160</sup> Jag ämnar här att gå igenom de principer som gäller inom *equity* och utelämnar därför medvetet den allt mer växande lagstiftningen på området, då denna lagstiftning i stor utsträckning bygger på i praxis och affärsvärlden etablerade principer.

<sup>161</sup> *Seager v. Copydex* [1967] 1 W.L.R, s 931.

Information *fiduciary*:n har erhållit i förtroende får alltså endast användas på ett sätt som gynnar förmånstagaren eller ligger i dennes intressen, och får inte användas i *fiduciary*:s egna eller någon utomståendes intressen.<sup>162</sup>

Sedan början av 1900-talet har det ansetts legitimt att uppgiftslämnare ålägger uppgiftsmottagare restriktioner i förhållande till uppgifter som lämnas ”i förtroende”. Domstolarna har dock inte använt ett enhetligt mönster för att uppnå ett skydd för den konfidentiella informationen. För att sammanfatta kan följande tre grunder för att konstatera ett brott mot konfidentialitetsplikten anses dominera<sup>163</sup>;

- (a) **Informationen klassificeras som egendom:** Ett sådant påstående bygger på att viktig information har ett kommersiellt värde, och omfattar särskilt industrirelaterad information. Men all information som lämnas i förtroende kan inte anses utgöra egendom. I de fall domstolen har ansett att en *fiduciary* missbrukat konfidentiell information på grund av att informationen anses utgöra förmånstagarens egendom, har särskilda omständigheter förelegat både beträffande informationen och sättet på vilket den kommunicerats.<sup>164</sup>
- (b) **Informationens konfidentialitet härleds ur avtal:** I *Ansell Rubber Co. v. Allied Rubber Industries*<sup>165</sup> indikerar Gowans J. att en skyldighet att hantera information konfidentiellt kan uppkomma ”...by reason of the terms of an agreement, or what is implicit in them, by reason of the nature of the relationship between the persons, or by reason of the subject matter and the circumstances in which the subject matter has come into the hands of the person charged with the breach”. Kontrakt som stadgar att all information parterna emellan ska vara konfidentiell vållar sällan problem. Allmän avtalsfrihet råder och har parterna velat skydda ett ömsesidigt informationsflöde ser domstolarna ingen anledning att ingripa.<sup>166</sup> Sådana förhållanden som p.g.a. sin natur implicit anses innebära en skyldighet att behandla information konfidentiellt kan delas in i tre kategorier. Den första är professionella förhållanden<sup>167</sup>, vilken inbegriper doktorer, revisorer, advokater, banktjänstemän och rådgivare i förhållande till sina kunder och klienter. Dessa ålägganden speglar principen om otillbörligt inflytande då många personer i denna kategori anses ha en dominerande ställning som de inte får missbruka.<sup>168</sup>

Den andra kategorin består av arbetsgivare och arbetstagare. Domstolen har intagit ställningen att: ”*the relationship between*

---

<sup>162</sup> [Law Commission 1995], s 32.

<sup>163</sup> [Finn 1977], s 131.

<sup>164</sup> Ibid, s 132.

<sup>165</sup> [1967] V.R. 37.

<sup>166</sup> Hellner, *Kommersiell Avtalsrätt*, 4 uppl, Juristförlaget, Stockholm, 1993, s 95-96.

<sup>167</sup> *Parry-Jones v. Law Society* [1969].

<sup>168</sup> [Finn 1977], s 135.

*master and servant is always confidential, though in differing degrees*".<sup>169</sup> Arbetstagaren är dock bara förbjuden att missbruka information som har "*the necessary quality of confidence about it*".<sup>170</sup> Det föreligger alltså en objektiv kvalitetströskel för att ett missbruk av konfidentiell information ska kunna komma ifråga. All information som en arbetsgivare delger en arbetstagare i förtroende är inte så pass "viktig" att en arbetstagare som bryter sitt förtroende anses ha brutit mot sin *fiduciary duty*.

Den sista kategorin omfattar personer i förhållanden som bygger på ömsesidigt förtroende och samförstånd. Varje dag avslöjar personer de mest intima detaljer om sig själva för andra som de anser sig ha ett förhållande av tillit och ömsesidigt förtroende med. Anledningen till att de yppar hemligheter kan variera; kanske vill de dela med sig av en börda eller be om ett råd. Exempel på sådana förhållanden är gifta par, intima vänskapsförhållanden, eller rådgivare.<sup>171</sup> Själva frågan i sådana här fall är oftast av naturliga skäl trivial och faller således utanför domstolens jurisdiktion p.g.a. *de minimis*-regeln<sup>172</sup>, men kommer ett dylikt förhållande inför domstol är det troligt att domstolen bedömer det vara av konfidentiell natur och därmed har *fiduciary:n* en skyldighet att inte missbruka den information han erhållit.

- (c) **En allmän princip baserad på förtroende och tillit:** När en bank erhåller information om t.ex. en kunds kreditvärdighet kan informationen knappast klassificeras som egendom, i det att den skulle ha något slags kommersiellt värde. I sådana fall baseras en skyldighet att hantera informationen konfidentiellt snarare på en slag allmän lojalitetsprincip. Den här vägen tycks domstolen ha valt när de har velat applicera *equity:s* princip om konfidentiell information på en *fiduciary* som inte faller under kategori a eller b. Bl.a. banksekretessen anses baserad på den här principen. För att en person med förtroende skall kunna vända sig till en bank för att få råd och hjälp i ekonomiska frågor måste han vara säker på att de uppgifter som lämnas, inte förs vidare till utomstående. Detta förtroende är en förutsättning för att bankerna skall kunna fylla sina viktiga uppgifter i näringsliv och samhälle. Därför tillämpas i all bankverksamhet sekretess d.v.s. det råder tystnadsplikt. Det finns dock fall då banken enligt lag eller av andra särskilda skäl är skyldig eller har rätt att lämna upplysning om sådant som annars skulle vara sekretesskyddat.

För att konfidentialitetsskyldigheten ska slå till krävs självklart att informationsmottagaren insåg eller borde ha insett att informationen är

---

<sup>169</sup> *Putsman v. Taylor* [1927] 1 K.B., 637.

<sup>170</sup> *Saltman Engineering Co.v. Campbell Engineering Co.* (1948) 65 R.P.C. 203.

<sup>171</sup> [Finn 1977], s 141.

<sup>172</sup> *De minimis* betyder ordagrant "om minimala saker" och principen innebär i juridiska sammanhang att lagen inte intresserar sig för triviala tvister.

konfidentiell och att restriktioner föreligger avseende avslöjandet och användandet av informationen.<sup>173</sup>

#### **2.4.2.4 Förbud mot att köpa egendom som fiduciary:n hanterat och förvärvat konfidentiell information om under sitt tjänsteövande.**

Enligt en generell kontraktsprincip kan en säljare hävda att han blivit aktivt förledd av köparen, men han kan inte klaga på att han helt enkelt blivit lämnad i ovetskap. Köparen tillåts ha ett övertag i form av en vetskap beträffande sin vinst, och att dra nytta av sin överlägsna skicklighet och sitt goda omdöme.<sup>174</sup> Men regeln har sina undantag. När en person är *fiduciary* i relation till någon annans egendom är det troligt att personen får ta del av information angående egendomens verkliga värde. När en uppdragstagare anses inneha en sådan ”konfidentiell position” får han inte köpa den egendomen med mindre han kan visa att han agerat med sin uppdragsgivares medgivande och att han inte utnyttjat någon vetskap eller information han fått del av rörande egendomen.<sup>175</sup>

Domstolarna har utvecklat en sträng bevisregel som gäller för köpare av egendom de förfogat över i *fiduciary* kapacitet. Så fort en person (A) agerar eller har agerat som *fiduciary* för någon annan (B) i relation till en specifik egendom, hävs ett köp A gör av den egendomen till sig själv om B väcker talan, såvida inte A kan visa att B var medveten om och samtyckte till A:s agerande. A måste också bevisa att transaktionen var ”rättvis”, dvs. att A betalade egendomens fulla värde och att han avslöjat all information han införskaffat angående värdet på egendomen och beträffande kontraktet självt för B.<sup>176</sup>

#### **2.4.2.5 Förbud mot intressekonflikt**

Regeln förbjuder en *fiduciary* att sätta sig i en situation där hans egna, för förmånstagaren okända, intressen hamnar i konflikt med förmånstagarens.<sup>177</sup>

Syftet bakom förbudet mot intressekonflikt är att motverka risken för att *fiduciary:n* blir lockad att ta hänsyn till ett för förmånstagaren dolt personligt intresse i sitt beslutsfattande.<sup>178</sup>

Generellt kan ett beslut en *fiduciary* fattat klandras så fort han hade ett dolt egenintresse i beslutet, vare sig han lät beslutet påverkas av detta intresse eller inte. När en förmånstagare hävdar att en intressekonflikt förelegat är domstolen totalt ointresserad av huruvida *fiduciary:s* beslut var rättvist eller om han faktiskt hade för avsikt att agera i förmånstagarnas intresse. Den juridiska undersökningen är begränsad till att söka efter ett för

---

<sup>173</sup> [Finn 2003], s 18.

<sup>174</sup> [Finn 1977], s 169.

<sup>175</sup> Shepherd, aa, s 37.

<sup>176</sup> [Finn 1977], s 170.

<sup>177</sup> [Law Commission 1995], s 32.

<sup>178</sup> [Finn 1977], s 200.

förmånstagarna dolt personligt intresse och en konflikt mellan intresset och *fiduciary*:s uppgifter. Om t.ex. en bolagsdirektör köper från eller säljer till sitt bolag utan att avslöja sina intressen i transaktionen, är den automatiskt ogiltig oavsett hur rättvisa eller för bolaget förmånliga villkoren är.<sup>179</sup>

Genom att dölja ett egenintresse ådrar sig *fiduciary*:n ett potentiellt stort personligt ansvar för både sina egna vinster och för förmånstagarens förluster. Det krävs en ”*real sensible possibility of conflict*”.<sup>180</sup> Sannolikheten att det föreligger en intressekonflikt kan vara väldigt stor, som t.ex. när samma person innehar ledande befattningar i två konkurrerande bolag, som båda förväntar sig att han å deras vägnar ska sträva efter att generera så stor vinst som möjligt. Men så länge sannolikheten för en intressekonflikt endast förblir en potentiell intressekonflikt, vare sig det är troligt eller osannolikt att det någonsin ska inträffa, är det inte fråga om brott mot regeln.<sup>181</sup> ”*It is not enough that some ground for uneasiness as to...future conduct arises*”.<sup>182</sup> Det måste föreligga en verklig grund för konflikt i någon aktuell fråga och inte bara en teoretiskt möjlig konflikt.<sup>183</sup>

#### 2.4.2.6 Skyldighet att inte låta ett annat uppdrag påverka tjänsteutövandet

Denna regel förbjuder samma person att tjäna två uppdragsgivare parallellt i samma transaktion, såvida inte båda parter efter att ha blivit fullt informerade samtycker till den dubbla representationen.<sup>184</sup> Detta fastslog Donaldson J. angående agenter i *North & South Trust Co. v. Berkely*<sup>185</sup>: ”*Fully informed consent apart, an agent cannot lawfully put himself in a position in which he owes a duty to another which is inconsistent with his duty to his principal*”. Och trots att *fiduciary*:n erhåller förmånstagarnas informerade godkännande kan han bli ansvarig mot den ena av dem han företräder, om han inte utför sin uppgift tillfredsställande p.g.a. en konfliktande skyldighet mot den andra parten.<sup>186</sup>

Förbudet mot egenintresse frammanar en lojalitetsstandard som bygger på osjälviskhet. Skyldigheten att inte låta andra uppdrag påverka *fiduciary*:n under hans tjänsteutövande speglar en princip om odelad lojalitet.<sup>187</sup> De restriktioner som åläggs dubbla tjänstgöringar har i praktiken betydelse inom ett relativt smalt juridiskt område. Först och främst krävs att samma person har ingått ett *fiduciary* förhållande med mer än en person. Men

<sup>179</sup> Ibid, s 48. I den svenska Aktiebolagslagen finns regler om både intressekonflikter (se 8 kap.) och s.k. värdeöverföringar (se 17 kap.).

<sup>180</sup> *Boardman v. Phipps* [1967] 2 A.C. 46, 124 per Lord Upjohn. Se också *Queensland Mines Ltd. v. Hudson* (1978) 52 A.L.J.R. 399 (P.C.); Finn para 582 o 567.

<sup>181</sup> [Finn, 1977], s 253.

<sup>182</sup> *Blyth Chemicals Ltd. v. Bushnell* (1993) 49 C.L.R. 66, s 82.

<sup>183</sup> [Finn 1977], s 253.

<sup>184</sup> Ibid, s 80.

<sup>185</sup> [1971] 1 W.L.R. 470, s 484-485.

<sup>186</sup> [Finn 1977], s 252.

<sup>187</sup> Ibid, s 80.

enbart att acceptera flera *fiduciary* åtaganden är inte felaktigt. Varje dag tar sig advokater, *trustees*, styrelseledamöter, kommissionärer och likvidatörer an flera åtaganden. Ett brott mot denna *fiduciary duty* uppstår först när *fiduciary*:s agerande eller icke-agerande i det ena eller båda förhållandena, leder till en reell konflikt mellan de skyldigheter respektive åtagande innebär. Ett tydligt exempel på en sådan konflikt är när en *fiduciary* agerar på uppdrag av båda parter i en transaktion där den ena parten är köpare och den andra är säljare. *Fiduciary*:s skyldighet gentemot säljaren, att erhålla högsta möjliga pris, står då i tydlig konflikt med skyldigheten gentemot köparen, att uppnå lägsta möjliga pris.<sup>188</sup> Som jag nedan ska gå igenom är problem både med intresse- och tjänstekonflikter mycket vanligt förekommande inom finansiella konglomerat.<sup>189</sup>

#### **2.4.2.7 Skyldighet att iaktta särskilda bestämmelser vid köp av skulder och inteckningar som härrör från förmånstagarens egendom samt i fråga om förnyelser av arrenden och köp av egendom som återgått till överlåtaren.**

I avsnitt 2.4.2.4 behandlades *fiduciary*:s skyldigheter i samband med köp av egendom han befattat sig med i egenskap av *fiduciary*. Som redogjorts för är regleringen kring sådana köp mycket sträng, eftersom *fiduciary*:s position gett honom tillgång till värdefull information om egendomen – information som lätt kan missbrukas om *fiduciaries* i egenskap av privatperson tilläts handla fritt med förmånstagarnas egendom.<sup>190</sup>

En *fiduciary*:s köp av viss specifik egendom tillhörandes förmånstagaren har, istället för att klassificeras som en kategori av egendom som endast får köpas under särskilda omständigheter, eller träffas av förbudet mot intressekonflikt, utvecklats till en egen svårdefinierbar regel under de allmänna *duties of good faith*.<sup>191</sup> En *fiduciary* får t.ex. inte köpa skulder och inteckningar som härrör från förmånstagarens egendom till ett värde som understiger marknadsvärdet, utan att förmånstagaren givit sitt informerade godkännande. I praktiken innebär den här regeln en rimlig utvidgning av *fiduciary*:s skyldigheter i samband med köp av egendom han innehaft i *fiduciary* kapacitet. *Fiduciary*:n kan som i ett led i hanteringen av egendomen ha i uppgift att betala av förmånstagarens skuld, och är då skyldig att handla i förmånstagarens intresse.<sup>192</sup>

Men regelns resultat kan ifrågasättas. En bolagsdirektör, som med stor sannolikhet är *fiduciary* i förhållande till bolaget, får inte få lov att lösa in obligationer till sitt fulla värde om han utan bolagets vetskap och medgivande köpt dem under marknadspriset. Enligt Finn är det osannolikt

---

<sup>188</sup> Ibid, s 253.

<sup>189</sup> Se avsnitt 4.2 nedan.

<sup>190</sup> [Finn 1977], s 259.

<sup>191</sup> Ibid, s 259.

<sup>192</sup> Ibid, s 261.

att en domstol skulle förbjuda direktören ett sådant agerande, under förutsättning att han inte missbrukat sin ställning eller den information en sådan ställning medför för att genomföra köpet.<sup>193</sup>

Rättsfallet *Keech v. Sandford*<sup>194</sup> har gett upphov till ett absolut och mekaniskt förbud mot köp av tidigare arrenderad mark. En *trustee* till ett arrende lyckades inte förnya ett kontrakt med sitt minderåriga barn som förmånstagare, och tecknade därför ett nytt avtal i sitt eget namn. Han var trots detta skyldig att inneha marken som *trust*-egendom för barnets räkning. Lord King L.C rättfärdigade regeln på följande sätt: "...if a trustee on the refusal to renew might have a lease to himself, few trust estates would be renewed to beneficiaries".<sup>195</sup>

Regeln har kritiserats för att vara oflexibel. Den tillämpas oavsett om det gamla arrendekontraktet p.g.a. kontrakt eller sedvänja var förnybart eller inte. Det är också irrelevant huruvida *fiduciary*:s åtagande gentemot förmånstagaren inte berättigar *fiduciary*:n att förnya kontraktet eller om det t.o.m. kräver att *fiduciary*:n försöker uppnå en förnyelse. Domstolarna har nämligen intagit ställningen att den förturen till ett gynnsamt tillfälle en *fiduciary* får i och med sin position utgör tillräckliga skäl för att förbjuda honom att förnya kontraktet för sin egen räkning.<sup>196</sup> I *Regal Hastings v. Gulliver*<sup>197</sup> sammanfattade Lord MacMillan att *fiduciaries* enda möjlighet utan förmånstagarens informerade medgivande är "... to let the opportunity pass". Regeln har tillämpats analogt även på förnyelser av bl.a. agentkontrakt<sup>198</sup> och licenser<sup>199</sup>.

Den sista kategorin som omfattas av den här regeln är köp av egendom som återgått till överlåtaren eller hans lagliga arvingar. I *Thompson's Trustee in Bankruptcy v. Heaton*<sup>200</sup> fastslogs att: "where someone holding a leasehold interest in fiduciary capacity acquires the freehold reversion, he must hold that reversion as part of the trust estate". Förbudet att köpa sådan egendom för egen räkning sägs härröra från principen att en *fiduciary* inte får göra någon vinst på sitt uppdrag.<sup>201</sup>

Specialreglerna rörande köp under de specifika omständigheter som diskuterats här är egentligen inte nödvändiga eftersom de flesta fall täcks av förbudet mot intressekonflikt och förbudet mot att utnyttja sin position. Det enda nya den här tilläggsregleringen medför är att förmånstagaren slipper visa att *fiduciary* missbrukat sin position.<sup>202</sup>

---

<sup>193</sup> Ibid, s 260.

<sup>194</sup> (1726), 2 Eq. Cas. Abr. 741.

<sup>195</sup> Ibid, s 62.

<sup>196</sup> [Finn 1977], s 262.

<sup>197</sup> [1942], 1 All E.R. s 349.

<sup>198</sup> Se t.ex. *Bennet v. Gaslight & Co.* (1882) 52 L.J. Ch 98.

<sup>199</sup> Se t.ex. *G.E. Smith Ltd. v. Smith* [1952] N.Z.L.R. 470.

<sup>200</sup> [1974] 1 All E.R. s 1248.

<sup>201</sup> [Finn 1977], s 264.

<sup>202</sup> Ibid, s 265.



### 2.4.2.8 Skyldighet att inte åsamka arbetsgivare skada.

Den här skyldigheten är väldigt nära besläktad med arbetstagarens lojalitetsplikt enligt arbetslagstiftningen. I *Hivac v. Park Royal Scientific Instruments*<sup>203</sup> slog domstolen fast att en arbetstagare: "...is subject to a general duty to serve his employer with good faith and fidelity". Förbudet har utvecklats för att fånga upp fall som faller utanför brott mot skyldigheten att inte missbruka konfidentiell information, och intresse- och tjänsteförbudsreglerna.<sup>204</sup> Finn beskriver regeln som: "A person employed in, or having the management or control of, another's business must not, by any act incompatible with his employment, management or control, inflict harm on that business in the furtherance of his own interests, or of the interests of a competitor (actual or potential)".<sup>205</sup>

Regeln är mycket specifik och har ett begränsat tillämpningsområde, men är trots allt nödvändig. En anställd eller direktör kan ägna sig åt ohederliga affärer, vilket skadar verksamheten han är anställd för att tjäna. Ett sådant bedrägligt beteende går otvetydigt stick i stäv med hans anställningsvillkor, men faller utanför alla de *duties of good faith* som hittills redogjorts för. En arbetsgivare kan t.ex. vilja hemlighålla en viss arbetsmetod. Metoden själv kanske inte når upp till den kvalitativa tröskeln för att erhålla skydd som konfidentiell information, men är trots detta mycket intressant och värdefull för en konkurrent. En anställd skulle i så fall inte missbruka konfidentiell information om han lärde upp en konkurrent i sitt företags arbetsmetodik.<sup>206</sup>

En *fiduciary* bryter inte mot den här skyldigheten så fort han genom sitt agerande åsamkar sin arbetsgivare skada. För att en överträdelse ska föreligga måste den skadliga handlingen ha någon form av nedbrytande eller underminerande syfte, och vara oförenlig med den anställdes arbetsuppgifter. Vanligtvis sker ett sådant brott genom ett uppenbart missbruk av kunskap, skicklighet eller information förvärvat genom anställningen.<sup>207</sup>

## 2.5 Hur långt sträcker sig skyldigheten?

Trots att "a *fiduciary* is someone whom one can trust and rely on, as a beneficiary can trust and rely on his trustee"<sup>208</sup>, är det viktigt att påpeka att *fiduciary duties* inte uppstår enbart p.g.a. att en part förlitar sig på en annan. Det krävs att *fiduciary*:n har en skyldighet att sätta huvudmannens intresse i första rummet och bortse från sina egna intressen.<sup>209</sup> Ett *fiduciary*

---

<sup>203</sup> [1946] Ch. 169.

<sup>204</sup> [Finn 1977], s 80.

<sup>205</sup> [Finn, 1977] s 266.

<sup>206</sup> Ibid, s 266.

<sup>207</sup> Ibid, s 267.

<sup>208</sup> Birks, "The Content of Fiduciary Obligation", in Tolley's Trust Law International, Vol. 16, 2002, s 36.

<sup>209</sup> [Finn 2003], s 9.

förhållande definieras därför lika mycket genom avsaknaden av egenintresse som genom förekomsten av tilltro och förtroende.<sup>210</sup>

Ze menar att begreppet *fiduciary duties* är farligt eftersom det ger upphov till en felaktigt antagande av att alla *fiduciaries* har samma skyldigheter under alla omständigheter.<sup>211</sup> Så är dock inte fallet. Hur långt *fiduciary duties* sträcker sig beror på vilken slags relation det rör sig om.<sup>212</sup> Som Fletcher-Moulton L.J. anförde i *Re Coomber*<sup>213</sup>: ”*Fiduciary relations are of many different types; they extend from the relation of myself to an errand boy who is bound to bring me back my change up to the most intimate and confidential relations which can possibly exist between one party and another where the one is wholly in the hands of the other because of his infinite trust in him.*”

Springpojken och den högst betroddes gemensamma nämnare är att de åtagit sig att agera på uppdrag av någon annan och det är just detta åtagande som ålägger dem den *fiduciary* stämpeln. Båda kan ingå avtal där deras egna intressen kolliderar med deras uppdrag. Båda kan också utnyttja sin förtroendeposition till sin egen fördel. Det är uppenbart att möjligheterna för dem att bryta mot sina *fiduciary duties* varierar kraftigt och därmed också konsekvenserna av en sådan överträdelse.<sup>214</sup> Därför menade Fletcher-Moulton L.J. ”*There is no class of case in which one ought more carefully to bear in mind the facts of the case, when one reads the judgment of the Court on those facts, than cases which relate to fiduciary and confidential relations and the action of the Court with regard to them.*”<sup>215</sup>

Således beror den exakta räckvidden av skyldigheten på omfattningen av den uppgift *fiduciary:n* åtagit sig.<sup>216</sup> Varje *fiduciary duty* som diskuterats ovan definierar vem *equity* anser är *fiduciary* i just den individuella skyldighetens syfte. En person som är *fiduciary* p.g.a. att han har en skyldighet är inte *ipso facto fiduciary* i förhållande till alla övriga förpliktelser. De aktiviteter en person utför kan dock göra honom till *fiduciary* i förhållande till flera olika skyldigheter.<sup>217</sup> Om t.ex. en klient uppdrar en advokat att ge råd vid försäljningen av ett hus och advokaten istället erbjuder sig att köpa huset själv, kan kontraktet komma att innebära ett potentiellt brott mot inte mindre än tre olika *fiduciary duties*. Advokaten kan nämligen vara *fiduciary* enligt förbudet att missbruka sin position, enligt förbuden mot intresse- och tjänstekonflikt, samt regeln angående köp av egendom som handhas av personer i förtroendepositioner.<sup>218</sup>

---

<sup>210</sup> Watt, aa, s 9.

<sup>211</sup> Ze, aa, s 145.

<sup>212</sup> [Law Commission 1995], s 31.

<sup>213</sup> [1911] 1 Ch. 723, 728-9.

<sup>214</sup> [Finn 1977], s 21

<sup>215</sup> *Re Coomber* [1911] 1 Ch. 723, 728-9.

<sup>216</sup> [Law Commission 1995], s 31.

<sup>217</sup> [Finn 1977], s 201.

<sup>218</sup> *Ibid*, s 2.

Law Commission konstaterar utifrån rättspraxis<sup>219</sup> att en ställningsbaserad *fiduciary's duties* gäller alla hans handlingar som han utför inom ramen av sitt tjänsteutövande och alla möjligheter som uppstår som ett resultat av förhållandet. Helt klart är åtminstone att räckvidden av en ställningsbaserad *fiduciary's duties* är väldigt omfattande.<sup>220</sup> Troligtvis är de skyldigheter som åvilar en faktabaserad *fiduciary* mer begränsade. Samma resonemang som anfördes för att fastställa ett *fiduciary* förhållande utifrån de faktiska omständigheterna, kan användas till att begränsa *fiduciary*:s ansvar till aktiviteter som inkluderas i den handlingsfriheten personen har genom att hänvisa till förmånstagarens sårbarhet.<sup>221</sup>

Enligt Finn är en person *fiduciary* i sin relation till någon annan ”*when and in so far that other is entitled to expect that he will act in the other's interests or (as in a partnership) in their joint interests, to the exclusion of his own several interest.*”<sup>222</sup> En sådan berättigad förväntan kan uppstå genom en parts åtagande eller skenbara åtagande gentemot den andra parten, genom vad som faktiskt är överenskommet parterna emellan, eller ur allmänna principer och lagföreskrifter.<sup>223</sup>

## 2.6 Sanktion vid brott mot *fiduciary duties*<sup>224</sup>

Den flexibilitet som föreligger i valet av sanktion mot ett brott mot en *fiduciary duty* gör att en sådan talan ofta är mer attraktiv än ett anspråk grundat på kontraktsbrott eller en skadeståndstalan.<sup>225</sup> De kompensationsmedel som kan komma i fråga för ett brott mot *fiduciary obligations* är:

- (a) **Upphävande/Återkallande:** Transaktionen återgår så att parterna hamnar i den position de hade befunnit sig i om avtalet aldrig ingåtts.<sup>226</sup>
- (b) **Skälig kompensation eller skadestånd:** Att utdöma skadestånd anses normalt inte vara en lämplig sanktion mot en *equity* skyldighet<sup>227</sup>, just eftersom *equity* ska komplettera *common law* vars enda sanktion är skadestånd. Men skadestånd är åtminstone i engelsk rätt numera en erkänd repressalie för brott mot *fiduciary duties*<sup>228</sup>.

<sup>219</sup> Se b.l.a. *Boardman v. Phipps* [1967] 2 A.C. 46 och *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley* [1972] 1 W.L.R. 443.

<sup>220</sup> [Law Commission 1995], s 31.

<sup>221</sup> *Ibid*, s 32.

<sup>222</sup> [Finn 2003], s 9.

<sup>223</sup> [Finn 2003], s 9, fotnot 8.

<sup>224</sup> En detaljerad beskrivning av de kompensationer som brott mot *fiduciary duties* innebär ligger utanför syftet med den här uppsatsen. Se Shepherd, aa, kap 5.

<sup>225</sup> Ze, aa, s 140.

<sup>226</sup> Se t.ex. *York Buildings Co. v. Mackenzie* (1795) 8 Bro. P.C. 42.

<sup>227</sup> *Ex p. Adamson* (1878) 8 Ch. D. 819

<sup>228</sup> *Swindle v. Harrison* [1997] 4 All E.R. 707.

- (c) **Redovisning av vinster:** Har en *fiduciary*:n gjort en obehörig vinst genom att bryta mot sina *fiduciary duties* blir han skyldig att redovisa för sina vinster – han blir med andra ord återbetalningsskyldig<sup>229</sup>.
- (d) **Domstolsföreläggande:** Domstolsförelägganden, både provisoriska och tillsvidare, kan användas för att förhindra ett sekretessbrott eller ett förväntat brott mot tystnadsplikten.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> *Regal Hastings Ltd. v. Gulliver* [1967] 2 A.C. 134n.

<sup>230</sup> *Attorney General v. Guardian Newspaper Ltd* [1990] 1 A.C. 109.

# 3 Finansiella konglomerat

## 3.1 Bakgrund

Ett konglomerat är ett företag som bedriver flera olika verksamheter parallellt, t.ex. bilindustri, läkemedel och livsmedel. Denna företagsidé spred sig från USA till Europa efter andra världskriget. Fördelarna ansågs ligga i att företagets långsiktiga lönsamhet skulle öka genom riskspridning till olika affärsområden.<sup>231</sup>

Finansiella konglomerat är företag som bedriver traditionell bankverksamhet, försäkringsverksamhet och handlar med värdepapper parallellt.<sup>232</sup> En rad organisatoriska förändringar inom den finansiella sektorn under 1980 talet främjade utvecklingen av de multitjänsteföretag vi ser idag. Den första reformen var avskaffandet av regler som styrde yttre äganderätt på börsen, vilket ledde till att många noterade bolag köptes upp. Ofta var köparna banker, som bildade finansiella konglomerat för att få de nödvändiga resurserna som behövdes för att konkurrera på den nya internationella arenan. Konglomeraten ökade både produktutbudet och omfattningen av tjänster som erbjöds. Den andra viktiga reformen var avskaffandet av förbudet att agera i dubbel kapacitet. Innan hade man varit tvungen att handla antingen som aktiemäklare på uppdrag av kunder, eller som börshandlare i eget namn. Nu var företagen fria att bestämma om de skulle agera som aktiemäklare, börshandlare eller båda. Slutligen slopades fast kommission och aktiemäklarna fick själva bestämma sina ersättningsnivåer, vilket ökade förtjänstmöjligheterna och fick fler företag att ge sig in i branschen.<sup>233</sup>

## 3.2 Finansiella konglomerats verksamheter

Följande genomgång är en sammanfattning av de verksamheter finansiella konglomerat typiskt sett bedriver<sup>234</sup>:

- (a) **Marknadsgarant:** Marknadsgaranter erbjuder en marknad för ett bestämt värdepapper och åtar sig därigenom att se till att det finns både köpare och säljare till värdepappret ifråga. Marknadsgaranten ställer ut både köp- och säljkurser, vilket sker generellt och

---

<sup>231</sup> Bernhardsson, *Investerarens uppslagsbok*, Liber AB, Kristianstad, 2005, s 137.

<sup>232</sup> Financial Glossary, <http://biz.yahoo.com/f/g/cc.html>.

<sup>233</sup> Gower, "Big Bang and City Regulation", 51 *Modern Law Review*, nr 1, 1988, s 4-7.

<sup>234</sup> [Law Commission 1995], s 16ff.

kontinuerligt snarare än vid varje enskild transaktion.<sup>235</sup> För flitigt handlade värdepapper finns alltid flera marknadsgaranter, medan mindre populära värdepapper kan handhas av enbart en enda marknadsgarant.<sup>236</sup>

- (b) **Mäklare:** Mäklaren köper och säljer värdepapper för sina kunders räkning och agerar därmed som agent. Han kan också handla med värdepapper för egen räkning för att i ett senare skede sälja dem vidare till andra kunder. Mäklaren sägs då handla som principal. Ofta företräder mäklaren två kunder i samma transaktion genom att stämma av kundernas orders mot varandra (sk. *agency cross*), eller genom att köpa aktier från en säljande kund och omedelbart sälja dem vidare till en köpande kund från sin egen orderbok (sk. *riskless principal*).<sup>237</sup>
- (c) **Förvaltning av tillgångar och kundrådgivning:** Ett företag kan agera som mäklare endast på verkställande basis, dvs. enbart sälja värdepapper på kundens begäran. Vanligtvis erbjuder dock ett företag rådgivning beträffande värdepapperstransaktioner. Bankens rådgivande roll kan utvidgas till att även innefatta en befogenhet att sköta kundens investeringar utan att rådfråga kunden inför varje beslut. Stora finansiella konglomerater förvaltar ofta ansevärd summor pengar med sådan oinskränkt befogenhet.<sup>238</sup>
- (d) **Corporate Finance:** Bolagens *corporate finance* avdelning bedriver finansiell rådgivning till företag avseende emissioner, börsintroduktioner, företagsförvärv, samgåenden och liknande.<sup>239</sup> Många av de företag som använder sig av sådan rådgivning är listade, vilket gör att den information företaget erhåller ofta får betydande inverkan på marknaden och den är därför ytterst konfidentiell.<sup>240</sup>
- (e) **Underwriting:** *Underwriting* innebär ett åtagande att genomföra ett företags emission av aktier, obligationer eller en börsintroduktion.<sup>241</sup> Att agera som *underwriter* i värdepappersemissioner är en viktig inkomstkälla i investmentbankers *corporate finance* verksamhet. Som *underwriter* inkluderar bankens uppgifter att förhandla fram ett pris med utgivaren till vilket värdepapperna ska introduceras på börsen, att köpa värdepapperna från utställaren till ett rabatterat pris och slutligen sälja dem på marknaden för det pris man bestämt att värdepapperna ska introduceras för. Skillnaden mellan summan *underwriter* betalar för värdepapperna och priset värdepapperna säljs för på den offentliga marknaden blir *underwriters* kompensation för sina tjänster.<sup>242</sup>

---

<sup>235</sup> Bernhardsson, aa, s 156.

<sup>236</sup> [Law Commission 1995], s 16.

<sup>237</sup> Ibid, s 17.

<sup>238</sup> Ibid, s 17.

<sup>239</sup> MacHarg och Clark, *International Survey of Investment Advisor Regulation*, Kluwer Law International, London, 1999, s 457.

<sup>240</sup> [Law Commission 1995], s 17.

<sup>241</sup> Bernhardsson, aa, s 231.

<sup>242</sup> Ze, aa, s 141.

- (f) **Fondförvaltare:** En fond är en större placering i aktier, obligationer eller andra värdepapper som ägs gemensamt av andelsägarna (bankens kunder) och förvaltas av professionella portföljförvaltare. En sparare som sätter in pengar i en fond erhåller andelar i förhållande till det insatta beloppet. Dessa andelar kan inlösas, överlåtas och pantsättas.<sup>243</sup> De finansiella konglomeraterna erbjuder tjänster som *trustees* och förvaltare av fonder.<sup>244</sup>

### 3.3 Är finansiella konglomerat fiduciaries?

Tillämpar man de ställningsbaserade eller faktabaserade testerna på finansiella instituts verksamhet framgår det snabbt att ett företag som ger råd till en klient eller handlar å en klients vägnar kan anses agera i kapacitet av *fiduciary*.<sup>245</sup> Problemet ligger i att fastställa när företaget, som helt uppenbart har ett egenintresse i att bistå kunden, sägs handla i kundens intresse. I *National Westminster Bank plc. v. Morgan*<sup>246</sup> uppmärksammade Dunn L.J. att: "*banks are not charitable institutions*".

Finn menar att någon av följande tre situationer krävs för att ålägga banker *fiduciary duties*<sup>247</sup>:

- (a) Förhållandet ger upphov till en berättigad förväntan, inte bara att banken ska ge råd, utan även att den när så är nödvändigt ska ge råd tvärtemot bankens egna intressen.<sup>248</sup>
- (b) Banken har skapat en berättigad förväntan hos kunden att banken ska handla i kundens intresse därför att bankens egna intressen i transaktionen är formella, nominella eller tekniska.<sup>249</sup>
- (c) Banken har, trots att den förväntas handla i sitt eget intresse beträffande den aktuella transaktionen, *inter se* skapat en förväntan att den i andra avseenden ska ge råd i kundens intresse, t.ex. angående ett investeringsprojekt som kunden söker ett lån till.<sup>250</sup>

Utöver dessa situationer är det enligt Finn mycket osannolikt att banker ska åläggas *fiduciary duties*. Gemensamt för alla tre situationerna är en berättigad förväntan att banken inte ska ta hänsyn till sina egna intressen när den ger råd till kunden. Föreligger ingen sådan förväntan, föreligger heller

---

<sup>243</sup> Bernhardsson, aa, s 92-93.

<sup>244</sup> [Law Commission 1995], s 17.

<sup>245</sup> Ibid, s 30.

<sup>246</sup> [1983] 3 All ER 85, s 91.

<sup>247</sup> [Finn 2003], s 12.

<sup>248</sup> *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy* [1975] QB 326.

<sup>249</sup> *Stewart v. Phoenix National Bank* (1937) 64 P. 2d 101.

<sup>250</sup> *Haywood v. Bank of Nova Scotia* (1984) 45 OR (2d) 542.

ingen tillit, och bankerna är då endast skyldiga att handla i *good faith* och med *reasonable care and skill* enligt *common law*.<sup>251</sup>

Kunderna kan vara allt från osofistikerade privatpersoner till sofistikerade institutionella investerare.<sup>252</sup> Mellan *fiduciaries* i förhållande till privatpersoner och ”kommersiella” *fiduciaries* föreligger många principiella likheter, men också väsentliga faktiska skillnader. I kommersiella förhållanden handlar det oftast om jämbördiga parter som handlar på ett armlängdsförhållande och som båda representeras av ombud med sak- och expertkunskap. Domstolarna har därför uppmärksammat att det inte alltid är lämpligt att tillämpa samma legala principer på olika sorters förhållanden. I *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC*<sup>253</sup> anförde Lord Browne-Wilkinson: “...wise judges have often warned against the wholesale importation into commercial law of equitable principles inconsistent with the certainty and speed which are essential requirements for the orderly conduct of business affairs”. Men Mason J. påpekade i *Hospital Products*<sup>254</sup> att: “commercial transactions do not as such stand outside the fiduciary regime”. Enligt Finn är det först och främst parterna som bestämmer sina respektive rättigheter och skyldigheter och att *fiduciary duties* således bara ska påföras dem om, och i den utsträckning, det är nödvändigt och lämpligt att ge effekt åt sådana förväntningar någon part hyser med anledning av avtalet och den aktuella affärsmiljön.<sup>255</sup>

Stora investmentbanker har offentligt tillkännagivit att de opererar obundna av *fiduciary obligations*.<sup>256</sup> Uttalandet är inte att förväxla med en friskrivning, bankerna anser nämligen att *fiduciary duties* inte hör hemma i kommersiella förhållanden. Men i ett nyligen avgjort fall, *EBC I Inc v. Goldman Sachs & Co*<sup>257</sup> (“eToys”), fastslog New York Court of Appeal att investmentbanker som agerar som *underwriters* under en börsintroduktion kan anses handla som *fiduciaries* och dessutom vara skyldig emittenten *fiduciary duties* under sitt fortsatta arbete.<sup>258</sup> I *eToys* åtog sig investmentbanken Goldman Sachs att börsintroducera internetföretaget eToys. Banken undertecknade ett “*firm commitment underwriting*”, vilket betyder att emittenten säljer samtliga aktier till banken, som därmed förbinder sig att betala för värdepapperna oavsett om banken kan sälja dem vidare på den publika marknaden eller inte. Endast ett år efter börsintroduktionen gick eToys i konkurs och bolagets oprioriterade borgenärer stämde då Goldman Sachs för brott mot *fiduciary duties*. De påstod att eToys förlitat sig på Goldman Sachs expertis under värderingen av aktierna inför börsintroduktionen och att Goldman Sachs haft ett konkurrerande egenintresse. Intressekonflikten bestod i ett påstått avtal

---

<sup>251</sup> Ellinger, Lomnicka och Hooley, *Modern Banking Law*, 3 uppl, Oxford University Press, New York, 2002, s 100.

<sup>252</sup> [Law Commission 1995], s 17.

<sup>253</sup> [1996], A.C., s 704.

<sup>254</sup> Se fotnot 59, s 454.

<sup>255</sup> [Finn 2003], s 14.

<sup>256</sup> Ze, aa, s 137.

<sup>257</sup> 2005 N.Y. Lexis 1178.

<sup>258</sup> Ze, aa, s 141.



mellan banken och dess kunder enligt vilket Goldman Sachs erhöll olaglig provision för de vinster kunderna gjorde när de sålde eToys aktier efter börsintroduktionen. Käranden hävdade att detta kontrakt skapade ett incitament för Goldman Sachs att underprissätta aktierna vid börsintroduktionen, eftersom ett lägre initialt pris skulle rendera kunderna högre förtjänst, och på så sätt gynna banken.

Domstolen förklarade: *"A fiduciary relationship exists between two persons when one of them is under a duty to act for or to give advice for the benefit of another upon matters within the scope of the relation. Such a relationship, necessarily fact-specific, is grounded in a higher level of trust than normally presented in the marketplace between those involved in arms-length business transactions"*. För att *fiduciary duties* ska föreligga mellan jämbördiga parter i kommersiella förhållanden krävs alltså att den ena parten sätter en högre nivå av tillit till den andra. Cranston menar att de amerikanska domstolarna har kommit till rätt slutsats när de deklarerar att det krävs särskilda omständigheter för att en bank ska åläggas *fiduciary duties* i kommersiella förhållanden.<sup>259</sup>

Slutsatsen man kan dra av *eToys* är att *fiduciary* förhållanden är fakta-specifika och uppstår ur en högre nivå av tillit än vad som normalt föreligger vid affärsrelationer på en armlängds avstånd, samt att rådgivning kan skapa en sådan högre nivå av tillit. Tyvärr gav domstolen varken någon uttömmande förklaring till varför rådgivning skulle vara tillräckligt för att skapa *fiduciary duties* eller klargjorde vad rådgivning innefattar, bortsett från att konstatera att prissättning av aktier är ett exempel. Dessa faktorer göra att det föreligger en osäkerhet angående hur rättsfallet ska tillämpas och svårigheter med att ingående utvärdera och tolka domstolens resonemang.<sup>260</sup>

Domstolen förnekade att dess avgörande i *eToys* skulle ha någon stor inverkan på industrin: *"To the extent that the underwriter's function, among other things, as expert advisers to their clients on market conditions, a fiduciary duty may exist. We stress, however, that the fiduciary duty we recognise is limited to the underwriter's role as adviser. We do not suggest that underwriters are fiduciaries when they are engaged in activities other than rendering expert advice"*.<sup>261</sup> *Fiduciary duties* existerar alltså inte generellt mellan en *underwriter* och en emmittent, men rådgivning – t.ex. angående prissättningen av aktierna – kan vara tillräckligt för att ålägga *underwriter:n fiduciary duties*. Ellinger och Tjio hävdar att banker vanligtvis inte heller agerar i kapacitet av *fiduciary* när de bedriver sin generella in- och utlåningsverksamhet, men att finansiell rådgivning kan ge upphov till den tillit som krävs för att den betrodde ska anses ha *fiduciary*

---

<sup>259</sup> Cranston, aa, s. 59. Några liknande avgöranden har ännu inte kommit inför engelska domstolar. Bl.a. Rawling är dock skeptisk till att de engelska domstolarna skulle komma till samma slutsats som i *eToys* (Rawlings, aa, s 45).

<sup>260</sup> Ze, aa, s 143.

<sup>261</sup> *eToys* 2005 N.Y. Lexis 1178.

*duties*.<sup>262</sup> Cranston håller med om att banker vanligtvis inte åtar sig att prioritera kundens intresse framför sitt eget. Även domstolarna är negativa till att införa *fiduciary duties* i vanliga kommersiella förhållanden.<sup>263</sup> Att pålägga *fiduciary duties* i alla situationer vore klart överdrivet: ”*the nature of the fiduciary relation must be such that it justifies the interference*”.<sup>264</sup> Resonemanget fastslogs i *HF Management Services v. Frank Pistone*<sup>265</sup>: ”*only an advisory relationship – and not merely a contractual underwriting relationship – may give rise to fiduciary duties*”.

Enligt Maiden agerar banker i kapacitet av *underwriters* i praktiken alltid som rådgivare angående b.la. prissättning, struktur och tidtabell. Bankerna kan därför under sådana omständigheter alltid räkna med att tillskrivas en sådan högre grad av tillit att de erläggs *fiduciary duties*.<sup>266</sup> Amerikanska Securities Industry Association (”SIA”) menar att domen får enorma konsekvenser för de rådande villkoren och sedvänjan på kapitalmarknaden under New York:s lagstiftning. De hävdar att införandet av *fiduciary duties* urlakar parternas framförhandlade kontrakt och *underwriter*-emittentförhållandets överrensstämmelse med verkligheten.<sup>267</sup> Klart är dock att finansiella institut inte längre kan känna sig helt säkra på att de opererar obundna av *fiduciary obligations* under dessa omständigheter. Avgörandet i *eToys* har ändrat den traditionella uppfattningen om bankers ansvar och därigenom påverkat deras handelsbruk och inställningar till att ta på sig olika typer av risker. Finansiella institut oroar sig också över att praxis satt gränsen för att bevisa existensen av ett *fiduciary* förhållande väldigt lågt.<sup>268</sup>

Advokater litar inte heller på domstolens försäkran, att utslaget i *eToys* inte kommer att få någon större inverkan på marknaden, utan råder sina klienter som agerar som *underwriters* att vara försiktiga när de formulerar avtalen med emittenter. Det finns flera möjligheter för banker som vill skydda sig mot *fiduciary duties*. Dessa inkluderar fulla avslöjanden av potentiella intressekonflikter, mer detaljerade beskrivningar av bankens roll i *underwriting*-avtalet och friskrivningsklausuler. Syftet är att förtydliga och minska *underwriter*:s skyldigheter och därigenom begränsa karendens möjligheter att göra anspråk.<sup>269</sup>

---

<sup>262</sup> Ellinger och Tjio, ”Duty of care and damages in banking cases”, *Journal of Business Law*, Juli, 1997, s 350.

<sup>263</sup> Cranston, aa, s 190.

<sup>264</sup> *Re Coomber, Coomber v. Coomber* [1911], 1 Ch. S 729.

<sup>265</sup> 2006, N.Y., App. Div. Lexis 8437.

<sup>266</sup> Maiden, ”Court warns banks can be fiduciaries”, *International Financial Law Review*, London, Juli 2005, s 1.

<sup>267</sup> *Ibid*, s 2.

<sup>268</sup> Ze, aa, s 143.

<sup>269</sup> Maiden, aa, s 2. För en utförligare analys av *fiduciaries* möjligheter att skydda sig mot *fiduciary duties*, se avsnitt 5.

## 4 Vilka potentiella brott mot fiduciary duties innebär finansiella konglomerats verksamheter?

Som Gower påpekar leder finansiella konglomerats verksamhet till att företagen: "...may be faced with situations in which its interests while acting in one capacity conflict with those when it is acting in another".<sup>270</sup> De intressekonflikter och konflikter mellan olika uppdrag som uppkommer inom de finansiella konglomeratens verksamhet beror på deras organisatoriska struktur och kan huvudsakligen tillskrivas följande faktorer<sup>271</sup>:

- (a) omfattningen av produkter och tjänster företaget erbjuder,
- (b) sammansättningen av företagets kundbas, och
- (c) de olika kapaciteter i vilka företaget handlar.

Innan jag går igenom några exempel på i vilka situationer intressekonflikter kan uppkomma inom finansiella konglomerat är det viktigt att undersöka hur information rör sig inom de olika avdelningarna och i vilken utsträckning vetskap inom en avdelning anses "smitta" de övriga avdelningarna.

### 4.1 Informationsflödet inom det finansiella konglomeratet

Eftersom ett finansiellt konglomerat verkar inom flera spridda områden är det viktigt att fastställa i vilken utsträckning information en avdelning erhållit anses utgöra vetskap hos företagets övriga avdelningar. Strikt juridiskt är ett företag en juridisk person, oavsett hur många avdelningar bolaget har och hur varierande verksamheter de bedriver.<sup>272</sup> När företaget är ett bolag anses därför alla förhållanden en del av företaget känna till vara kända för hela företaget. I *Harrods Ltd. v. Lemon*<sup>273</sup> behandlades information tillhörandes ett byggbolags fastighetsmäklaravdelning och information tillhörandes dess bygganläggningsavdelning som sammanblandad, trots att avdelningarna var fysiskt separerade. Likaså ansågs i *Lloyds Bank Ltd. v. EB Savory & Co.*<sup>274</sup> information en bankfilial

---

<sup>270</sup> Gower, aa, s 60.

<sup>271</sup> [Law Commission 1995], s 12.

<sup>272</sup> [Finn 2003], s 21.

<sup>273</sup> [1931] 2 K.B. 157.

<sup>274</sup> [1933] A.C. 201.

hade tillgång till vara känd av en annan bankfilial, som därmed ansågs bryta mot sina skyldigheter gentemot sin kund. Enligt Law Commission är detta den rådande uppfattningen inom samtliga *Commonwealth* jurisdiktioner och de finner inga legala skäl att införa en undantagsregel för ”partiell okunnighet”.<sup>275</sup>

Däremot är det en fastslagen princip i bolagsrätten att olika bolag är separata juridiska personer och att t.o.m. ett helägt dotterbolag är en separat rättsfigur i förhållande till moderbolaget.<sup>276</sup> Därför kan vetskap det ena bolaget innehar inte tillskrivas något annat bolag inom samma koncern. Law Commission menar att det inte finns någon anledning att frånga denna princip när det gäller finansiella konglomerater, bortsett från i extrema fall då ansvarsgenombrott<sup>277</sup> kan bli aktuellt.<sup>278</sup>

## 4.2 Exempel på konflikter inom finansiella konglomerat

Följande exempel är illustrativa men avser inte att uttömma de typer av konflikter som kan uppstå p.g.a. de finansiella konglomeratens verksamheter. Jag vill också påpeka att jag utgår från att företagen agerar hederligt och att de uppräknade konflikterna kan uppstå enbart p.g.a. företagets struktur. När företagen frestas att agera i andra intressen än sina kunders ökar de potentiella konflikterna markant.<sup>279</sup>

- (a) **Handel inom den egna orderboken eller köp för egen räkning.** Det här problemet uppstår när företaget säljer sin egen egendom (vare sig det är aktier eller något annat) till en rådfrågande kund eller en kund som gett banken befogenhet att handla för kundens räkning, och även när företaget köper egendom av sådana kunder. Det uppstår en konflikt mellan företagets och kundens intressen, eftersom säljaren är intresserad att erhålla högsta möjliga pris medan köparen vill komma så billigt undan som möjligt. Intressekonflikter ligger inhemskt i det finansiella systemet. Detta bottenar i att samhället har ett behov av konkurrens mellan finansinstituten och ställer krav på att de ska ha en god ekonomi som bidrar till minskad systemrisk, samtidigt som kunderna ska ha ett särskilt skydd. Eftersom en samtidig prioritering av dessa intressen är utesluten kommer systemet alltid att medföra ett

---

<sup>275</sup> [Law Commission 1995], s 22.

<sup>276</sup> [Finn 2003], s 21.

<sup>277</sup> Enligt huvudregeln är bolaget ansvarigt för sin egen verksamhet. I fall där t.ex. ett moderbolag uppenbarligen utnyttjat ett dotterbolag till att bedriva tvivelaktiga affärer kan man med hjälp av ett *ansvarsgenombrott* göra moderbolaget ansvarigt istället.

<sup>278</sup> [Law Commission 1995], s 23.

<sup>279</sup> *Ibid*, s 33.

antal potentiella konflikter.<sup>280</sup> Transaktionen kan också utgöra ett brott mot förbudet att göra en vinst på förmånstagarens bekostnad.<sup>281</sup>

- (b) **Agency cross och riskless principal transaktioner**<sup>282</sup>. Företaget är skyldig varje kund odelad lojalitet. Syftet med denna lojalitetsplikt är dels att upprätthålla förmånstagarens berättigade förväntning att *fiduciary*:n tjänar endast hans intressen, och dels att hindra *fiduciary*:n från att hamna i en situation där han tvingas välja mellan eller kompromissa mellan motstridiga intressen.<sup>283</sup> I en *agency cross* eller *riskless principal* transaktion, där företaget *de facto* agerar för båda parterna, är lojaliteten i allra högsta grad delad.
- (c) **Handel med egendom i vilken kunden har ett intresse**. Kunderna har alltid ett intresse i egendomen företagen handlar med, i det att de vill att den ska öka i värde eller förvaltas förnuftigt. Problemet uppstår först när företaget har ett eget intresse i samma egendom som inte överrensstämmer med kundens. Exempelvis kan både kunden och företaget inneha stora aktieinnehav i ett företag. Om företaget avyttrar antingen sin egen eller kundens poster påverkas oundvikligen värdet på den andres aktier.<sup>284</sup>
- (d) **Partiellt förmånlig eller diskriminerande behandling**. Företaget är skyldig att behandla likställda parter lika och olikställda parter ”rättvist”. Sålunda bryter ett företag mot sina *fiduciary duties* om den blir uppmärksam på en investeringsmöjlighet men bara tipsar vissa av sina kunder. Andra konflikter kan uppkomma när *corporate finance* avdelningen agerar som *underwriter* för en aktie som den blivit rekommenderad av mäklaravdelningen. När aktierna fördelas kan *corporate finance* avdelningen behandla vissa kunder mer generöst än andra. Ifall aktierna skulle gå dåligt, kan den också övertala mäklaravdelningen att köpa upp aktierna med de konton de har befogenhet att förvalta. Vidare samlar mäklaravdelningen ofta ihop stora orders innan de köper, vilket gör att en del kunder skulle kunna erhålla bättre pris om ordarna utförts omedelbart.<sup>285</sup>
- (e) **Underlåtenhet att utnyttja all tillgänglig information**. När företaget agerar på uppdrag av sina kunder måste den utnyttja all tillgänglig information angående den påtänkta transaktionen. P.g.a. de principer om hur information tillskrivs olika avdelningar inom ett företag<sup>286</sup>, måste samtliga avdelningar agera mot bakgrund av den samlade

---

<sup>280</sup> Gorton, “Intressekonflikter i bankverksamhet”, i Nord och Thorell (red.), Intressekonflikter och finansiella marknader, Stockholm Centre for Commercial Law Nr 4, Iustus Förlag AB, Stockholm, 2006, s 189.

<sup>281</sup> Ibid, s 34.

<sup>282</sup> Se avsnitt 3.2 (b).

<sup>283</sup> [Finn 2003], s 24.

<sup>284</sup> [Law Commission 1995], s 34.

<sup>285</sup> Ibid, s 35.

<sup>286</sup> Se avsnitt 4.1.

information som företaget besitter. Detta ger upphov till en rad svåra problem.

Exempelvis kan mäklaravdelningen rekommendera kunder att köpa aktier i ett specifikt bolag, vilket *corporate finance* avdelningen vet står på konkursens brant. Kunden får i detta läge inte tillgång till all relevant information företaget besitter och situationen förvärras ytterligare av att mäklarföretaget mottar kommission för att verkställa kundernas eventuella köporders. Brottet mot *fiduciary duties* är särskilt allvarligt, eftersom företaget förespråkar ett agerande som den "vet" går emot kundernas intresse.<sup>287</sup> Ett annat problematiskt dilemma för företaget uppkommer när en kund instruerar mäklaravdelningen att köpa en omfattande andel i ett börsnoterat bolag ett visst datum. Om en annan kund, innan affären är genomförd, frågar om råd angående huruvida han ska sälja sitt aktieinnehav i det relevanta bolaget uppstår frågan huruvida kunden har rätt att bli informerad om det kommande köpet och, om så inte är fallet, hur företaget ska besvara förfrågan korrekt.<sup>288</sup>

Det kanske allra största problemet utgör före detta kund konflikter. Vanligtvis erhåller ett företag en hel del konfidentiell information om en kund som nyttjar företagets tjänster. Informationen kan därefter bli aktuell i förhållande till en ny kund. Konflikten uppstår i praktiken när den före detta kunden vill förbjuda företaget att representera den nya kunden, eftersom han fruktar att den konfidentiella informationen företaget innehar kommer att missbrukas.<sup>289</sup> För att besvara hur ett företag ska agera i sådana lägen måste intresset av att allmänhetens förtroende för att företagen beaktar förstakundens integritet vägas mot andrakundens intresse av att kunna engagera det företag han vill.<sup>290</sup>

- (f) **Brott mot konfidentialitetsplikten.** Företaget får inte använda information den erhållit i förtroende från en kund i andra syften än att tjäna den kundens intressen. Företaget är samtidigt skyldig alla kunder en lojalitetsplikt, vilket kräver att all relevant information företaget innehar ska ställas till kundens förfogande. Detta är en s.k. "no-win situation" eftersom företaget bryter mot sina *fiduciary duties* gentemot en av kunderna hur den än agerar.<sup>291</sup> I det ovan nämnda dilemman angående huruvida banken ska berätta om en kommande storaffär bryter banken mot köparens förtroende om den avslöjar planerna för den säljande kunden. Om företaget avstår från att berätta bryter den mot sin skyldighet att avslöja all relevant information den besitter. Finn hävdar att ett företag för att uppfylla sin informationsskyldighet gentemot en kund, inte kan tvingas bryta sin skyldighet att behandla

---

<sup>287</sup> [Law Commission 1995], s 162.

<sup>288</sup> [Law Commission 1995], s 35.

<sup>289</sup> [Finn 2003], s 27.

<sup>290</sup> Ibid, s 28.

<sup>291</sup> [Law Commission 1995], s 161.

en annan kunds information konfidentiellt.<sup>292</sup> Jag ställer mig i avsaknaden av praxis tvekan till en sådan slutsats. Företaget har två olika skyldigheter gentemot två olika kunder och skulle helt enkelt inte ha satt sig i en sådan situation (som innebär ett klart brott mot principen om odelad lojalitet) från början.

- (g) **Affärer i egenintresse på grundval av konfidentiell information.** Eftersom information en avdelning innehar tillskrivs alla företagets avdelningar uppstår problem när ett företag handlar för egen räkning med något (aktier, egendom, valutor m.m) som en av företagets andra avdelningar har relevant priskänslig och konfidentiell vetskap om.<sup>293</sup>
- (h) **Företagsuppköp.** En investmentbank inom ett finansiellt konglomerat kan ge råd till målbolaget för ett fientligt bud medan *corporate finance* avdelningen agerar rådgivare åt budgivaren. Om de olika enheterna ska ses som en föreligger en uppenbar intressekonflikt. Mer överraskande kan samma situation uppstå när ett företag agerar som rådgivare till en kund angående ett ryktat bud från en anonym budgivare, som när budgivarens identitet avslöjas visar sig vara en före detta kund till företaget.<sup>294</sup>
- (i) **Syndikerade lån.** Ett syndikerat lån är ett lån där flera banker går samman för att kunna erbjuda en låntagare ett jättestort lån i syfte att finansiera ett företagsförvärv eller en sammanslagning, eller ett jättelikt projekt som t.ex. Öresundsbron. Lånebeloppet är ofta så högt att en ensam bank får problem med att åta sig en sådan risk och det finns dessutom kapitaltäckningslagstiftning som tvingar bankerna att ha ett visst minimiförhållande mellan utlånade medel och eget kapital. Det syndikerade lånet består av flera individuella lån som för enkelhetens skull innefattar samma villkor i ett enda lånedokument. Mellan bankerna administreras låntagarens avbetalningar och övriga frågor av en managementbank. Inom doktrinen diskuteras huruvida managementbanken kan vara skyldig de andra bankerna i syndikatet *fiduciary duties*.<sup>295</sup>

---

<sup>292</sup> [Finn 2003], s 25.

<sup>293</sup> [Law Commission 1995], s 36.

<sup>294</sup> [Law Commission 1995], s 36.

<sup>295</sup> Detta är en väldigt intressant och omfattande diskussion som dessvärre ligger utanför den här uppsatsen. Se istället Cranston Ross, *Principles of Banking Law*, 2<sup>nd</sup> ed., (Oxford: Oxford University Press, 2002), Gabriel Peter, *Legal Aspects of Syndicated Loans* (London: Butterworths, 1986), McDonald Robert P, *International Syndicated Loans* (London: Euromoney Publications, 1982), Penn G. A., Shea A. M. and Arora A., *The Law and Practice of International banking vol. 2*, (London: Sweet & Maxwell, 1987) eller Wood Philip, *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, (London: Sweet & Maxwell, 1995).

## 5 Hur undviker finansiella konglomerat att bryta mot sina fiduciary duties?

Jag har ovan konstaterat att finansiella konglomerat åläggs en rad *fiduciary* skyldigheter både genom lagstiftning och *equity*-principer. Ett av företagens mest framträdande kännetecken är att de agerar inom flera olika verksamhetsområden och företräder dels kunder, dels sig själva. Konsekvensen blir att intressekonflikter och konflikter mellan olika uppdrag oundvikligen uppstår. För att skydda sig mot anklagelser för brott mot *fiduciary duties* finns en rad olika metoder, vilka kan delas in i två kategorier. De s.k. *kontraktuella teknikerna* är lösningar som uppstår genom avtal parterna emellan och består av klausuler som ämnar modifiera eller exkludera specifika skyldigheter, att uttömmande informera och upplysa om aktiviteter som annars skulle kunna konstituera ett brott mot *fiduciary duties*, eller inkludera en utvecklad handelspraxis i avtalsvillkoren. Den andra kategorin består av s.k. *strukturella tekniker*, varigenom företagets verksamheter organiseras på ett sätt som undviker eller minimerar konflikter. Det sker genom upprättandet av s.k. *Chinese Walls*, vilka har för avsikt att isolera känslig information och därigenom kontrollera dess flöde. Företag kan också använda sig av självständighetspolicies, eller särskilda listor på vilka aktier det föreligger restriktioner för företaget att handla med.<sup>296</sup>

Det bör påpekas att teknikerna inte nödvändigtvis utgör alternativ, utan i många fall kompletterar varandra. Hur effektiva strukturella tekniker är beror nämligen till stor del beror på i vilken utsträckning de kontraktuella arrangemangen hanterar problemen med konflikter effektivt.<sup>297</sup>

### 5.1 Konkurrens

Innan Law Commission skrev sin rapport angående lagreglers överensstämmelse med *fiduciary duties* utsändes en frågeformulär till berörda företag, organisationer och branschföreningar inom finanssektorn för att utröna hur de såg på några av de problem kommittén uppmärksammat.<sup>298</sup> Något som ofta påpekades i svaren var att *konkurrens* verkar förebyggande mot att företag ska bedriva verksamhet som skadar deras kunder. Om t.ex. en kund anser att ett företag inte erbjuder honom samma villkor vid en börsintroduktion som företaget erbjuder andra kunder kan den missnöjda kunden vända sig till en annan bank.<sup>299</sup>

---

<sup>296</sup> [Law Commission 1995], s 61.

<sup>297</sup> Ibid, s 62.

<sup>298</sup> Ibid, s 1.

<sup>299</sup> Ibid, s 5.



Men trots att konkurrens är en viktig aspekt i ett gott affärsklimat där alla parter tjänar på nöjda och återkommande kunder, är det inte tillräckligt för att skydda kundernas intressen. För det första krävs att kunden är insatt för att konkurrens ska vara effektiv. Särskilt privatpersoner har ofta inte tillräcklig information för att det ska vara möjligt för dem att utvärdera kvaliteten på den service de får. För att välinformerade kunder inte ska tjäna på de oinformerades bekostnad krävs därför regler som förhindrar ett sådant resultat. För det andra påverkar konkurrens oftast någon efter att något inträffat, och möjligheten att byta företag för att i framtiden undvika liknande missöden är en klen tröst för en kund som vill ha kompensation för det som inträffat nu.<sup>300</sup>

## 5.2 Kontraktuella tekniker

Som vi har sett är omfattningen av bankers skyldigheter inte så klar som man hade kunnat hoppas. Därför bör de potentiella *fiduciary* skyldigheterna avtalet kan medföra begränsas eller, om möjligt, totalt förnekas.<sup>301</sup> Det kan göras antingen genom att parternas uppgifter definieras så tydligt att inga tvivel kan uppstå angående endera partens rättigheter och skyldigheter, eller uttryckligen, genom en friskrivningsklausul.<sup>302</sup>

En begränsad skyldighet måste skiljas från en skyldighet som begränsas av en friskrivningsklausul. I fallet med den begränsade skyldigheten förnekar avtalet själva existensen av en skyldighet. Används däremot en friskrivningsklausul är det ostridigt att avtalet ålägger *fiduciary*:n en skyldighet, men friskrivningsklausulen fråntar honom ansvar för brott mot den skyldigheten.<sup>303</sup>

### 5.2.1 Friskrivningsklausuler

#### 5.2.1.1 Utgör själva friskrivningen i sig ett brott mot *fiduciary duties*?

En viktig preliminär fråga att besvara innan man undersöker i vilken utsträckning man kan friskriva sig från *fiduciary duties* är huruvida själva friskrivningen eller modifieringen av skyldigheterna konstituerar ett brott i sig.<sup>304</sup> Ett *fiduciary* förhållande föreligger ofta mellan parterna innan, eller åtminstone när, ett avtal ingås, exempelvis i fall när den ena parten är den andres advokat eller finansiella rådgivare. Under sådana omständigheter

---

<sup>300</sup> [Law Commission 1995], s 62-63.

<sup>301</sup> Penn, Shea och Arora, *The Law and Practice of International banking*, uppl 2, Sweet & Maxwell, London, 1987, s 131.

<sup>302</sup> Cranston, aa, s 60.

<sup>303</sup> Wood, *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, Sweet & Maxwell, London, 1995, s 207.

<sup>304</sup> [Law Commission 1995], s 77-78.

anser Shephard att själva intagandet av en klausul som fråntar *fiduciary*:n ansvar för brott mot rimliga uppgifter utgör ett brott mot *fiduciary duties*, såvida inte förmånstagaren givit sitt informerade godkännande till klausulen.<sup>305</sup> I det fall ett införande av en friskrivningsklausul anses bryta mot *fiduciary duties* ligger det i sakens natur att *fiduciary*:n inte kan undgå ansvar genom att hänvisa till den klausulen.<sup>306</sup>

Huruvida klausulen i sig utgör ett brott mot *fiduciary duties* beror på det exakta förhållandet mellan parterna. Som vi har sett ovan finns det många olika typer av *fiduciary* förhållanden och alla motiverar inte samma juridiska övervakning.<sup>307</sup> Om t.ex. en fullt informerad huvudman, utan att stå i en underlägsen förhandlingsposition, kommer överrens med uppdragstagaren att denne ska få utöva vissa aktiviteter inom huvudmannens verksamhetsområde, vilket annars skulle bryta mot *fiduciary*:s *duties*, finner jag ingen anledning till att uppdragstagaren inte ska kunna lita på att avtalet begränsar hans lojalitetsplikt.<sup>308</sup> Shephard menar att: "*This is a commonplace business reality*".<sup>309</sup>

### 5.2.1.2 Har fiduciaries en minimiskyldighet som inte går att avtala bort?

Huruvida en *fiduciary* kan friskriva sig från sina *duties*, och i det fall han kan det, i vilken utsträckning han kan avtala bort sitt ansvar, är en högst debatterad fråga. Den leder i sin tur till följdfrågan hur *fiduciary* skyldigheter uppkommer. Anses de härröra ur parternas avtal borde åtminstone jämställda parter i kommersiella förhållanden enligt principen om avtalsfrihet kunna avtala bort skyldigheterna. Om *fiduciary duties* till fullo anses ha sitt ursprung i *equity* kan de inte avtalas bort, eftersom *equity* ligger utanför *law* och syftar till att göra oönskade kontraktsförhållanden rättvisa.<sup>310</sup>

*Fiduciary* skyldigheter anses generellt existera oberoende av eventuella kontrakt parterna emellan. I fallet *Goldcorp Exchange Ltd, Re*<sup>311</sup> konstaterade Lord Mustill: "*The essence of a fiduciary obligation is that it creates obligations of a different character from those deriving from the contract itself*".

Att *trustees* är föremål för en viss grundläggande nivå av skyldigheter som de inte kan avtala bort är klart. I *Armitage v. Nurse* uttryckte Millet L.J detta på följande sätt: "*...there is an irreducible core of obligations owed by the trustees to the beneficiaries and enforceable by them which is fundamental to the concept of a trust. If the beneficiaries have no rights enforceable*

---

<sup>305</sup> Shephard, aa, s 104.

<sup>306</sup> [Law Commission 1995], s 78.

<sup>307</sup> Ibid, s 78.

<sup>308</sup> Shephard, s 105.

<sup>309</sup> Ibid, s 105.

<sup>310</sup> Se avsnitt 2.1 ovan.

<sup>311</sup> [1995], 1 A.C. 74.

*against the trustees there is no trust*".<sup>312</sup> Han åsyftar själva kärnan bakom *fiduciary duties*, tilliten. Har förmånstagaren inga rättmätiga krav mot *fiduciary:n* har han heller ingen rätt att sätta sin tillit till *fiduciary:n* och därmed faller hela konceptet.

*Fiduciary duties* har som ovan nämnts en tydlig koppling till de skyldigheter som åvilar *trustee:n*. *Trustee:n* utgör nämligen skolexemplet på vem som är *fiduciary*. Det är dock oklart huruvida samma begränsning i möjligheterna att friskriva sig gäller även andra *fiduciary* förhållanden, dvs. personer som handlar på någon annans uppdrag och därmed har skyldigheter, vilka analogt kan jämföras med dem som åvilar en *trustee*. *Fiduciaries*, liksom alla kontraktsparter, anses inte kunna friskriva sig från ansvar för bedrägeri eller brott.<sup>313</sup> I *Re Olympia Ltd.*<sup>314</sup> ansåg domstolen att en stiftare av ett aktiebolag inte kan avtala bort förbudet mot att göra en vinst i samband med bolagets grundande utan att klargöra sitt egenintresse för en oberoende nämnd eller i prospektet.<sup>315</sup> I *Armitage v. Nurse*<sup>316</sup> konstaterades att en friskrivningsklausul som fråntar ansvar för uppsåtliga brott mot *fiduciary duties* kan anses giltig om den infördes i den ärliga tron att det låg i förmånstagarnas intresse. *Court of Appeal* har dock gått mot domen genom att underkänna en advokats friskrivningsklausul, trots att advokaten på heder och samvete trodde att klausulen låg i förmånstagarnas intresse. Domstolen anförde att advokatens inställning var "*so unreasonable that no reasonable solicitor could have held such a view*".<sup>317</sup>

Troligtvis kommer alla *fiduciaries* friskrivningsklausuler kunna ifrågasättas utifrån ett liknande "test". Avgörandena talar för att alla försök av *fiduciaries* att friskriva sig från "uppsåtliga" brott mot sina *duties* kommer att underkännas, eftersom det torde krävas mycket speciella omständigheter för att anse att en sådan friskrivning ligger i förmånstagarens intressen. Det bör också tilläggas att en *fiduciary* som uppsåtligen handlar orätt i vetskap om att hans agerande skyddas av en friskrivningsklausul, kan hållas ansvarig enligt den grundläggande *fiduciary duty:n* att agera i förmånstagarens intresse.<sup>318</sup>

Bortsett från slutsatsen att en *fiduciary* inte kan friskriva sig från bedrägeri, brott och uppsåtliga brott mot sina *duties* är det oklart om det föreligger några restriktioner beträffande *fiduciaries* möjligheter att friskriva sig från eller modifiera sina *duties*. Olika *fiduciary* förhållanden ger upphov till olika skyldigheter med varierande stränghetskrav. Först måste man därför titta på det aktuella förhållandet och fastställa vilka rättigheter och skyldigheter förhållandet ålägger parterna. Klausuler som är oförenliga med resultatet bör inte ges någon giltighet. Problemet består då i att fastställa huruvida en

---

<sup>312</sup> *Armitage v. Nurse* [1998], Ch. 241, s 253-254.

<sup>313</sup> [Law Commission 1995], s 80-81.

<sup>314</sup> [1898], 2 Ch. 179-180.

<sup>315</sup> [Law Commission 1995], s 81.

<sup>316</sup> [1998], Ch. 241

<sup>317</sup> *Walker v. Stones* [2001] Q.B. 902, s 366.

<sup>318</sup> *Armitage v. Nurse* [1998], Ch. 241

klausul är förenlig eller inte med ett speciellt förhållande. Detta statusbaserade synsättet är förenligt med teorin angående *trustees*, dvs. kravet på en viss tillit för att personen ska vara *trustee*.<sup>319</sup> Utöver att agera som *trustees*, är de huvudsakliga verksamheterna de finansiella konglomeraten bedriver som ger upphov till *fiduciary duties*, agentverksamhet och rådgivning. Reynolds menar att agenter är en typ av *fiduciaries* som, precis som *trustees*, har vissa skyldigheter inneboende i agentrollen. Han anser därför att en total ansvarsfriskrivning gör att det inte längre är en agent. ”*If the essence of agency is that one person is entrusted with the power to act for another in that other’s interest, a clause enabling him without warning on a particular occasion to act in his own interest, or in the interest of another principal, seems plainly inconsistent with the whole nature of fiduciary responsibility*”.<sup>320</sup>

Vid bedömningen bör man skilja på situationer där inget tidigare *fiduciary* förhållande föreligger och avtalet ämnar definiera parternas skyldigheter från situationer där avtalet uttryckligen fråntar *fiduciary*:n ansvar.<sup>321</sup> Law Commission anser att domstolen i det förstnämnda fallet måste titta på hela avtalet när de avgör huruvida förhållandet är *fiduciary*, och om de anser det vara det, omfattningen av *duties*. Domstolen bör då, trots att den bedömer substans och inte form, beakta klausuler som definierar parternas roller som visar att inget *fiduciary* förhållande föreligger eller att en specifik *duty* är exkluderad.<sup>322</sup> Jag håller med om att parterna, åtminstone i ett kommersiellt förhållande, bör tillåtas fastställa gränserna för sina respektive rättigheter och skyldigheter med hjälp av friskrivningsklausuler. I slutändan korrigeras felaktigheter och orättvisor av lagregler. Huvudregeln är att ansvar bara kan uteslutas genom en klar, otvetydig formulering.<sup>323</sup> I England kan klausuler underkännas enligt *Unfair Contract Terms Act 1977* och i Sverige kan 36§ AvtL användas för att åsidosätta eller jämka avtalsbestämmelser.

## 5.2.2 Definiering av skyldigheterna

Enligt Finn härstammar *fiduciary duties* huvudsakligen ur *equity* snarare än ur kontrakt. Han anser dock att parterna när så är nödvändigt kan modifiera skyldigheterna genom att definiera deras innebörd och omfattning i avtalet.<sup>324</sup> Flera rättsfall visar att domstolarna anser att *trustees* skyldigheter kan definieras av kontraktsparterna. I *Hospital Products*<sup>325</sup> anförde Mason J:

---

<sup>319</sup> [Law Commission 1995], s 82.

<sup>320</sup> Reynolds, “The Law of Agency in Relation to Intermediaries”, i Reynolds, *The Regulation of Financial and Capital Markets*, Blackwell Publishing Ltd., Singapore, 1991, s 139.

<sup>321</sup> [Law Commission 1995], s 87.

<sup>322</sup> *Ibid*, s 83.

<sup>323</sup> *Armitage v. Nurse* [1998], Ch. 241.

<sup>324</sup> [Finn 1977], s 67.

<sup>325</sup> Se fotnot 59, s 97.

“That contractual and fiduciary relationships may co-exist between the same parties have never been doubted. Indeed, the existence of a basic contractual relationship has in many situations provided a foundation for the erection of a fiduciary relationship. In these situations it is the contractual foundation which is all important because it is the contract that regulates the basic rights and liabilities of the parties. The fiduciary relationship, if it is to exist at all, must accommodate itself to the terms of the contract so that it is consistent with, and conforms to, them. The fiduciary relationship cannot be superimposed upon the contract in such a way as to alter the operation which the contract was intended to have according to its true construction”.

Parternas rätt att avgöra omfattningen av *trustee*:s skyldigheter är dessutom lagstadgad i den brittiska *Companies Act* 1985, som stadgar att vilken grad av aktsamhet och flit som krävs av en *trustee* avgörs: ”having regard to the provisions of the trust deed conferring on him any powers, authorities or discretions”.<sup>326</sup> Samma avtalsfrihet anses föreligga även för generella *fiduciaries*.<sup>327</sup>

Avtalet är således mycket betydelsefullt för att definiera omfattningen och innebörden av *fiduciary duties*. Det är särskilt viktigt att försäkra sig om exakt vad en uppdragstagare har anlitats till att göra och fastställa på vilka villkor personen har accepterat uppdraget, för att utröna om och i vilken utsträckning han är i en förtroendeposition.<sup>328</sup> I *Beach Petroleum NL v. Kennedy*<sup>329</sup> påpekade domstolen att inte ens i advokat-klient-relationen, som länge accepterats vara ett statusbaserat *fiduciary* förhållande, uppstår skyldigheterna ur advokatens status. Advokatens skyldigheter härstammar från vad han åtagit sig, eller anses ha åtagit sig att göra under de specifika omständigheterna. Oavsett om förhållandet härrör ur avtal, en muntlig överenskommelse, eller ur ett självutnämmande måste de exakta villkoren undersökas för att se om advokaten är *fiduciary* och vilka *duties* han därmed är skyldig sin klient.<sup>330</sup>

*Equity* inför heller inte *fiduciary duties* på ett sätt som strider mot avtalslydelsen. I *Kelly v. Cooper*<sup>331</sup> utreddes huruvida en fastighetsmäklare var skyldig en klient, vars hus mäklaren blivit ombedd att sälja, en *fiduciary duty* att inte samtidigt mäkla grannens hus, vilket skulle kunna stjäla potentiella köpare från klientens hus. Klienten hävdade att mäklaren var skyldig honom en odelad lojalitet och genom att agera även för grannen utan klientens informerade medgivande bröt mäklaren mot sina *fiduciary duties*. Domstolen menade att det är ett välkänt faktum att fastighetsmäklare agerar för flera klienter samtidigt och att det kan uppkomma intressekonflikter mellan de olika klienterna. Den ansåg därför att det var ett underförstått

<sup>326</sup> *Companies Act* 1985, sektion 192(1).

<sup>327</sup> Rawlings, aa, s 54.

<sup>328</sup> Ze, aa, s 155.

<sup>329</sup> [1999] N.S.W.C.A. 408.

<sup>330</sup> *Ibid.* s 188.

<sup>331</sup> [1993] A.C. 205.

villkor i mäklarens uppdrag att han skulle ha rätt att agera för andra klienter och klientens talan avslogs således. Till och med när ett avtal uttryckligen visar en *fiduciary* avsikt har domstolarna visat en ovilja att utvidga lojalitetsplikten mer än som behövs för att verkställa kontraktet enligt dess villkor.<sup>332</sup> I *Noranda Australia Ltd. v. Lachlan Resources N.L.*<sup>333</sup> ansågs ett avtal som uttryckligen deklarerade att ”*the relationship of the parties shall be fiduciary in nature*” inte göra parterna till *fiduciaries*, eftersom de enligt en annan avtalsbestämmelse hade rätt att ”*pursue recognisable and distinct interests of their own*”.

Sammanfattningsvis beror *fiduciary duties* omfattning på faktaförhållandena, inklusive avtalets ordalydelse. Merparten av *common law* praxis rörande bankers *fiduciary* ansvar uttrycker domstolarnas vilja att följa avtalslydelsen i kommersiella förhållanden när parterna består av sofistikerade institut som handlar på ett armlängds avstånd och representeras av kunniga rådgivare. Följaktligen är avtalsskrivningen avgörande. Genom att klart och tydligt definiera avtalsparternas respektive rättigheter och skyldigheter och genom att uttryckligen exkludera oönskade förpliktelser skyddar sig en *fiduciary* mot obehagliga överraskningar i framtiden.<sup>334</sup>

### 5.2.3 Informera om intressekonflikter och inhämta medgivande

Förbudet mot intresse- och tjänstekonflikt är inte absolut. Det tillämpas ”*unless otherwise expressly provided*”<sup>335</sup>, t.ex. genom bemyndigande i *trust*- fullmakten eller i ett annat avtal som förhållandet baseras på. Genom att upplysa om eventuella intressekonflikter och avslöja all relevant information för förmånstagaren och därefter erhålla dennes godkännande kan *fiduciary*:n genomföra en transaktion som annars hade stridit mot hans *duties*.<sup>336</sup> I vilken omfattning *fiduciary*:s *duties* ändras beror på hur omfattande information förmånstagaren fått ta del av och vad han lämnat samtycke till.<sup>337</sup> Det här avsnittet diskuterar vad som anses som ”tillräcklig” information i sammanhanget, när en konflikt måste avslöjas, i vilken form informationen måste ges och huruvida det finns situationer i vilka ett informerat medgivande inte räcker för att hantera en intressekonflikt.

#### 5.2.3.1 Tillräcklig information

Mot bakgrund av att en *fiduciary* inte får agera i sitt eget eller någon utomståendes intresse utan att förmånstagarens medgivande, har det föreslagits att kärnan i *fiduciaries* uppgifter är information.<sup>338</sup> Enligt

---

<sup>332</sup> [Finn 2003], s 17.

<sup>333</sup> (1988) 14 NZWLR 1.

<sup>334</sup> Cranston, aa, s 60.

<sup>335</sup> *Bray v. Ford* [1896] A.C. 44, s 51.

<sup>336</sup> Ze, aa, s 158.

<sup>337</sup> [Law Commission 1995], s 106.

<sup>338</sup> Ze, aa, s 158.

huvudregeln måste alla relevanta fakta avslöjas och en generell upplysning om att *fiduciary:n* har ett intresse är således inte tillräckligt. Det innebär en fullständig redogörelse för vad intresset innebär och dess omfattning.<sup>339</sup> Exempelvis måste en *fiduciary* som säljer sin egendom till förmånstagaren, för att uppfylla kravet på att ge tillräcklig information, avslöja sitt intresse som säljare genom att t.ex. redogöra för anskaffningspriset och vilket vinst han räknar med att försäljningen ska inbringa honom.<sup>340</sup> Det kan också krävas att *fiduciary:n* gör en framtidsprognos och avslöjar tänkbara framtida intressekonflikter.<sup>341</sup>

För att vara tillräcklig måste informationen förmånstagaren får möjliggöra för honom att avgöra huruvida han ska nyttja *fiduciary:s* tjänster.<sup>342</sup> Således ska all fakta som kan antas påverka förmånstagarens beslut om han ska genomföra transaktionen eller inte upp på bordet.<sup>343</sup> Det är dock inte nödvändigt att upplysa om fakta som förmånstagaren redan känner till, "*or would have known ... if he had thought about it*".<sup>344</sup> Informationsskyldigheten upphör inte i och med att båda klienterna i förväg samtycker till dubbel representation. Om en faktisk intressekonflikt senare uppkommer, krävs att *fiduciary:n* avslöjar all relevant information angående den föreliggande konflikten för båda parterna.<sup>345</sup>

Vid tvist bär *fiduciary:n* bevisbördan för att förmånstagaren erhållit tillräcklig information. Han kan inte exculpera sig med att legala eller finansiella hinder hade förhindrat förmånstagaren från att fullfölja transaktionen eller att upplysningen inte hade påverkat förmånstagarens beslut.<sup>346</sup> Det är omöjligt att formulera ett exakt test för att avgöra om informationen varit tillräcklig. Vad som konstituerar ett fullt informerat medgivande får därför avgöras i varje enskilt fall.<sup>347</sup> Man bör bl.a. titta på kundens vetskap och sakkunskap. När kunden är erfaren och välbekant med transaktioner på den relevanta marknaden ställs lägre krav för att informationen ska vara tillräcklig.<sup>348</sup> I vilken kapacitet *fiduciary:n* agerar kan också vara relevant. En särskilt hög informationsskyldighet har ålagts rådgivare. En rådgivare som köper kundens egendom måste, utöver att avslöja sin intention att köpa egendomen, vilket pris han är villig att betala och all information han har angående egendomens värde, ge "*...all that reasonable advice against himself, that he would have given ... against a third person*".<sup>349</sup>

---

<sup>339</sup> *Rotschild v. Brookman* (1831) 2 Dow & Cl. 188.

<sup>340</sup> [Law Commission 1995], s 108.

<sup>341</sup> [Finn 2003], s 24.

<sup>342</sup> *Farrington v. Rowe McBride & Partners* [1985] 1 N.Z.L.R. 83, s 92-93.

<sup>343</sup> *New Zealand Netherlands Society 'Oranje' Incorporated v. Kuys* [1973] 1 W.L.R. 1126.

<sup>344</sup> *Amangel Atlas Compania Naviera S.A. v. Ishikawajima-Harima Heavy Industries Co. Ltd.* [1990] 1 Lloyd's Rep 167, s 171.

<sup>345</sup> Ellinger, Lomnicka och Hooley, aa, s 105.

<sup>346</sup> [Law Commission 1995], s 109.

<sup>347</sup> *Maguire v. Makaronis* (1997) 188 C.L.R. 449.

<sup>348</sup> Se t.ex. *Sachs v. Spielman* (1889) 5 T.L.R. 487 och *Stubbs v. Slater* [1910] 1 Ch. 632.

<sup>349</sup> *Gibson v. Jeyes* (1801) 6 Ves. 266. Se också [Finn 1977], s 184-185.

Informationsskyldigheten omfattar all information *fiduciary*:n erhåller efter att *fiduciary* förhållandet har uppstått, oavsett hur eller under vilka omständigheter den erhållits.<sup>350</sup> Detta vållar som ovan redogjorts för stora problem för finansiella konglomerat som erhållit konfidentiell information från en kund, som skulle vara helt avgörande för en annan kunds beslut. Hur företaget än agerar i ett sådant fall bryter den mot sina *duties* i förhållande till en av parterna.<sup>351</sup> Osäkerheten beträffande vad som krävs för att förmånstagaren ska anses ha erhållit tillräcklig information gör att en *fiduciary* som vill hantera konflikter inte kan förlita sig enbart på den här metoden.<sup>352</sup>

### 5.2.3.2 Informationstidpunkten

För att förebygga ansvar för brott mot *fiduciary duties* måste informationen ges innan handlingen som utgör brottet begås. Detta kan göras när som helst från det att det *fiduciary* förhållandet uppstår till dess att handlingen eller underlåtenheten att handla som skulle konstituera brottet begås.<sup>353</sup> *Fiduciary*:n kan också informera om en konflikt i efterhand. Om förmånstagaren inte motsätter sig att det utomstående intresset förelegat kan ett medgivande i så fall dokumenteras genom exempelvis ett avtalstillägg.<sup>354</sup> Men med tanke på att *fiduciary*:n fört förmånstagaren bakom ljuset är risken för att en förmånstagare inte ska acceptera ett sådant brott mot *fiduciary duties* överhängande, även om brottet överhuvudtaget inte påverkat förmånstagaren.<sup>355</sup>

I vissa situationer är det dock omöjligt eller åtminstone opraktiskt att ge tillräcklig information på förhand. Det är osannolikt att ett företag ska veta i förväg när den kommer att handla i eget intresse och i så fall kan ett avtalstillägg vara enda utvägen. I praktiken löser företagen det här dubbelkapacitetsproblemet genom att upplysa om intressekonflikten två gånger. Kundavtalet stadgar att företaget kan agera både som agent och för sig själv vilket potentiellt kan leda till intressekonflikter, samt att företaget när en reell konflikt uppstår kommer att redogöra för den detaljerat i form av ett avtalstillägg. Om kunden accepterar och skriver på ett sådant avtal anser Law Commission att han godkänt en sådan ”sen information”.<sup>356</sup>

### 5.2.3.3 Informationens form

Informationen kan ges antingen muntligt eller skriftligt. Eftersom bevisbördan åvilar *fiduciary*:n<sup>357</sup> kan det vara klokt att bekräfta en muntlig

---

<sup>350</sup> *Dougan v. MacPherson* [1902] A.C. 197, s 204.

<sup>351</sup> Se avsnitt 4.2 ovan.

<sup>352</sup> *Ze*, aa, s 159.

<sup>353</sup> Detta är en väl etablerad princip. Se t.ex. *De Bussche v. Alt* (1878) 8 Ch. 286 och *Harrod sLtd. v. Lemon* [1931], 2 KB 157.

<sup>354</sup> *Trustees of Ellis and Co. v. Watsham* (1923) 155 L.T. Jo. 363.

<sup>355</sup> [Law Commission 1995], s 113.

<sup>356</sup> *Ibid*, s 113-114.

<sup>357</sup> Se avsnitt 5.2.3.1 ovan.



upplysning skriftligt. Frågan är om det räcker att (som ovan<sup>358</sup> nämnts) endast ha en klausul i kundkontrakten som informerar om att intressekonflikter kan föreligga, eller om det krävs en mer ingående förklaring av klausulen. För att kunden ska anses ha erhållit fullständig information måste han ”*fully understand not only what he is doing but also his legal rights and that he is in part surrendering them*”.<sup>359</sup> Ju svårbegripligare klausul och ju mer oerfaren kunden är, desto mer krävs det att *fiduciary:n* förklarar vad förmånstagarens medgivande får för konsekvenser.<sup>360</sup>

## 5.3 Strukturella tekniker

Det här avsnittet behandlar strukturella tekniker företag kan använda för att hantera intressekonflikter, dvs. organisatoriska arrangemang inom företaget, antingen på företagets eget initiativ eller eftersom det krävs eller uppmanas enligt regelverket. De olika metoderna består av separation av olika funktioner, specifika förbud vid akuta konflikter, självständighetspolicier, Chinese Walls samt Stop- och Watch listor. Jag undersöker också hur effektiva sådana strukturella metoder är, både ur ett juridiskt och praktiskt perspektiv.

### 5.3.1 Separation av olika funktioner

Ett sätt att undvika intressekonflikter är att skilja konglomeratens olika verksamheter åt, vilket skulle tvinga företagen att inom samma juridiska enhet endast bedriva verksamheter som inte ger upphov till intressekonflikter. Detta skulle eliminera problemen som uppstår som ett resultat av att information ”smittar” mellan avdelningarna.<sup>361</sup> Men en rad skäl talar emot metoden. Att separera de olika enheterna skulle ofta inte vara ekonomiskt genomförbart vilket skulle leda till att icke vinstdrivande avdelningar lades ner, exempelvis forskningsavdelningar som ibland är företagets väsentligaste tillgång. Detta skulle drabba mindre företag särskilt hårt.<sup>362</sup>

Separation ger också upphov till reglertekniska problem. Ett splittrat företag skulle kanske inte kunna hålla en tillräcklig kapitalbas för att uppfylla nationella eller internationella kapitaltäckningsregler.<sup>363</sup> Och trots att de olika enheterna formellt är separerade kan man inte vara säker på att

---

<sup>358</sup> Se avsnitt 5.2.3.2 ovan.

<sup>359</sup> *Boulting v. Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians* [1963] 3 W.L.R. 529

<sup>360</sup> [Law Commission 1995], s 116.

<sup>361</sup> Se avsnitt 4.1 ovan.

<sup>362</sup> [Law Commission 1995], s 129-130.

<sup>363</sup> Kapitaltäckningsregler ställer krav på vilket minimikapital banken måste ha i eget kapital i förhållande till utstående lån. Regleringen ämnar hantera kredit- och marknadsrisker samt operativa risker.

information i praktiken inte ”läcker” från en enhet till en annan, precis som information kan läcka från en avdelning till en annan. Exempelvis hade en styrelseledamot i ett dotterbolag som sitter med även i moderbolagets styrelse varit förhindrad att avslöja information han erhållit angående den ena enheten för den andra.<sup>364</sup>

Den internationella trenden går mot en allt mer omfattande sammanslagning av olika finansiella tjänster. Därför skulle en lagreglerad och därmed tvånsmässig, eller en frivillig separation av företagens olika verksamheter vara förödande för företagets konkurrenskraft.<sup>365</sup>

### 5.3.2 Specifikt förbud att agera vid akuta konflikter

Förutom i exceptionella undantagsfall, anses det vara opassande för en kommersiell bank att agera rådgivare för ett företag som ger ett uppköpserbjudande till en före detta kund. Ibland används s.k. ”*Chinese Cupboards*” för att isolera information om den före detta kunden. Det innebär att akterna placeras bakom lås och bom och personer som varit involverade i rådgivning till den förra kunden sätts i ”karantän”. Men oavsett hur informationen angående den förra kunden skyddas är det omöjligt att ge honom den tillfredsställande försäkran att informationen inte kommer att missbrukas som han har rätt till.<sup>366</sup>

Vissa konflikter är nämligen så pass allvarliga att ett avslöjande och medgivande inte är tillräckligt. Den enda lösningen är att förbjuda dem *per se*. Financial Services Authority (”FSA”), har efter bemyndigade i *Financial Services and Markets Act 2000* utfärdat en samling rekommendationer och riktlinjer.<sup>367</sup> Enligt FSA kan en vägran att agera under vissa omständigheter vara den rätta lösningen vid en konflikt. Vilka typer av konflikter som är så allvarliga att de potentiellt gör företaget obehörigt att agera för en kund är oklart. Det krävs en ”*significant possibility of conflict*”.<sup>368</sup> När företaget anser att användandet av en eller flera av de metoder FSA rekommenderar inte är tillräckligt för att hantera intressekonflikten ska företaget enligt FSA vägra att agera.<sup>369</sup> Den här typen av totalförbud gäller exempelvis för advokater i förhållande till att acceptera uppdrag för klienter som har ett konkurrerande eller motsatt intresse med advokatens före detta klient.<sup>370</sup>

<sup>364</sup> [Law Commission 1995], s 131.

<sup>365</sup> Ibid, s 130.

<sup>366</sup> Ibid, s 132.

<sup>367</sup> <http://www.finance-glossary.com/terms/Securities-and-Investments-Board.htm?ginPtrCode=00000&id=1301&PopupMode=false>:

<sup>368</sup> *Chan v. Zacharia* (1983-84) 154 C.L.R. 178.

<sup>369</sup> FSA Handbook, Conduct of Business Rules, princip 7.1.9., <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/COB/7/1>. För vidare diskussion om FSA:s rekommendationer och guider, se avsnitt 5.4 nedan.

<sup>370</sup> [Law Commission 1995], s 132. Se mer om före detta kund konflikter i avsnitt 4.2 och avsnitt 5.3.5.3.

### 5.3.3 Självständighetspolicies

Självständighetspolicies avser försäkra att företag agerar professionellt och prioriterar kundernas intresse framför sina egna. De förespråkas av samtliga självreglerande organisationer inom den finansiella sektorn. Sammanfattningsvis försöker de skydda kundernas intressen genom att<sup>371</sup>:

- (a) förbjuda företaget att ta emot eller ge uppdrag som uppenbart står i konflikt med skyldigheterna företaget har gentemot kunden,
- (b) kräva att företaget vidtar rimliga åtgärder för att försäkra att en kund behandlas rättvist när företaget agerar rådgivare åt kunden eller förvaltar dennes tillgångar och företaget samtidigt har ett eget materiellt intresse i transaktionen,
- (c) informera kunderna om eventuella intressekonflikter, och
- (d) i de fall företaget ger råd till en privatperson om paketprodukter, bara rekommendera sina egna produkter.

Men självständighetspolicies eliminerar inte nödvändigtvis konflikter. De rekommendationer angående upprättandet av självständighetspolicies som finns menar att intressekonflikter kan föreligga och att företagen, när så är fallet, ska vidta rimliga åtgärder för att säkerställa att kunderna behandlas rättvist. Deras mål är således att *hantera* konflikter genom att kräva att företagen prioriterar kundernas intressen framför sina egna, snarare än att konflikter ska *undvikas*. Detta är en avvikelse från den *fiduciary* principen som tillämpas oavsett om transaktionen är rättvis eller inte. En *fiduciary* kan därför inte nöja sig med att upprätta en självständighetspolicy om han vill vara säker på att undgå ansvar för brott mot sina *fiduciary duties*.<sup>372</sup>

### 5.3.4 "Stop"- och "watch" listor

En "*stop list*" innebär att handel med en viss aktie är förbjuden och kan användas när en akut intressekonflikt uppstår, t.ex. för att upprätthålla en *Chinese Wall*. Företaget avstår då helt enkelt från att handla med en viss aktie tills konflikten har upphört. En något mindre drastisk variant är att företaget vägrar att rekommendera en aktie i fall det skulle skapa en konflikt mellan företagets och kundernas intressen, men fortsätter genomföra orders som omfattar aktien i fråga på kundernas egen begäran.<sup>373</sup> Men det löser, som Lipton och Mazur uppmärksammat, inte företagets problem med den odelade lojalitetsplikten när företaget samtidigt har en skyldighet att ge råd.<sup>374</sup>

---

<sup>371</sup> [Law Commission 1995], s 136-137.

<sup>372</sup> Ibid, s 138.

<sup>373</sup> Ibid, s 160.

<sup>374</sup> Lipton och Mazur, "The Chinese Wall Solution to the Conflict Problems of Security Firms", New York University Law Review, nr 50, 1975, s 459.

Law Commission hävdar att ett företag genom att placera en viss aktie på en *stop list* sänder ut en signal om att de har relevant information om aktien i fråga och även om det inte indikerar huruvida informationen är fördelaktig eller ofördelaktig kan detta skapa en oönskad osäkerhet och misstänksamhet på börsen. En möjlig lösning på problemet vore att företagen hade en ”kamouflerad” lista, som innehöll även andra aktier vilka företaget inte hade någon intressant information om. Om kunder och spekulanter visste att ”något var på gång” i bara ett fåtal av de företag vars aktier företaget inte handlade med hade funderingarna kring vad som skulle hända dämpats. Alternativt skulle aktierna i en ny kunds företag automatiskt kunna sättas upp på listan. På så sätt skulle intressekonflikterna aldrig uppstå från början.<sup>375</sup>

Handel med aktierna på en ”*watch list*” blir som namnet antyder övervakad. Metoden används ofta av företag som har krav på kontroll över anställdas handel.<sup>376</sup> När ett företag använder sig av dylika restriktioner krävs antagligen att en kund, vars placeringar företaget förvaltar, godkänner arrangemanget, eftersom den inskränkning i rådgivningen listan innebär annars kan sägas bryta mot *fiduciary:s duties*.<sup>377</sup>

## 5.3.5 Chinese Walls

### 5.3.5.1 Vad är en Chinese Wall?

Den metod som används mest och som anses ge bäst skydd mot intressekonflikter kallas *Chinese Walls*.<sup>378</sup> *Chinese Walls* är privata interna regler inom organisationen som ämnar förebygga att vetskap tillskrivs mellan delar av företaget som befinner sig på olika sidor om ”väggen”. Namnet anspelar på den kinesiska muren men i moderna tider har uttrycket används för att beskriva en osynlig och ogenomtränglig barriär som tillstryper informationsflödet inom företaget för att säkerställa att konfidentiell information som en avdelning tagit del av inte kommuniceras vidare inom konglomeratet. De bör skiljas från s.k. ”*firewalls*”, vilket är bindande lagregler som ska skydda en reglerad verksamhets solvens.<sup>379</sup>

Upprättandet och användandet av *Chinese Walls* involverar vanligtvis en kombination av följande organisatoriska arrangemang:<sup>380</sup>

---

<sup>375</sup> [Law Commission 1995], s 160.

<sup>376</sup> Ibid, s 159.

<sup>377</sup> Ibid, s 160.

<sup>378</sup> Ibid, s 138.

<sup>379</sup> Graham, “The Statutory Regulation of Financial Services in the United Kingdom and the Development of Chinese Walls in Managing Conflicts of Interest”, in McKendrick, *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2003, s 49.

<sup>380</sup> [Law Commission 1995], s 139.

- (a) En **fysisk separation** mellan de olika avdelningarna i syfte att isolera dem från varandra. Detta sträcker sig ofta så långt att det inkluderar matplatserna.
- (b) Ett regelbundet och återkommande **utbildningsprogram**, för att poängtera vikten av att inte hantera konfidentiell information olämpligt eller vårdslöst.
- (c) Strikta och noggrant definierade **procedurer för att hantera situationer när muren måste överskridas** och hur sådana tillfällen lämpligen bör dokumenteras.
- (d) **Övervakning av murens effektivitet**. Detta innefattar normalt övervakning av de anställdas värdepappershandel.
- (e) **Disciplinära sanktioner** då någon otillbörligt överträder väggen.

### 5.3.5.2 När väggen överskrids

I praktiken kan flera situationer uppkomma där det krävs att en eller flera personer går över väggen. T.ex. kan en industri- eller områdesanalytiker behövas på ”andra sidan” för att ge råd till *corporate finance* avdelningen med anledning av en specifik transaktion.<sup>381</sup>

En rad problem uppstår när någon överskrider väggen. Ett praktiskt problem som uppstår är att analytikern inte är tillgänglig för rådgivning åt sina kunder, vilket i sig kan utgöra ett brott mot *fiduciary duties*. Det minskar dessutom mindre företags möjlighet att konkurrera. Ytterligare ett problem uppstår när analytikern återvänder till sin avdelning. Det har föreslagits att analytikern bör sättas i ”karantän” till dess den konfidentiella informationen inte längre är aktuell eller kommit till allmänhetens vetskap. Det har hävdats att analytikerns frånvaro, både när han är på andra sidan muren och när han sitter i karantän, gentemot kunderna indikerar att något är i görningen. Enligt Law Commission kan ett företag, vars kund drar en riktig slutsats mot bakgrund av att hans vanliga rådgivare inte är tillgänglig, inte anses bryta mot någon skyldighet. Vad företaget än anses göra när den förbjuder en analytiker att återta sina normala uppgifter, konstituerar det knappast en otillbörlig kommunikation av konfidentiell information. Därför menar Law Commission att problemet med att väggen överskrids kan hanteras genom att sätta analytikern i karantän tills det är säkert för honom att återgå till sitt arbete.<sup>382</sup>

Law Commission anser att en korrekt hantering av att någon överskrider väggen består av följande åtgärder:

- (a) Beslutet att flytta någon till ”andra sidan” ska noga övervägas och godkännas av någon högt uppsatt ansvarig person inom företaget.
- (b) Eftersom analytikerns överordnade bör ha rätt att vägra låna ut analytikern måste avdelningen som begär en överflyttning vara extremt noga med att inte avslöja för mycket konfidentiell information vid förfrågan. Law Commission föreslår därför att den initiala

<sup>381</sup> [Law Commission 1995], s 155.

<sup>382</sup> Ibid, s 157-158.

förfrågan ska gå via tavelningen som övervakar efterlevnaden av *Chinese Walls*.

- (c) Väl över muren ska analytikern bara få den minimi-information han behöver för att kunna utföra den uppgift han tagits i anspråk för. Det är också viktigt att den information analytikern får ta del av är känslig under en så begränsad tid som möjligt. Att informera om prognoser kan resultera i att analytikern anses besitta konfidentiell information under en lång tid framöver och är därför något som i möjligaste mån bör undvikas.
- (d) Efterlevnadsavdelningen bör övervaka hela processen, även analytikerns fortsatta uppförande när han återvänt tillbaka över muren.<sup>383</sup>

### 5.3.5.3 Vilket skydd erbjuder *Chinese Walls* i praktiken?

I samband med den drastiska ökningen av finansiella konglomerat utfärdade den brittiska regeringen 1985 ett s.k. *white paper*<sup>384</sup> som i frågan om *Chinese Walls* effekt yttrade bl.a:

*"The rapid increase in the number of firms engaging in more than one type of investment business and the blurring of demarcation lines (for example between brokers and jobbers) have made it more important than ever that investors are adequately protected against abuses arising from conflicts of interest within investment business. It has been suggested that Chinese Walls offer this protection... The Government is not convinced that total reliance can be placed on Chinese Walls because they restrict flows of information and not the conflicts of interest themselves".*

Det är således oklart hurvida en *Chinese Wall* skyddar en *fiduciary* i konfliktsituationer eftersom väggen skyddar mot missbruk av information men inte förhindrar intressekonflikten som sådan. Den mesta praxis på området berör verkan av *Chinese Walls* inom stora advokatbyråer, men som vi nedan ska se är det långt ifrån säkert att samma principer hade tillämpats på andra *fiduciary* förhållanden.<sup>385</sup> Fallen behandlar situationer där advokatfirmor agerar som rådgivare åt en klient vars intresse står i konflikt med en av byråns före detta kunders intresse. Det samlade resultatet av *Commonwealth*-praxis visar att *Chinese Walls* inte erbjuder något tillfredsställande skydd för den förre klientens intressen och domstolarna har trots existensen av en *Chinese Wall* ansett att en advokatfirma som handlat för den nya klienten brutit mot sina *fiduciary duties* i förhållande till den gamla klienten.<sup>386</sup>

<sup>383</sup> [Law Commission 1995], s 156-157.

<sup>384</sup> *Whitepaper* är det informella namnet för en regeringsrapport som redogör för en antagen policy eller föreslagen åtgärd i en aktuell fråga. I motsats till de mer frekvent utgivna *green papers* som är mer öppna, indikerar *white papers* en klar intention från regeringens sida att anta en ny lag.

<sup>385</sup> [Law Commission 1995], s 141.

<sup>386</sup> *Ibid*, s 144.

Det ledande rättsfallet är *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke* ("Rakusen")<sup>387</sup>. R anlitate M som advokat med anledning av en konflikt med sin före detta arbetsgivare. R bytte därefter advokat till C, M:s enda partner. M anlitas då av den före detta arbetsgivaren, varefter C begärde ett domstolsföreläggande som förbjöd M att agera för arbetsgivaren. *Court of Appeal* anförde att det inte föreligger något generellt förbud för en advokat att representera en före detta klients motpart i en rättegång. Men advokaten förbjuds agera för sin nya klient om det finns en risk att han kommer att begagna sig av information han erhållit som ett resultat av förhållandet med sin tidigare klient. Eftersom M och C i realiteten bedrev praktiskt taget separata verksamheter och avtalet mellan C och R stadgade att C, och inte byrån, skulle representera R ansåg domstolen att det inte förelåg någon risk.<sup>388</sup>

*Rakusen* har kritiserats för att bara koncentrera sig på risken för uttrycklig kommunikation och inte beaktat mer indirekta eller vårdslösa sätt vilka information kan kommuniceras på.<sup>389</sup> Senare praxis har därför begränsat *Rakusen* till att omfatta de speciella omständigheter som förelåg i fallet och skapat avsevärd tvivel angående *Chinese Walls* förmåga att hantera klientkonflikter inom advokatbyråer. I *Lee (David) & Co. (Lincoln) Ltd. v. Coward Chance*<sup>390</sup> framhöll domstolen att det, trots att firman hade rest en *Chinese Wall*, inte kunde hållas för säkert att information inte läckte. Särskilt med tanke på personalen var det troligt att konfidentiell information läckte "through casual chatter and discussion"<sup>391</sup>, eftersom inga ytterligare åtgärder vidtagits för att bevara informationen konfidentiell. Inte ens i *Re a Firm of Solicitors*<sup>392</sup>, där advokatbyrån verkligen ansträngt sig för att skapa en vattentät mur, ansågs muren skydda firman från brott mot *fiduciary duties*. Domstolen ansåg att frågan huruvida det förelegat en risk att konfidentiell information läckt på ett otillbörligt sätt ska besvaras utifrån om en förnuftig man, välinformerad om de faktiska omständigheterna, hade ansett det troligt att informationen skulle läcka.<sup>393</sup> Parker L.J:s slutsats i *Re a Firm of Solicitors* var således att det är ytterst tveksamt om en *Chinese Wall* någonsin kan vara oangriplig, förutom i väldigt speciella fall.<sup>394</sup> Brittiska Law Society har, utöver den negativa praxis som redogjorts för ovan, infört ett näst intill totalförbud för advokater att agera i situationer där intresse- eller uppdragskonflikter föreligger, vilket gör att advokater har liten eller ingen användning av *Chinese Walls*.<sup>395</sup>

En rad faktorer som föreligger i advokat-klient förhållandet har gett upphov till tvivel angående rättsfallens relevans för att avgöra giltigheten av *Chinese*

---

<sup>387</sup> [1912] 1 Ch. 831.

<sup>388</sup> *Rakusen*, s 845.

<sup>389</sup> [Law Commission 1995], s 149.

<sup>390</sup> [1991] Ch. 259.

<sup>391</sup> *Ibid*, s 268.

<sup>392</sup> [1992] 1 All E.R. 353.

<sup>393</sup> *Ibid*, s 362.

<sup>394</sup> [1992] 1 All E.R. 353, s 363.

<sup>395</sup> [Law Commission 1995], s 144.

*Walls* i andra *fiduciary* förhållanden. Faktorer som vägt tungt i praxis och som är unika för advokat-klient förhållandet är<sup>396</sup>:

- (a) Domstolens berättigade krav på högsta möjliga etiska standard hos "lagens tjänstemän",
- (b) Behovet av att allmänheten har förtroende för juristernas integritet, och
- (c) Faktumet att en klient för att bevisa ett konfidentialitetsbrott går miste om advokat-klient privilegiet.

I rättsfallet *MacDonald Estate v. Martin*<sup>397</sup> avslog en knapp majoritet av den kanadensiska Högsta Domstolen yrkandet att vetskap av principskäl "smittar" mellan samtliga partners i ett företag. Domstolen motiverade sitt ställningstagande med att en sådan princip (a) involverar "*an assumption which is unrealistic in the era of the mega-firm*", och (b) skulle få orimliga konsekvenser eftersom partners vetskap skulle följa med när de bytte företag eller företag slogs samman och det nya företaget i så fall också skulle anses smittat.<sup>398</sup>

*Prince Jefri Bolkiah v. KPMG (a firm) ("Prince Jefri")*<sup>399</sup> handlade om *Chinese Walls* effekt inom en av världens största revisionsbyråer. Prince Jefri (Sultanen av Bruneis yngste broder) var ordförande i Brunei Investment Agency ("BIA"), vars huvudsakliga uppgift var att förvalta Bruneis statskassa. KPMG utförde enda sedan BIA grundades årliga revisioner och agerade även som rådgivare och konsult, vilket gav upphov till en lång och förtrolig relation mellan BIA och KPMG. Mellan 1996 och 1998 engagerade Prince Jefri KPMG i London som rådgivare i en personlig tvist han hade med två före detta affärspartners. Under processen erhöll KPMG omfattande konfidentiell information angående Prince Jefris tillgångar och finansiella affärer. En kort tid efter att processen avslutats påbörjade Bruneis regering en utredning av BIA:s affärer. KPMG:s Bruneikontor ombads bistå BIA:s utredare i syfte att identifiera, spåra och återvinna tillgångar som mystiskt "försvunnit".

KPMG varken informerade eller bad om Prince Jefris godkännande, trots att det var uppenbart att åtminstone en del av den information de fått del av rörande Prince Jefris affärer var relevant för BIA:s utredning och att parterna hade motstridiga intressen. Däremot ansträngde sig KPMG minutiöst för att upprätta en vattentät *Chinese Wall*. T.ex. såg de till att ingen personal som arbetat med Prince Jefris privata affärer deltog i det nya projektet. Personalen intervjuades t.o.m av KPMG:s advokater för att försäkra att ingen hade tillgång till information angående Prince Jefri. Dessutom förelåg en fysisk separation mellan London- och Bruneikontoren. Man använde separata dataservrar och all elektronisk information som fanns sparad på KPMG:s servrar raderades. *House of Lords* förbjöd ändå KPMG

---

<sup>396</sup> Ibid, s 150.

<sup>397</sup> [1991] 1 WWR 705.

<sup>398</sup> Ibid, s 725.

<sup>399</sup> [1999] 1 All ER 517, [1999] 2 WLR 215, HL.



att agera för BIA. Lord Millet anförde att konfidentialitetsskyldigheten är ovillkorlig. Det innebär att informationen ska hållas konfidentiell och det räcker således inte att vidta rimliga åtgärder för att hålla den konfidentiell. Vidare ansåg han att en *Chinese Wall* för att vara effektiv måste inrättas som en del av byråns organisatoriska struktur, inte som KPMG här hade gjort, *ad hoc*. Lord Millet fastslog att KPMG inte levt upp till sin tunga börda att bevisa att det inte fanns någon risk att den konfidentiella informationen angående Prince Jefri skulle läcka till dem som arbetade för BIA.

Domen innebär att en *Chinese Wall* måste vara totalt oöverstiglig för att överleva en juridisk prövning. Fallet indikerar dock att en *Chinese Wall* kan innebära skydd mot intressekonflikter under förutsättning att den är tillfredsställande utformad. I väntan på utförligare praxis är det i nuläget oklart i vilken utsträckning användandet av enbart *Chinese Walls* skyddar ett företag mot brott mot *fiduciary duties* gentemot en kund och vilka krav som i så fall ställs på murens konstruktion.<sup>400</sup> Frågan är särskilt viktig eftersom Law Commissions utredning visar att användandet av och förtroendet för *Chinese Walls* är mycket utbrett bland företag som erbjuder finansiella tjänster.<sup>401</sup>

## 5.4 Övriga regler som påverkar fiduciaries

Företag som tillhandahåller finansiella tjänster är föremål för en mängd olika regleringar; författningar och lagar, *common law*, samt *equity*-regler. Det finns också flera icke-statliga självreglerande organisationer som har befogenhet att skapa och införa olika typer av regler och standarder, t.ex. rekommendationer för ”bäst uppförande”. FSA reglerar hela den brittiska finansiella sektorn och utfärdar både skyddslagstiftning och grundläggande handlingsprogram för affärsverksamheter.<sup>402</sup> FSA har utfärdat ”Core Conduct of Business Rules” (”Core Rules”) som är vägledande regler för auktoriserade personers agerande inom den finansiella sektorn. Princip 1 stadgar att ett företag måste utöva sin verksamhet med integritet. Enligt Princip 2 måste företaget agera med skicklighet, noggrannhet och flit. Princip 6 föreskriver att ett företag måste ta hänsyn till kundernas intresse och behandla dem rättvist. Princip 8 erfordrar att företaget hanterar intressekonflikter, både konflikter mellan sina egna intressen och kundernas och konflikter mellan olika kunders respektive intressen.<sup>403</sup>

Många av de här principerna överrensstämmer med andra ord med de allmänna *fiduciary duties* som åvilar en *fiduciary*. Flera tvingande regler för samma verksamhet existerar därför parallellt och frågan är vilka regler som

---

<sup>400</sup> [Law Commission 1995], s 160.

<sup>401</sup> Ibid, s 79.

<sup>402</sup> MacHarg och Clark, aa, s 453-456.

<sup>403</sup> Hall, Handbook of Banking Regulation and Supervision, Woodhead-Faulkner, London 1993, s 73.

har företräde när de kolliderar. Angående hur intressekonflikter ska hanteras stadgar Core Rules:

*”...a firm should manage a conflict of interest by taking reasonable steps in one or more of the following ways:*

- (a) disclosing an interest to a customer; or*
- (b) relying on a policy of independence; or*
- (c) establishing internal arrangements (Chinese Walls); or*
- (d) declining to act for a customer.”<sup>404</sup>*

Enligt Core Rules räcker det således att en *fiduciary* hanterat, i förhållande till *fiduciary*-lagstiftningens skyldighet att undvika, en intressekonflikt. Inom den finansiella sektorn uppstår därför en inkonsekvent reglering i frågan vad som krävs av ett företag för att inte försätta sig i en intressekonflikt.<sup>405</sup>

SIA hävdar att avgörandet i *eToys* går stick i stäv med det federala regelverket för börsintroduktioner. Enligt dem är det högst olyckligt att *equity* ålägger *fiduciaries* en högre skyldighet än lagreglerna. Gränsen för att tillmäta någon *fiduciary duties* sänks och ett företag riskerar att bryta mot sina *fiduciary duties*, trots att de följer FSA:s regelverk. Detta skapar i sin tur en stor osäkerhet och oro på marknaden.<sup>406</sup> Domstolen tillbakavisade dock argumentet att upprätthållandet av *fiduciary duties* potentiellt skulle stå i konflikt med det reguljära regelverket och försäkrade att: *”an obligation not to conceal from the issuer private arrangements made with a group of potential investors does not compromise Goldman Sachs’ charge to be truthful in its public disclosure regarding the issuer’s business”*.<sup>407</sup>

Law Commission hittade i sin utredning *“Fiduciary Duties and Regulatory Rules”*<sup>408</sup> flera exempel där lagregler och föreskrifter inte stämde överrens med *fiduciary* lagstiftningen, bl.a regler angående avslöjande av andra uppdrag och ersättningar, förbudet mot att själv tjäna på uppdraget (den s.k. *”no profit rule”*) och verkan av *Chinese Walls*.<sup>409</sup> Det finns både fall där det är en *”riktig”* konflikt mellan reglerna, dvs. att ett uppfyllande av den ena nödvändigtvis konstituerar ett brott mot den andra. Mera vanligt är dock situationer där författningsregler ställer mindre betungande krav än *fiduciary* reglerna, men att författningsreglerna inte motsätter sig ett agerande i enlighet med den högre standarden.<sup>410</sup>

Vissa hävdar att regler utfärdade av FSA kan ändra de rättigheter och skyldigheter parter inom den finansiella sektorn annars skulle tillskrivas

---

<sup>404</sup> Ibid, s 82.

<sup>405</sup> Ze, aa, s 147.

<sup>406</sup> Maiden, aa, s 2.

<sup>407</sup> *eToys* 2005 N.Y. Lexis 1178.

<sup>408</sup> [Law Commission 1995], s 172.

<sup>409</sup> Ibid, s 232.

<sup>410</sup> Ibid, s 7.

enligt generella privaträttsliga regler.<sup>411</sup> Detta var också den brittiska regeringens inställning när de introducerade *Financial Services and Markets Act 2000*, ur vilken FSA härleder sin befogenhet att reglera finansiella institut. De anförde: "It is the Government's firm belief that the courts would be unlikely to hold that someone could successfully sue an authorised person for breach of fiduciary duties where the authorised person has complied with FSA rules, which, of course, are made under Parliament's delegated statutory powers".<sup>412</sup> Utifrån praxis drar Law Commission slutsatsen att användandet av kontraktuella tekniker, inklusive friskrivningsklausuler och informerat medgivande, i stor utsträckning undviker den inkonsekvens som föreligger mellan olika rättskällor. De finner också stöd för att upprättandet av *Chinese Walls* i enlighet med föreskrifter har en jämkande inverkan på de inkonsekventa skyldigheter som företag åläggs enligt *common law* och *equity*.<sup>413</sup>

---

<sup>411</sup> Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*, 17 uppl, Sweet & Maxwell, London, 2006, paragraf 6-053.

<sup>412</sup> Ze, aa, s 148.

<sup>413</sup> [Law Commission 1995], s 9.

## 6 Analys

Law Commission gör följande sammanfattning av vad *fiduciary duties* innebär<sup>414</sup>:

- (a) **Ett förbud mot intressekonflikter:** *Fiduciary*:n får inte låta sitt agerande påverkas av eventuella egna intressen i beslutet.
- (b) **Ett förbud mot otillbörlig vinst:** *Fiduciary*:n får inte för egen del dra fördel av sin position på förmånstagarens bekostnad.
- (c) **En odelad lojalitetsplikt:** *Fiduciary*:n får inte sätta sig i en position där han måste välja vem av flera förmånstagare han ska vara lojal mot, då han har en långtgående lojalitetsplikt gentemot samtliga förmånstagare.
- (d) **En konfidentialitetsplikt:** *Fiduciary*:n får bara använda konfidentiell information han erhållit under utövandet av sitt uppdrag till att gynna förmånstagaren, och inte missbruka informationen för att gynna sig själv eller någon annan.

Jag anser att detta utgör en övergripande och rättvisande sammanfattning av de slutsatser man kan dra av den praxis som finns idag. Det bör också påpekas att en *fiduciary* ofta bryter mot flera av sina *duties* när han fattar ett tvivelaktigt beslut. Då de av Finn uppräknade skyldigheterna till stor del överlappar varandra är det ofrånkomligt att domstolarna inte alltid förtydligar vilken specifik *duty fiduciary*:n brutit mot, utan nöjer sig med att allmänt konstatera att *fiduciary*:n brutit mot sina *duties*.<sup>415</sup>

Överlag präglas det här området inom *equity* av vaga ord och generella principer. Som Lord Upjohn anförde i *Phipps v. Boardman*<sup>416</sup>, måste *fiduciary*-regler tillämpas mycket varierande beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Vad *fiduciary*:n är skyldig att göra eller inte göra avgörs på grundval av vilken typ av *fiduciary* det rör sig om och de specifika faktaförhållandena; ”*To say a man is a fiduciary only begins the analysis*”<sup>417</sup>. Genom att införa detaljerade skyldigheter och förbud under den generella lojalitetsplikten har domstolen undgått den omöjliga uppgiften att uttömmande definiera vad som menas med ”i förmånstagarens intresse” i ett givet fall. *Fiduciary*:n har att avgöra hur dessa intressen bäst ska tjänas, och de specifika reglerna ger domstolen en möjlighet att sätta en gräns varvid de i efterhand kan säga att *fiduciary*:n inte agerat i förmånstagarnas intresse.<sup>418</sup> Domstolarna åtnjuter därför stor flexibilitet.

Omfattande praxis visar att domstolarna i många jurisdiktioner är ovilliga att betvinga parter i kommersiella förhållanden som handlar på en

---

<sup>414</sup> [Law Commission 1995], s 32.

<sup>415</sup> [Finn 1977], s 80.

<sup>416</sup> [1967] 2 A.C. 46.

<sup>417</sup> *Re Coomber* [1911]n1 Ch. 723, s 728: uttalande av Fletcher Moulton LJ.

<sup>418</sup> [Finn 1977], s 46.

armlängds avstånd *fiduciary duties*. Denna obenägenhet föreligger trots att kommersiella förhållanden som sådana inte ligger utanför det *fiduciary* regelsystemet. Inställningen tycks bottna i en acceptans av att:

- (a) det först och främst är parterna själva som ska stipulera sina respektive rättigheter och skyldigheter i kommersiella förhållanden, och
- (b) *fiduciary duties* konsekvent bara ska åläggas dem när, och i den utsträckning, det är nödvändigt och lämpligt för att införliva berättigade förväntningar i ljuset av kontraktets lydelse och de affärsmässiga omständigheterna.

Finansiella konglomerat har offentligt tillkännagivit att de verkar obundna av *fiduciary duties*. Inom doktrinen anses finansiella institut inte agera som *fiduciaries* såvida de inte ger kunden en berättigad förväntan att företaget ska handla i kundens, och inte sina egna intressen. I *eToys* konstaterades att rådgivning kan ge upphov till en sådan högre nivå av tillit som krävs för att finansiella institut ska åläggas *fiduciary duties* i förhållande till sofistikerade kunder. Utslaget innebär att företagen inte längre kan känna sig trygga i att de inte är *fiduciaries* när de bedriver en rad av sina olika verksamheter. Än har vi inte sett den fulla effekten av *eToys* och finansiella konglomerat bör därför vidta säkerhetsåtgärder för att skydda sig mot brott mot *fiduciary duties*.

*Fiduciaries* kan inte friskriva sig från alla sina skyldigheter. Det *fiduciary* förhållandet baseras på tillit och därför anses *fiduciary*:n, precis som *trusteen*, ha en viss minimiskyldighet gentemot förmånstagaren. *Equity* är dessutom till för att skipa rättvisa resultat och verkar oberoende av avtalet. Har man friskrivit sig från principerna *at law* är det inte säkert att man för den skull inte har skyldigheter *in equity*. Hur långt en *fiduciary* kan friskriva sig är med andra ord oklart. Trenden går mot allt mer omfattande friskrivningar. I *Armitage v. Nurse*<sup>419</sup> ansågs ansvar för grov vårdslöshet kunna avtals bort. Mot bakgrund av detta domslut frågar sig Millet L.J. om det inte är dags att se över lagstiftningen<sup>420</sup>: "...it must be acknowledged that the view is widely held that these clauses have gone too far, and that trustees who charge for their services and who, as professional men, would not dream of excluding liability for ordinary professional negligence should not be able to rely on a trustee exemption clause excluding liability for gross negligence...". Law Commission har också föreslagit att professionella *trustees* rätt att avtala bort sina *fiduciary duties* ska begränsas.<sup>421</sup> Financial Markets Law Committee ("FMLC") har kritiserat förslaget eftersom de hävdar att *trustees* på kapitalmarknaden i så fall kan bli ovilliga att utöva sin bestämmanderätt, eller i extrema fall rent av vägra att agera. FMLC befarar dessutom att *trustees* mer frekvent skulle begära uppdragsgivarnas godkännande innan de agerar, något som skulle ha en

---

<sup>419</sup> [1998], Ch. 241.

<sup>420</sup> *Armitage v. Nurse* [1998], Ch. 241, s 256.

<sup>421</sup> UK Law Commission, *Trustee Exemption Clauses: A Consultation Paper*, Consultation paper Nr 171, 2002 [Law Commission 2002]

hämmande effekt på marknaden.<sup>422</sup> Jag tror också att ett sådant förbud skulle medföra negativa konsekvenser, vilka skulle drabba inte bara *trustees*, utan alla *fiduciaries* eftersom samma regler troligtvis skulle tillämpas analogt på dem. Att tillåta parterna, snarare än lagstiftaren eller domstolarna, att avgöra om och hur långt en *fiduciary* ska få begränsa sitt ansvar tycks enligt min åsikt vara ett bättre alternativ för jurisdiktioner som undviker att blanda sig i kommersiella relationer.

Jag anser att man bör skilja på klausuler som noggrant definierar parternas skyldigheter i syfte att begränsa dem, från sådana som ämnar exkludera allt ansvar. Eftersom praxis visar att domstolarna tar hänsyn till parternas avtal och ålägger således inte en part *fiduciary duties* på ett sätt som strider mot avtals lydelsen. Därför bör parterna vara noga vid författandet av kontraktet. I slutändan handlar debatten om nyckelorden "förtroende" och "tillit". Företag som söker undvika *fiduciary* ansvar bör därför, så mycket som deras förhandlingsposition tillåter, undvika ord och begrepp som implicerar tillit.

De faktiska problemen som uppstår beror för det första på företagens storlek och varierade tjänsteutbud, vilket har utökat kundklientelen markant. Detta resulterar ofta i att ett tjänsteföretag, medvetet eller omedvetet, samtidigt eller i nära anslutning agerar för olika klienter som sinsemellan har skilda eller konflikterande intressen. För det andra innebär varierade tjänster tillsammans med oändlig lagringsmöjlighet av elektronisk data att företagen är betydande förvaringsplatser för information angående både existerande och före detta klienter. Som vi har sett innebär lagen som den nu är utformad motstridiga förpliktelser för företagen i relation till informationen de förvarar, båda i syfte att skydda klienternas intressen. Jag håller inte med Finn om att ett företag som hemlighåller information som är relevant för en kunds affärer med hänvisning till att den erhållits i förtroende av en annan kund agerar rätt. Jag anser att företaget bryter mot sina *duties* i förhållande till en av kunderna hur den än gör i en sådan *no-win* situation, eftersom företaget, utan att på förhand ha friskrivit sig eller inhämtat kundernas informerade samtycke till potentiella intressekonflikter, överhuvudtaget inte skulle ha satt sig i en sådan position från början.

Resultatet av Law Commissions undersökning visar att en övervägande majoritet av dem som är verksamma inom den finansiella tjänsteindustrin i stor utsträckning förlitar sig på generella förhandsavslöjanden, vilka inkorporeras i kundavtalen. Dessa informerar t.ex. om att företaget kan ha materiella intressen i en transaktion och ger exempel på vilka konflikter som kan uppstå. För att förmånstagaren ska anses tillräckligt informerad ska han få del av all relevant information företaget besitter så att han kan ta ställning till vad hans medgivande av intressekonflikten kan få för konsekvenser. Mot bakgrund av den osäkerhet som föreligger angående hur mycket företaget måste avslöja om en intressekonflikt, särskilt när problemet förvärras av att företaget är skyldig att meddela klient A men inte får avslöja någon konfidentiell information den erhållit av klient B, anser jag att den här

---

<sup>422</sup> Financial Markets Law Committee, *Trustee Exemption Clauses*, Nr 62, Maj 2004, Bank of England, London, s. 2.

metoden inte ensam räcker för att garantera att ett företag inte bryter mot sina *fiduciary duties*.

Än mer besvärande än de faktiska problemen är den legalt fastslagna principen, att ett bolag är en juridisk person oavsett hur många och spridda bolagets olika avdelningar och filialer är. ”Smittoregeln” gör att all information någon del eller avdelning inom bolaget tillhandahåller anses vara allmän vetskap inom hela företaget. Enligt Law Commission erbjuder inte en *Chinese Wall* det skydd mot informationsflöde den är tänkt att ge i sådana situationer. Domstolarna har dock inte gått så långt som att underkänna verkan av Chinese Walls under alla omständigheter. *Prince Jefri* har lämnat frågan öppen. Klart är åtminstone att det ställs nästan orimligt höga krav för att en *Chinese Wall* ska anses effektiv, det krävs nämligen att väggen utesluter all risk för ett missbruk av en före detta kunds konfidentiella information.

*Equity*:s höga krav på *Chinese Walls* är bara en av flera av Law Commission uppmärksammade skillnader mellan *law* och *equity*. Den brittiska regeringen har uttalat att de anser den av *law* lägre ställda gränsen för vad som krävs av en *fiduciary* i olika sammanhang bör gälla. Flera självreglerande organisationer och branschföreningar har givit sitt medhåll till en sådan tolkning. Jag ställer mig dock frågande till den slutsatsen. Det förutsätter att *law* har företräde framför *equity*. Som vi sett i inledningen till den här uppsatsen fastslogs tvärtom redan 1616 att *equity*-utslaget har företräde framför *common law*. *Equity* ska kunna göra ett orättvist resultat rättvist. Domstolen har därför enligt min åsikt möjlighet att fastställa att ett företag har brutit mot sina *fiduciary duties*, trots att den agerar i enlighet med FSA:s alla regler. Med tanke på regeringens uttalande är det dock tveksamt om så skulle ske i praktiken. Att handla i enlighet med FSA:s regler borde däremot kunna vara en vägledare för räckvidden av *fiduciary duties*, eller rent allmänt fungera som bevis för den gemensamma partsviljan i ett avtalsförhållande.

Många viktiga regler som påverkar dagens moderna affärstransaktioner och verksamheter härstammar från det förgångna. Problemet består därför i hur de ska tillämpas under moderna omständigheter. I en mängd bestående regler och doktriner från det förflutna är de relationsstrukturer och tillvägagångssätt för hur affärer genomförs som förutsätts anmärkningsvärt enkla. Något generaliserat har t.ex. vår föreställning om agenten präglats av en person av kött och blod som agerar personligen för en annan i en enda, begränsad och åtskild transaktion. Likaså har rådgivaren betraktats som en individuell yrkesutövande som agerar utifrån information som, om den inte finns tillgänglig i hans eget huvud, är inte desto mindre lättåtkomlig för honom. På samma sätt har *fiduciary*-lagstiftningen inspirerats och uppstått ur relativt okomplicerade förhållanden och handlingssätt, i vilka de relevanta aktörerna var ensamma individer som vanligtvis kände varandra. Uppdragen var ofta mindre avancerade och geografiskt begränsade vilket gjorde att förmånstagarna var mer insatta i den verksamhet personen underkastad *fiduciary duties* bedrev.

Den värld som *fiduciary* lagstiftningen förutsatt existerar inte längre. Den ensamma utövaren som bedriver en enda verksamhet genom sin lilla agentur förekommer fortfarande, men allt vanligare blir de stora internationella multitjänsteföretagen med geografiskt spridda filialer och kontor, som erbjuder en uppsjö olikartade tjänster. Dessutom finns idag helt andra möjligheter att införskaffa, lagra och återvinna stora mängder information.

De ursprungliga *fiduciary*-reglerna belyser utan tvivel viktiga värderingar och behov i mänskliga relationer och interaktioner. Domstolarnas utveckling och omformuleringar av *fiduciary duties* genom tiderna representerar den med tiden införskaffade insikten i vad de som ansetts skyddsvärda behöver skydd mot, och därur härrör vilka förhållanden som anses innebära *fiduciary* förpliktelser och vilka personer som anses agera i *fiduciary* kapacitet. *Fiduciary*-reglernas mål är att ge fullgott skydd åt förmånstagarna. Den reguljära lagstiftningen inom den finansiella sektorn ämnar också skydda kunderna, möjliggöra en effektiv och fungerande marknad samt klagöra kundernas rättigheter och företagets skyldigheter. När avsikten bakom *law* och *equity* sammanfaller på detta sätt och en yrkesgrupps verksamhet är reglerad i lag, är jag av den åsikten att man vid formuleringen av *fiduciary duties* bör ta hänsyn till hur moderna kommersiella företag är organiserade och reglerade.

De flesta kan nog enas om att synsättet att behandla närstående företag som separata juridiska personer (trots att de kan vara helägda dotterbolag, ha samma styrelse och VD, och kanske t.om. samma personalstyrka), känns som en konstgjord juridisk lösning. Än mer konstgjort anser jag det är att behandla ett företag, särskilt stora och multisysslande företag, som en enda monolitisk juridisk person i all företagets verksamhet under alla omständigheter. Om företaget övertygande kan bevisa att den effektivt separerat och isolerat en av sina verksamheter (på ett sätt som måste anses tillfredsställande för den specifika verksamheten), vore det enligt min uppfattning mest logiskt att bedöma det potentiella ansvar och brott mot *fiduciary duties* som uppkommer under utövandet *prima facie* som om den avskilda avdelningen vore en egen juridisk person. På detta sätt hade en stor del av de problem förknippade med intressekonflikter härrörda ur ”smittoregeln” kunnat undvikas.

Avslutningsvis, hur bör ett företag som vill undvika att bryta mot sina *fiducary duties* agera under det rådande rättsläget? Jag anser att det bästa skyddet de stora finansiella konglomeraten kan erhålla består av en tydlig definition av företagets skyldigheter och en exkludering av allt oönskat ansvar. Avtalet bör också informera om att företaget, utöver att tjäna kunden, kan agera för sig själv, och att intressekonflikter därmed kan uppstå. Ju mer oerfaren och osofistikerad kunden är, ju mer noga bör företagets representant gå igenom klausulens innebörd. När en reell konflikt väl uppstår, måste företaget informera mer ingående om vad konflikten innebär. Det är viktigt att redan från början upplysa om att kunden inte kommer att få ta del av någon sekretessbelagd information. Slutligen bör



företaget upprätta en *Chinese Wall* som innefattar de i avsnitt 5.3.5.1 organisatoriska arrangemangen.

Inledningsvis konstaterade jag att begreppet *fiduciary duties* är mycket vagt och generellt definierat. Domstolarna har velat hålla begreppet öppet för att kunna anpassa reglerna till nya situationer och företeelser. De finansiella konglomeraten är en sådan nyhet. Det är dags att *equity* anpassar sig!

# Käll- och litteraturförteckning

## Doktrin:

Af Sandberg, Aktiebolagsrätten, Studentlitteratur, Stockholm, 2006.

Birks, "The Content of Fiduciary Obligation", in Tolley's Trust Law International, Vol. 16, 2002.

Bogdan, Komparativ Rättskunskap, 2 uppl, Norstedts Juridik AB, Lund, 2003.

Chorley, Law of Banking, 6 uppl, Sweet & Maxwell, London, 1974.

Cranston, Principles of Banking Law, 2 uppl, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Ellinger, Lomnicka och Hooley, Modern Banking Law, 3 uppl, Oxford University Press, New York, 2002.

Finn, Fiduciary Obligations, The Law Book Co. Ltd., Sydney, 1977 [Finn 1977].

Hall, Handbook of Banking Regulation and Supervision, Woodhead-Faulkner, London, 1993.

Hellner, Kommersiell Avtalsrätt, 4 uppl, Juristförlaget, Stockholm, 1993.

MacHarg och Clark, International Survey of Investment Advisor Regulation, Kluwer Law International, London, 1999.

McKendrick, Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations, Oxford University Press, Oxford, 2003.

Penn, Shea och Arora, The Law and Practice of International banking, 2 uppl, Sweet & Maxwell, London, 1987.

Pettit, Equity and the Law of Trusts, 8 uppl, Butterworths, London, 1997.

Reynolds, Bowstead and Reynolds on Agency, 17 uppl, Sweet & Maxwell, London, 2006.

Saldezo och Hollander, Conflicts of Interest & Chinese Walls, Sweet & Maxwell, London, 2004.

Shepherd, *The Law of Fiduciaries*, The Carswell Company Limited, Toronto, 1981.

Watt, *Trusts and Equity*, Oxford University Press, 2 uppl, Oxford, 2006.

Wood, *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, Sweet & Maxwell, London, 1995.

### **Artiklar:**

Ellinger och Tjio, "Duty of care and damages in banking cases", *Journal of Business Law*, Juli 1997.

Finn, "Fiduciary Law and the Modern Commercial World", in McKendrick, *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2003 [Finn 2003].

Flannigan, "The Fiduciary Obligation", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volym 9, Nr 3, 1989.

Gorton, "Intressekonflikter i bankverksamhet", i Nord och Thorell (red.), *Intressekonflikter och finansiella marknader*, Stockholm Centre for Commercial Law Nr 4, Iustus Förlag AB, Stockholm, 2006.

Gower, "Big Bang and City Regulation", *51 Modern Law Review*, nr 1, 1988.

Graham, "The Statutory Regulation of Financial Services in the United Kingdom and the Development of Chinese Walls in Managing Conflicts of Interest", in McKendrick, *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

Lipton och Mazur, "The Chinese Wall Solution to the Conflict Problems of Security Firms", *New York University Law Review*, nr 50, 1975.

Maiden, "Court warns banks can be fiduciaries", *International Financial Law Review*, London, Juli 2005.

Rawling, "The Changing Role of the Trustee in International Bond Issues", *Journal of Business Law*, Januari 2007.

Reynolds, "The Law of Agency in Relation to Intermediaries", i Reynolds, *The Regulation of Financial and Capital Markets*, Blackwell Publishing Ltd., Singapore, 1991.

Ze J, "Underwriters and Fiduciary Duties", *Journal of Business Law*, Mars 2007.

## Övrigt:

Bernhardsson, *Investerarens uppslagsbok*, Liber AB, Kristianstad, 2005.

Financial Glossary; <http://www.finance-glossary.com>

Financial Markets Law Committee, *Trustee Exemption Clauses*, Nr 62, Maj 2004, Bank of England, London.

FSA Handbook; <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook>

Föreläsningmaterial från kursen "*Legal Aspects of International Finance*" vid Queen Mary College, University of London, 2006.

UK Law Commission, "Fiduciary Duties and Regulatory Rules", Law Commission Report Nr 236, London, 1995 [Law Commission 1995].

UK Law Commission, *Trustee Exemption Clauses: A Consultation Paper*, Consultation paper Nr 171, 2002 [Law Commission 2002].

# Rättsfallsförteckning

*Keech v. Sandford* (1726), 2 Eq. Cas. Abr. 741.  
*Ex p. Belchier* (1754) Amb. 218.  
*Welles v. Middleton*, (1784) 1 Cox 112.  
*York Buildings Co. v. Mackenzie* (1795) 8 Bro. P.C. 42.  
*Gibson v. Jeyes* (1801) 6 Ves. 266.  
*Rotschild v. Brookman* (1831) 2 Dow & Cl. 188.  
*Docker v. Somes* (1834) 2 My. & K. 664-665.  
*Preston v. Grand Collier Dock Co.* (1840) 11 Sim. 327.  
*Henry v. Great Northern Railway Company* [1857] 1 De G. & J. 638.  
*Shallcross v. Oldham* (1862) 2 J. & H. 609.  
*Cartmell's Case* (1874) L.R. 9 Ch. App. 691.  
*Ex p. Adamson* (1878) 8 Ch. D. 819.  
*De Bussche v. Alt* (1878) 8 Ch. 286  
*In re Brittlebank* (1881) 30 W.R. 100  
*Bennet v. Gaslight & Co.* (1882) 52 L.J. Ch 98.  
*Ex p. Llyod; re Peters* (1882) 47 L.T. 65  
*Speight v. Gaunt* (1883) 22 Ch. D. 727.  
*Allcard v. Skinner* (1887), s 181.  
*Sachs v. Spielman* (1889) 5 T.L.R. 487  
*Re Bell Brothers; Ex p. Hodgeson* (1891) 65 L.T. 245.  
*In re Lepine; Dowsett v. Culver* [1892] 1 Ch. 219.  
*Sutherland v. Sutherland* (1893) 3 Ch. 169.  
*Brown v. The Wickham & Bullock Island Coal Co.* (1894) 15 N.S.W.R. (L) 306.  
*Bray v. Ford* [1896] A.C. 44, s 51.  
*Re Olympia Ltd.* [1898], 2 Ch. 179-180.  
*Alexander v. Automatic Telephone Company* [1900] 2 Ch. 56.  
*Dougan v. MacPherson* [1902] A.C. 197, s 204.  
*Wright v. Carter* [1903] 1 Ch. 27.  
*Osborne v. Amalgamated Society of Railway Servants* [1909] 1 Ch.  
*Stubbs v. Slater* [1910] 1 Ch. 632.  
*Re Coomber, Coomber v. Coomber* [1911], 1 Ch.  
*Re Coomber* [1911] 1 Ch. 723, 728-9.  
*Klug v. Klug* [1912] 2 Ch. 67.  
*Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke ("Rakusen")* [1912] 1 Ch. 831.  
*Galloway v. Halle Concerts Society* [1915] 2 Ch. 233.  
*Armstrong v. Jackson* [1917] 2 K.B. 822.  
*In re Charteris; Charteris v. Biddulph* [1917] 2 Ch. 397.  
*Trustees of Ellis and Co. v. Watsham* (1923) 155 L.T. Jo. 363.  
*Putzman v. Taylor* [1927] 1 K.B., 637.  
*Harrod sLtd. v. Lemon* [1931], 2 KB 157.  
*Lloyds Bank Ltd. v. EB Savory & Co* [1933] A.C. 201.  
*Johnson v. Buttress* (1936) 56 C.L.R 113  
*Stewart v. Phoenix National Bank* (1937) 64 P. 2d 101.  
*Yerkey v. Jones* (1938-39) 63 C.L.R. s 649.

*Lamotte v. Lamotte* (1942) 42 S.R. (N.S.W.) 99.  
*Regal Hastings v. Gulliver* [1942], 1 All E.R. s 349.  
*Hivac v. Park Royal Scientific Instruments* [1946] Ch. 169.  
*Re Clifford* [1948] S.A.S.R. 83.  
*Reading v. Attorney-General* [1949] 2 K.B. 232.  
*Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.* (1948) 65 R.P.C. 203.  
*Re Baron Vestey's Settlement; Lloyd's Bank Ltd v. O'Meara* [1950] 2 All E.R. 891.  
*G.E. Smith Ltd. v. Smith* [1952] N.Z.L.R. 470.  
*Re Pelly's Will Trusts* [1957], Ch. 1.  
*Boulting v. Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians* [1963] 3 W.L.R. 529  
*Thorby v. Goldberg* (1964) 112 C.L.R. 597.  
*Re Yorke (Stationers)* [1965] N.S.W.R. 446.  
*Ansell Rubber Co. v. Allied Rubber Industries* [1967] V.R. 37.  
*Boardman v. Phipps* [1967] 2 A.C. 46  
*Regal Hastings Ltd. v. Gulliver* [1967] 2 A.C. 134n.  
*Seager v. Copydex* [1967] 1 W.L.R. s 931.  
*Rees and Rees v. Atherton's (Queensland)* [1968]  
*Selangor United Rubber Estates v. Craddock* [1968] W.L.R. 1555.  
*Parry-Jones v. Law Society* [1969].  
*In re Gulbenkian's Settlement; Wishaw v. Stephens* [1970] A.C. 508  
*North & South Trust Co. v. Berkeley* [1971] 1 W.L.R. 470.  
*Re Craig* [1971] Ch. 95.  
*Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley* [1972] 1 W.L.R. 443.  
*New Zealand Netherlands Society 'Oranje' Incorporated v. Kuys* [1973] 1 W.L.R. 1126.  
*Howard Smith v. Ampol* [1974] A.C. 821, s. 834.  
*Thompson's Trustee in Bankruptcy v. Heaton* [1974] 1 All E.R. s 1248.  
*Lloyds Bank Ltd. v. Bundy* [1975] QB 326.  
*Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* [1976] 2 A.C. 134.  
*Coleman v. Myers* [1977] 2 N.Z.L.R. 225.  
*Queensland Mines Ltd. v. Hudson* (1978) 52 A.L.J.R. 399 (P.C.).  
*National Westminster Bank plc. v. Morgon* [1983] 3 All ER 85, s 91.  
*Chan v. Zacharia* (1983-84) 154 C.L.R. 178.  
*Haywood v. Bank of Nova Scotia* (1984) 45 OR (2d) 542.  
*Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corporation ("Hospital Products")* (1984-5) 156 C.L.R. 41.  
*Farrington v. Rowe McBride & Partners* [1985] 1 N.Z.L.R. 83, s 92-93.  
*Noranda Australia Ltd. v. Lachlan Resources N.L.* (1988) 14 NZWLR 1.  
*Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.* [1989] 2 S.C.R. 574.  
*Attorney General v. Guardian Newspaper Ltd* [1990] 1 A.C. 109.  
*Amangel Atlas Compania Naviera S.A. v. Ishikawajima-Harima Heavy Industries Co. Ltd.* [1990] 1 Lloyd's Rep 167.  
*Lee (David) & Co. (Lincoln) Ltd. v. Coward Chance* [1991] Ch. 259.  
*MacDonald Estate v. Martin* [1991] 1 WWR 705.  
*Re a Firm of Solicitors* [1992] 1 All E.R. 353.

*Kelly v. Cooper* [1993] A.C. 205.  
*Blyth Chemicals Ltd. v. Bushnell* (1993) 49 C.L.R. 66, s 82.  
*Goldcorp Exchange Ltd, Re* [1995], 1 A.C. 74.  
*Bristol & West Building Society v. Mothew* [1996] 4 All ER 698  
*Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC* [1996], A.C., s  
704.  
*Maguire v. Makaronis* (1997) 188 C.L.R. 449.  
*Swindle v. Harrison* [1997] 4 All E.R. 707.  
*Armitage v. Nurse* [1998], Ch. 241.  
*Satman Ltd. v. Dunlop Heywood* [1999] 3 All E.R. 652.  
*Beach Petroleum NL v. Kennedy* [1999] N.S.W.C.A. 408.  
*Prince Jefri Bolkiah v. KPMG (a firm) ("Prince Jefri")* [1999] 1 All ER  
517  
*Brandeis Brokers Ltd. v. Black* [2001] 2 All E.R. (Comm) 980 at 991 e-g.  
*Walker v. Stones* [2001] Q.B. 902, s 366.  
*EBC I Inc v. Goldman Sachs & Co ("eToys")* 2005 N.Y. Lexis 1178.  
*HF Management Services v. Frank Pistone* 2006, N.Y., App. Div. Lexis  
8437.