



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Markus Gunnskog

Advokats skadeståndsansvar vid due diligence-uppdrag

Examensarbete
20 poäng

Christian Dahlman
Förmögenhetsrätt

Termin 9

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte och problemformulering	4
1.2 Metod och material	4
1.3 Avgränsning	5
1.4 Disposition	5
2 SYFTET MED DUE DILIGENCE	6
2.1 Inledning	6
2.2 Juridisk due diligence	7
2.2.1 Vad bör den juridiska due diligence normalt omfatta	7
2.2.1.1 Avtal av olika slag	7
2.2.1.2 Rättstvister	8
2.2.1.3 Skulder	8
2.2.1.4 Tillgångar	8
2.2.1.5 Immateriella tillgångar	8
3 ALLMÄNT OM ADVOKATS RÅDGIVARANSVAR	9
3.1 Definition av rådgivning	9
3.2 Rådgivningsansvaret för advokaten	10
3.2.1 Juridiska råd	11
3.2.2 Lämplighetsråd	12
4 UPPDRAGETS PLACERING OCH ANSVARSGRUNDEN	13
4.1 Inledning	13
4.2 Immateriella tjänster	13
4.2.1 8 kap RB och tillämpligheten av 18 kap HB på rådgivning såsom due diligence.	14
4.2.2 Lojalitetsplikt i RB 8 kap och enligt god advokatsed	15
4.2.3 Undersökningsplikt	16
5 FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR SKADESTÅNDSANSVAR	17

5.1 Inledning	17
5.2 Allmänt om den objektiva delen av skadeståndsansvaret	17
5.2.1 Skada	17
5.2.2 Adekvat kauslitet	18
5.2.3 Culpabedömningen	19
5.2.3.1 Professionsansvaret och tillitsprincipen	20
5.2.3.2 Metodansvaret	21
5.2.3.3 Resultatansvar	23
5.2.3.4 Åtgärdsansvaret	24
5.2.3.5 Det pedagogiska ansvaret	25
5.2.3.6 Begränsade uppdrag	26
5.2.3.7 Tidsåtgången	27
5.2.3.8 Specialistansvaret	28
5.2.3.9 God advokatsed	29
6 ANSVAR FÖR REN FÖRMÖGENHETSSKADA	31
6.1 Inomobligatoriskt ansvar	31
6.1 Ansvar mot annan än den direkte medkontrahenten	31
6.1.2 Det utomobligatoriska ansvaret i praxis	32
6.1.2.1 NJA 1987 s.692	33
6.1.2.2 Tillitsläran	35
6.1.3 Ansvar mot tredje man för due diligence vid upprättande av prospekt	37
6.2 Advokatens ansvar mot uppdragsgivarens motpart	39
7 ANSVARSBEGRÄNSNINGAR	42
7.1 Inledning	42
7.2 Friskrivningar	42
7.2.1 Friskrivning gentemot tredje man	43
7.2.2 Friskrivningar mot uppdragsgivaren	44
7.3 Ansvarsförsäkring	45
7.4 Begränsning av ansvar vid due diligence	45
8 AVSLUTANDE KOMMENTARER	47
BILAGA A	50
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	51
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	53

Sammanfattning

Vid företagsöverlåtelser har under den senaste tioårsperioden due diligence fått en allt större betydelse. Due diligence kan beskrivas som en granskning av det bolag som ska köpas. Man granskar företaget ur juridisk, finansiell och miljömässig synvinkel. För denna typ av granskning anlitas företrädesvis revisorer och advokater. Advokater har hand om de juridiska aspekterna som aktualiseras vid ett företagsköp. Vad uppdraget exakt ska innehålla är svårt att i förväg bestämma enligt någon fastslagen norm, därav får uppdragen anpassas till den specifika situationen. Advokaten har att beakta att dennes rådgivning är förknippad med ett ganska långtgående ansvar för de uppgifter som lämnas. Det finns ingen lag som direkt rör advokats skadeståndsskyldighet för undermåligt genomförda uppdrag. För en sådan bedömning får man använda sig av allmänna rättsgrundsatser för inomkontraktuellt och utomkontraktuellt ansvar. I culpabedömningen får en rad olika aspekter tas upp för att avgöra om något är att anse som oaktsamt. Advokat har ett till sin titel kopplat professionsansvar som grundar sig på den tillit som allmänheten normalt kan kräva av yrkeskåren. För uppdrag som advokat åtar sig har denne att beakta sitt metodansvar, resultatansvar, åtgärdsansvar och det pedagogiska ansvaret. En god måttstock, men ej av avgörande betydelse för skadeståndsskyldigheten, är de av Advokatsamfundet uppställda reglerna om god advokatsed.

Att advokatens oaktsamhet mot klienten kan leda till skadeståndsansvar är helt klart. Senare års praxis har också visat på en allt liberalare syn på skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada gentemot tredje man, det s.k. utomobligatoriska skadeståndsansvaret. Det finns några fall då ett sådant ansvar skulle kunna komma att bli aktuellt, t.ex. vid due diligence genomförd i samband med ett prospekt riktat mot allmänheten. Om aktieköparna har förlitat sig på av advokaten vilseledande uppgifter i prospektet kan talan riktas mot advokaten av tredje man. Ett skadeståndsanspråk kan om det vinner bifall i rätten betyda slutet för en advokats verksamhet, då det ofta rör sig om betydande belopp vid företagsöverlåtelser. Advokaten har olika sätt att begränsa sitt ansvar, vanligen friskrivningar och ansvarsförsäkringar. Hur långtgående friskrivningar som kan godkännas är dock osäkert och det är därför viktigt att advokaten så väl som möjligt försöker avgränsa uppdraget.

Förord

Efter en lång och på många sätt mödosam tid på Juridicum känns det oerhört skönt att nu avsluta utbildningen med detta arbete. Jag har under skrivandets gång sakta men säkert fått en ökad förståelse för vad för slags arbete som krävs för att skriva ett examensarbete. Jag vill tacka min handledare Christian för att han tagit sig tid att diskutera upplägget för uppsatsen med mig. Stort tack till Anders vars hjälp varit av stor vikt.

Förkortningar

SkL	Skadeståndslag
dd	due diligence
RB	Rättegångsbalken
Kap.	Kapitel
HB	Handelsbalken
RGA	Regler om god advokatsed

1 Inledning

1.1 Syfte och problemformulering

Syftet med denna uppsats är att utreda under vilka förhållanden en advokat kan bli ansvarig för oaktsam rådgivning vid due diligence. Skadan som kan komma ifråga är ren förmögenhetsskada. Sådan skada skall i princip täckas fullt ut i inomobligatoriska relationer. För fall utom kontrakt gäller, enligt 2 kap 2 § SkL ett krav på brottslig handling eller stöd i lag för att sådan ersättning ska kunna utdömas. Vad jag ska utreda är, på vilka grunder ett skadeståndsansvar kan riktas mot advokaten inomobligatoriskt. Vidare ämnar jag utreda om det finns någon grund för tredje man att kräva ersättning för ren förmögenhetsskada till följd av en disposition grundad på advokatens due diligence, det vill säga ett utomobligatoriskt ansvar. Konefallet från 1987 öppnade vägen för en mindre stel bedömning av skadeståndsansvaret för professionsrådgivare gentemot tredje man.

Vad har advokaten i övrigt att beakta gentemot uppdragsgivarens motpart, det vill säga säljarbolaget, för att undgå att ådra sig ett skadeståndsansvar gentemot denne?

Jag ska vidare göra en genomgång av vad en advokat i sin verksamhet har att beakta i utförandet av sitt uppdrag för att inte drabbas av ersättningsanspråk från sin uppdragsgivare på grund av bristfälligt genomfört arbete och vilka möjligheter advokaten har att begränsa sitt ansvar gentemot klienten vid uppkommen skada.

1.2 Metod och material

Uppsatsen genomförs med traditionell rättsdogmatisk metod.¹ Med detta menas att uppsatsen är grundad på för området relevanta rättskällor för svensk rätt, det vill säga lagar, förarbeten och praxis. Då rättsläget i viss mån får anses osäkert har uppfattningar i doktrin givits stor betydelse.

Materialet jag har använt mig av för uppsatsen har till största delen varit svenskt. Materialet har till största delen behandlat skadeståndsrätt och professionsutövares ansvar i allmänhet och advokaters ansvar i synnerhet.

För förståelsen av due diligence-uppdragets genomförande i praktiken har jag till stor del förlitat mig på yrkesverksamma advokater på området, då detta förfarande endast i begränsad utsträckning beskrivits i litteraturen.

¹ Begreppet rättsdogmatik definieras i Bergström som den del av rättsvetenskapen som sysslar med det rättsvetenskapliga normsystemet och normernas tolkning.

1.3 Avgränsning

Jag har för uppsatsen avgränsat mig till att enbart behandla advokatens skadeståndsskyldighet för ren förmögenhetsskada vid due diligence-uppdrag. Skadeståndsansvaret för advokaten utreds gentemot uppdragsgivaren, uppdragsgivarens motpart och tredje man. Således behandlar uppsatsen ej, av advokaten, eventuellt brottsligt handlande och konsekvenser av sådant brottsligt förfarande. Advokaten kan också ådra sig ett disciplinärt ansvar för vårdslös yrkesutövning enligt advokatsamfundets disciplinära organ, detta vidrörs endast kortfattat i den mån det kan ha betydelse för den skadeståndsrättsliga culpabedömningen. Den straffrättsliga och disciplinärrettsliga har lämnats till största delen utanför detta arbete då min intention enbart är att utreda advokatens skadeståndsansvar vid due diligence-uppdrag

1.4 Disposition

I första delen av uppsatsen görs en beskrivning av due diligence, dess syfte, vad som undersöks och hur ett sådant uppdrag rent praktiskt utförs av advokaten.

I uppsatsens andra del redogörs för grunderna för ett skadeståndsansvar för advokaten till följd av ett oaktsamt utfört due diligence-uppdrag. Här redogörs för vissa aspekter som kan komma att få betydelse vid culpabedömningen.

Därefter görs en genomgång av ansvaret gentemot respektive uppdragsgivare och eventuella skadelidande tredje män.

I uppsatsens sista del uppmärksammar jag på advokatens medel för ansvarsbegränsningar och domstolarnas och doktrins syn på dessa.

2 Syftet med due diligence

2.1 Inledning

Under den senaste tioårsperioden har utförande av due diligence-granskning fått en allt större betydelse vid företagsöverlåtelser. Metoden används vid företagsförvärv och kan närmast beskrivas som en granskning eller ett sätt att uppfylla sin undersökningsplikt. När en eventuell köpare visar sig intresserad av att förvärva ett företag låter man ofta göra en granskning av detta företag ur olika perspektiv. Ofta granskas företagets situation, sett juridiskt, finansiellt och miljömässigt.

Due diligence kan på svenska översättas till ”erforderlig omsorg”, förfarandets främsta syfte är att skydda köparen från obehagliga överraskningar efter att köpet är avslutat. Denna typ av företagsgranskning är från början ett amerikanskt och brittiskt påfund, men globaliseringen av företagsöverlåtelser har lett till att tillvägagångssättet har spridit sig till en rad länder världen över, däribland Sverige. Från början användes metoden främst av utländska köpare av svenska företag, numera används metoden också i stor utsträckning mellan helsvenska parter.

Det finns ingen fastställd norm för hur en due diligence ska gå till eller vad den måste omfatta. Det är det specifika företagsförvärvet och de behov av granskning som köparen anser sig ha för att skapa sig en helhetsbild av målföretagets organisation, som får vara vägledande i det enskilda fallet. Köparens tidigare kunskap om målföretaget och branschförhållanden får alltså betydelse för granskningens utformning. För en utländsk köpare kan det i många fall vara viktigt att få klarhet i specifikt svenska förhållanden, såsom skattesituation och redovisningsprinciper. Generellt kan sägas att due diligence delas in i flera olika områden som berör företagets verksamhet och situation, men störst vikt läggs på den affärsmässiga, den finansiella och den legala situationen i due diligence-granskningen. Information om företaget inhämtas i form av skriftlig dokumentation såsom bolagshandlingar, avtal, redovisningshandlingar, interna rapporter och andra för granskningen viktiga dokument. Även muntliga frågetillfällen med exempelvis styrelse och vd brukar företas.

Köplagen² är tillämplig vid överlåtelse av aktier. Köplagen ställer som bekant upp ett krav på köparen att undersöka kvaliteten på det som köps³, den så kallade undersökningsplikten. Fel som köparen borde ha upptäckt vid sådan granskning kan inte göras gällande i efterhand. Med god insikt i, och med en mer heltäckande bild av det företag som ska köpas minskar risken för överraskningar i efterhand.

² Viss oenighet råder här om i doktrin, vissa förespråkar istället skuldebrevslagen, men en majoritet verkar ändå förespråka KöpL varför jag följer deras linje.

³ Se § 20 KöpL.

Köparen har dessutom efter en grundlig genomgång av målföretaget ett bättre förhandlingsläge då parternas informationsnivå om köpeobjektet utjämnas något. Det kan trots de stora summor ofta förknippade med att låta genomföra en due diligence visa sig vara en god affär då priset kan justeras nedåt på grund av information till följd av granskningen. Det rör sig ofta om betydande summor pengar i samband med företagsöverlåtelser. Det ligger alltså i köparens intresse att låta undersöka köpeobjektet så noggrant som möjligt för att försäkra sig om att det motsvarar dennes förväntningar.

Säljaren har upplysningsplikt mot köparen. Det kan också vara positivt för säljaren att köparen låter genomföra en due diligence. Om köparen får tillfälle att undersöka objektet i detalj kan det innebära att säljaren slipper ställa ut långtgående allmänna garantier. En säljare vill givetvis i möjligaste mån undvika att behöva ställa ut garantier till köparen i överlåtelseavtalet.

2.2 Juridisk due diligence

Den juridiska due diligence genomförs företrädesvis av advokatbyråer. Den juridiska granskningen fungerar som ett komplement till de övriga områden som granskas inom ett företag. Alla områden som granskats belyses för möjliga juridiska konsekvenser. Även om det inte finns någon fastställd norm för vad en due diligence ska omfatta, har advokatbyråerna, i takt med att allt fler uppdrag utförs utvecklade checklistor för vilka dokument som vanligtvis bör granskas.

2.2.1 Vad bör den juridiska due diligence normalt omfatta

Varje företagsförvärv är unikt och varje enskild intressent som låter genomföra en företagsgranskning har specifika önskemål om vad den ska riktas in på. Någon heltäckande standardmall om vad som skall undersökas bör alltså inte eftersträvas. Trots det sagda är det just genom standardiserade checklistor som uppdraget utformas till en början, varefter det individualiseras för det specifika företaget. Härunder ska uppställas vad som vanligen granskas vid juridisk due diligence.

2.2.1.1 Avtal av olika slag

Alla avtal som för målbolaget är av vikt bör givetvis gås igenom. Kontrakt med stora kunder och leverantörer med löpande avtal måste granskas. Det viktigaste är att kontrollera konsekvenserna av ett ägarbyte för de ingångna avtalen. Det kan vara viktigt att klargöra om vissa avtal kan komma att ändra karaktär till följd av ett ägarbyte, vilka uppsägningstider som gäller och om avtalen är omförhandlingsbara. Viktigt är också att kontrollera

huruvida målbolagets motparter har rätt att säga upp ingångna avtal eller om avtal automatiskt upphör vid ägarbyte i målföretaget.

2.2.1.2 Rättstvister

Det är viktigt att kontrollera om det föreligger några processer eller risk för kommande processer mot målföretaget. Om sådan process är aktuell eller möjlig i framtiden bör utgången av en sådan process och dess konsekvenser för målföretaget bedömas

2.2.1.3 Skulder

Målbolagets skulder hör kanske främst till den finansiella granskningen men kan även vara intressant ur ett juridiskt perspektiv. Bolaget kan vara upplåst kring olika former av skulder såsom letters of comfort, olika borgensåtaganden och pensionsskulder t.ex.

2.2.1.4 Tillgångar

Liksom för skulder hör tillgångar främst till den finansiella delen av due diligence, sakrättsliga frågor förknippade med tillgångarna måste dock fastställas. Fast egendom kan vara belastad med olika former av pant, inteckningar, servitut, lagfartshinder av olika slag, miljömässiga hinder för fastighet och dess användning och andra typer av begränsningar av nyttjanderätt till fastighet. Det kan vara klokt att kontrollera det offentligas planer för området som fastigheten är belägen på och eventuella tillståndskrav för bedrivande av verksamhet liksom förnyande av sådana tillstånd.

2.2.1.5 Immateriella tillgångar

Sådana tillgångar som patent, patentansökningar, varumärken och upphovsrätter är immateriella tillgångar som måste undersökas.

För sådana tillgångar är det lämpligt att kontrollera patentansökningar, patentens varaktighet och eventuellt förnyande av patent.

Upplåtna licenser, dessas löptid och eventuella möjligheter att dra tillbaka upplåtna licenser och överföra dem på andra kunder måste kontrolleras.

3 Allmänt om advokats rådgivaransvar

För alla typer av professionella rådgivare finns alltid en risk att drabbas av skadeståndsanspråk om rådgivningen leder till skada för uppdragsgivaren. De yrkesgrupper som man främst tänker på när det handlar om rådgivaransvar är olika typer mäklare och ekonomiska rådgivare som revisorer och placeringsrådgivare. Även jurister, och i synnerhet advokater har ett långtgående rådgivaransvar för rättsliga angelägenheter.

En advokat kan ådra sig ansvar för undermåligt genomförda rättsutredningar enligt kontrakträttens skadeståndsregler, advokatsamfundets disciplinära regelsystem, olika bestämmelser om hur arvodet kan nedsättas och regler om rättegångskostnadsansvar vid culpös processföring. Vidare kan en klient erhålla ersättning ur advokats ansvarsförsäkring. De senaste tjugo åren har rådgivaransvaret tilldragit sig ganska stort intresse då främst på grund av rättsutvecklingen på det utomobligatoriska området. Det har med andra ord blivit vanligare att rådgivare har bedömts som ersättningskyldiga gentemot skadelidande tredje man. Gemensamt för både inom och utomobligatorisk skadeståndsskyldighet är att ansvaret grundas på culpaprincipen.⁴ Denna uppsats begränsar sig till att behandla advokats skadeståndsskyldighet vid genomförande av due diligence-uppdrag. Jag ska rikta in mig på vilka faktorer som kan vara av betydelse för culpabedömningen vid oaktsamt utfört uppdrag. Dessa faktorer kan sägas precisera advokatansvarets ramar och är därmed viktiga att iaktta i all advokatverksamhet. Advokattiteln i sig bär med sig ett ökat krav på noggrannhet och omsorg om klienten. Ett ansvar grundat på förtroende för en viss yrkeskår eller titel kallas professionsansvar. Det kan för den fortsatta framställningen vara klokt att utreda vad rådgivning innebär.

3.1 Definition av rådgivning

I vardagligt språk betyder ordet "råd" en anvisning, uppmaning, tillrådan, inrådan, fingervisning m.m. Ordet "rådgivning" har synonymer som upplysning, handledning, information och/eller konsultverksamhet.⁵ I det juridiska språket är det svårt att bestämma ordets betydelse.

Ordet "råd" har ett så vitt spektrum av betydelser att det är svårt att precis placera in ordets betydelse i det juridiska språket. Att ett och samma ord dels kan avse ett säljråd av aktier mellan två gamla vänner på krogen och samtidigt även kunna avse en advokats rekommendationer till klient om handlande i komplicerade juridiska frågor, visar på bredden i ordets betydelse. Enligt Kleineman har ordet inte någon klar referensram i det

⁴ Heuman, Advokatens rättsutredningar 1987 s. 9.

⁵ Strömbergs, Stora synonymboken s. 159.

juridiska språket.⁶ Att rådgivning är utspridd på många olika branscher gör det inte heller enklare att skapa en enhetlig definition.

I doktrinen anses rådgivning föreligga om uppdraget syftar till att hjälpa klienten att fatta ett beslut. Rådgivaren behöver inte ha rekommenderat ett visst bestämt handlande för att kunna bli ansvarig. Att ta fram ett beslutsunderlag kan vara tillräckligt för ansvar. Tjänsten som rådgivaren utför skall vara intellektuell och avtalet skall vara präglad av förtroende mellan parterna.⁷

Rådgivaransvar innebär att rådgivare ansvarar för ren förmögenhetsskada som uppkommer om rådgivaren lämnar felaktig eller vilseledande information i samband med rådgivningen.⁸

Enligt Wiklund innebär rådgivning för advokat bland annat att till klient ”ge besked om hur viss faktisk situation rättsligt bedömes av våra domstolar”.⁹ Detta kan också benämnas som ”upplysning om gällande rätt”¹⁰ till klienten. Advokatens rådgivning kan ges löpande i samband med viss transaktion där advokaten företräder en av parterna, t.ex. vid avtalsförhandling och avtalsskrivning.

Vid due diligence-uppdrag granskas en stor mängd material ur juridiskt perspektiv under en begränsad period. Granskningens resultat lämnas ofta löpande under utredningens gång och dessutom i en sammanställning efter uppdragets slutförande. Denna sammanställning pekar då på de eventuella risker och oklarheter som framkommit och de förväntade konsekvenserna av dessa risker.

Sammanfattningsvis kan sägas att den information som förmedlas till mottagaren skall för denne vara ämnad att vägleda i en beslutssituation för att anses som ett råd. Advokatens uppdrag vid due diligence är i högsta grad av rådgivande karaktär, därmed följer ett ansvar för hur uppdraget utförs, det s.k. rådgivaransvaret.

3.2 Rådgivningsansvaret för advokaten

Advokater sysslar med att utreda vad som är gällande rätt. Klienter uppsöker advokater för att få klart för sig vad som är gällande rätt. Ett väl underbyggt arbete ska därigenom kunna leda till goda råd för hur klienten skall agera i olika situationer som är svårbedömda juridiskt. Problem uppstår när råden leder till oönskade konsekvenser. Det finns alltid en risk att förlita sig på

⁶ Kleineman, Ren förmögenhetsskada- särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart 1987 s. 509.

⁷ Gullefors, Björn, Ansvar och skadestånd, Näsvisen, 1999, s 11.

⁸ Kleineman, Jan, Rådgivares informationsansvar- en probleminventering, SvJT, 1998, s 186.

⁹ Wiklund, Advokatens skadeståndsskyldighet, s. 299.

¹⁰ Wiklund, A.a, s. 299.

råd, frågan som är intressant juridiskt, är vem som ska vara ansvarig ekonomiskt för sådana risker. Är det personen som förmedlar rådet eller den som tar emot detsamma, som ska vara primärt ansvarig för konsekvenserna av ett råd? Skillnad måste naturligtvis göras beroende på, vem som förmedlar rådet. Vem som förmedlar rådet måste ha stor betydelse för vilken tillit man har fog för att fästa vid det. För en advokat är en hög sådan tillit normalt befogad.¹¹ Till en juridiskt oskolad bekant kan sådan tillit inte sägas vara befogad.

Wiklund talar om två olika sorters råd som kan komma ifråga för en advokat i dennes verksamhet. Dessa råd benämns ”juridiska råd” respektive ”lämplighetsråd”.¹² Vilken sorts råd det rör sig om kan ha betydelse i bedömningen av hur skadeståndsansvaret ska bestämmas.

3.2.1 Juridiska råd

Wiklund menar med juridiska råd, sådana råd som besvarar frågan om vad som är gällande rätt. Sådan rådgivning kan t.ex. tänkas röra internationella avtal. Innan avtal undertecknas kan det vara ekonomiskt fördelaktigt för en klient att försöka skapa sig en uppfattning om, huruvida vissa avtalspunkter är giltiga enligt svensk rätt

För att bistå sin klient med information om hur vissa frågor förhåller sig juridiskt företar advokaten en rättsutredning enligt viss metod.

Advokaten utreder vad som är gällande rätt genom att undersöka lagar, praxis, förarbeten och doktrin för det aktuella rättsområdet. När advokaten har utforskat de för området aktuella rättskällorna och skapat sig en bild av vad som är gällande rätt, läggs resultatet av rättsutredningen fram för klienten. Advokaten har att förklara rättsläget och uppmärksamma klienten på konsekvenser som kan uppkomma av visst handlande. Advokaten kan exempelvis ha att klargöra riskerna med ett övertagande av industrifastighet ur miljörättslig hänsyn, innebörden av en avtalsklausul i konkurrensrättsligt hänseende och så vidare. Mycket av advokatens arbete vid due diligence går ut på att förmedla ”kärnjuridiska” råd till klienten, som ju anlitar advokaten av just den anledningen, att få en klar bild av de juridiska konsekvenserna, fördelaktiga och ofördelaktiga, av ett eventuellt företagsuppköp. För juridiska råd utnyttjar advokaten de klassiska juridiska rättskällorna, ett felaktigt råd grundat på en undermålig rättsutredning är i stor utsträckning ansvarsgrundande för advokaten. Detta grundar sig på att en medlem av advokatsamfundet förväntas ha de medel och kunskaper som krävs för att utreda i rättskällorna gällande rätt. Rättslägets komplexitet kan ha betydelse för hur ansvaret bedöms för ett lämnat juridiskt råd

Utifrån advokatens information får klienten själv bedöma hur han ska agera utifrån de fördelar och nackdelar för det specifika avtalet som rättsutredningen klarlagt. Det är upp till klienten att bestämma vilken grad

¹¹ Kleineman, 1987, s.550.

¹² Wiklund a.a s.299.

av risk han är beredd att exponera sig för. Advokatens uppgift är att klarlägga och i viss mån, rekommendera det rättsligt sett, lämpligaste tillvägagångssättet taget i klientens specifika situation. Men för att ge klienten en god grund att fatta beslut utifrån, bör advokaten, utifrån sin juridiska kunskap, lägga fram en heltäckande bild av rättsläget och påvisa de handlingsalternativ situationen ger utrymme för.

Om rådet har karaktären av att ge klienten råd om hur denne ska agera för att uppnå ett visst resultat är det till skillnad från juridiskt råd, ett s.k. lämplighetsråd.

3.2.2 Lämplighetsråd

Att förklara hur en person ska agera för att uppnå ett visst önskat resultat ingår i advokatens vardagliga rådgivningsverksamhet. Sådana råd benämns ”lämplighetsråd”. Ofta är lämplighetsrådet kopplat till ett givet juridiskt råd, d.v.s. när rättsläget är klarlagt rådfrågas advokaten av sin klient hur denne skall gå till väga för att hålla sig på ”rätt sida” av gällande rätt.

Att bedöma hur individer klokast ska gå till väga i olika situationer skiljer sig inte sällan markant från att utreda vad som är gällande rätt. Advokaten är specialist på att utreda vad som är gällande rätt och har som sådan god kunskap i hur sådan information hämtas. En klient kan inte ställa samma krav på att advokaten skall hålla lika hög standard i vitt skilda områden utanför hans förväntade kompetens. Både Wiklund och Kleineman betonar att advokaten för den här typen av råd har ett mer begränsat ansvar än för rent juridiska råd.¹³ Advokaten har ett metodansvar och inte primärt ett uppgiftsansvar och det subjektivt värderande elementet är blott en sida av ansvarets omfattning.¹⁴

Vad som avses är de tillfällen i en advokats verksamhet då endast subjektiva bedömningar är möjliga såsom när lagstiftaren har ställt upp skäligen, synnerligen och liknande ord vars relativa betydelse uppställts som rekvisit i lagtexten. Sådana bedömningar kan gälla juridiska, ekonomiska eller liknande områden. Den typen av spørsmål har ofta inte nödvändigtvis med advokatens juridiska sakkunskaper och skicklighet att göra.

Eftersom en advokat inte skäligen kan förväntas ha, t.ex. ekonomisk expertkompetens anses ansvarsgraden för subjektiva bedömningar av sådant slag generellt vara lägre. Visar det sig att advokatens ekonomiska bedömning inte överensstämmer med domstolens subjektiva bedömning av samma fråga är inte advokaten ansvarig för att det ekonomiska utfallet inte blir det önskade.¹⁵ Har advokaten specialistkompetens på det aktuella området blir bedömningen troligen en annan. I sådana fall kan troligen skadeståndsansvar ofta komma att bli aktuellt.

Generellt kan dock sägas att det är svårt att ställa upp någon klar regel för advokats skadeståndsansvar för lämplighetsråd.

¹³ Wiklund a.a s.304.

¹⁴ Kleineman 1987 s.518.

¹⁵ Wiklund a.a s.304.

4 Uppdragets placering och ansvarsgrunden

4.1 Inledning

Den ersättning som kan komma att utgå för brister i utförd due diligence är ren förmögenhetsskada.

Finns det ett avtal mellan parterna grundar sig advokatens skadeståndsansvar på grundläggande kontraktsprinciper. Det vill säga att advokaten är i princip obegränsat ersättningsskyldig för den skada uppdragsgivaren lider. För dd-uppdrag upprättas sällan eller aldrig avtal om uppdragets genomförande, detta beror på uppdragets komplexitet och svåröverskådlighet i förväg. Det innebär inga egentliga svårigheter att karakterisera förhållandet mellan uppdragsgivaren och advokaten som inomobligatoriskt, men att i efterhand bevisa vad som är ett brott mot det avtalade, kan leda till problem då det saknas ett skriftligt avtal för uppdraget.

4.2 Immateriella tjänster

Rådgivning vid uppdrag av aktuellt slag, avser inte fysiska föremål. När en advokat tar sig an ett due diligence-uppdrag åtar han sig gentemot sin klient att utföra en immateriell tjänst.¹⁶ Immateriella tjänster utförs av, förutom advokater och andra jurister, t.ex. av revisorer, mäklare med flera.¹⁷ Ett problem med immateriella tjänster är att det individuella uppdragets omfattning på förhand är väldigt svårt att uppskatta. Det kan därför vara problematiskt att upprätta avtal som korrekt förutser uppdragets alla eventualiteter. Även om det i vissa fall kan vara svårt att avgränsa ett uppdrags faktiska räckvidd, kan det i alla fall konstateras att det föreligger ett uppdragsförhållande mellan klienten och advokaten vid due diligence. Det finns som bekant inga formkrav för att ett avtal i svensk rätt ska anses ha uppkommit. Advokaten har vid accepterandet att åta sig uppdraget, gentemot klienten tagit på sig att utreda och förmedla viss information.

Advokat bär gentemot sin klient ansvar för skada som åsamkas denne med uppsåt eller vårdslöshet.¹⁸ Detta skadeståndsansvar grundar sig på uppdragsavtalet mellan parterna.¹⁹ Det finns inga standardmallar för dd-uppdrag, därav upprättas som ovan angivits, ofta inget avtal alls eftersom uppdraget i sig är svårdefinierat.

¹⁶ Begreppet är ingen vedertagen juridisk term, men det används av bl.a. Hellner (Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt 1 häftet 2 uppl. Stockholm 1996). Kleineman benämner sådana avtal immateriella uppdrag (Kleineman 1987. s.509).

¹⁷ Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, kontraktsrätt 1 häftet, Stockholm, 1996, s.200.

¹⁸ Wiklund a.a. s.297.

¹⁹ Kleineman 1987 s.510.

Allmänna avtalsrättsliga principer är tillämpliga på immateriella tjänster då de inte är särskilt reglerade i lag såsom t.ex. är fallet för fastighetsmäklare.

Det finns i svensk rätt ingen enhetlig lagreglering för rådgivningsuppdrag. Vissa yrkesrådgivare har dock fått sitt ansvar reglerat i lagregler, t.ex. fastighetsmäklare i Fastighetsmäklarlag (1995:400) och nyligen den konsumentskyddande lagen gällande finansiell rådgivning i Lag om finansiell rådgivning i konsumentförhållanden (2003:862).

Huruvida dessa regler analogvis ska kunna tillämpas även på andra rådgivare är oklart. Kleineman är tveksam till dessa lagreglers tillämplighet på andra rådgivares verksamhet.²⁰

Hellner är mer öppen för analogier framförallt från handelsagenturlagen och kommissionslagen medan Bengtsson förespråkar ett mer restriktivt synsätt.²¹

För advokatens verksamhet torde analogier från nämnda lagar inte vara aktuella för due diligence-uppdrag då det är en extremt kommersiell företeelse för vilket någon direkt skyddshänsyn för svagare part inte synes påkallad. Mellan uppdragsgivaren och advokaten föreligger ett förhållandevis jämlikt förhållande för vilket allmänna kontraktsrättsliga principer måste anses vara fullt adekvat för att tillvarata parternas intressen. Analogier kan dock eventuellt komma att bli aktuella för skada som drabbat tredje man till följd av advokatens oaktsamhet vid utförande av uppdraget.²²

4.2.1 8 kap RB och tillämpligheten av 18 kap HB på rådgivning såsom due diligence.

Advokaters verksamhet finns sparsamt reglerad i 8 kap. RB. Under det senaste århundradet har advokatens yrkesroll förändrats markant. Dagens komplexa samhälle kräver specialister på skilda rättsområden, en advokat ägnar sig idag ofta främst, åt ett för denne specialiserat rättsområde, och kanske inte i samma utsträckning som förr, med juridik av skilda rättsområden. Advokater benämns ofta med den specialitet de har nischat sig mot, t.ex. brottmålsadvokat, familjejuridisk advokat, eller som är fallet för due diligence, affärsjuridisk advokat. I viss mån kan den alltmer specialiserade rådgivningsjuridiken ha stora likheter med sysslomannauppdrag vars reglering står att finna i 18:e Kap HB. Man uppsöker en viss typ av advokat som huvudsakligen i sin yrkesverksamhet hanterar likartade rättsfrågor.

18:e kapitlet i Handelsbalken behandlar sysslomän. Vad begreppet syssloman omfattar är omstritt. På den tiden då lagen tillkom²³, ansågs en syssloman vara en person som för annans räkning företog rättshandlingar för att bistå juridiskt eller ekonomiskt.

Det är oklart om 18 kap. HB kan tillämpas på rådgivningsuppdrag som dd.

²⁰ Kleineman Rådgivares informationsansvar(1998) s.196.

²¹ Hellner SpA II-I s.202-203, Bengtsson Särskilda avtalstyper s.172.

²² Se närmare härom under kap. 6.

²³ Lagen är en rest från 1734 års lag.

Bengtsson är tveksam till dess tillämpning²⁴ medan Tiberg anser att immateriella tjänster är sysslomannauppdrag på vilka lagen ska äga tillämpning.²⁵

Trots osäkerheten om huruvida immateriella tjänster är att anse som sysslomannaavtal, motsvarar reglerna i HB 18 kap. till stora delar allmänna rättsgrundsatser.²⁶

Reglerna i 18:1, 18:4 och 18:9 är av störst intresse för advokats uppdrag vid dd.18:1 behandlar sysslomans omsorgsplikt mot uppdragsgivare.

Utförs inte uppdraget på avtalat omsorgsfullt sätt riskerar sysslomannen att ådra sig skadeståndansvar.

Om inte annat är avtalat utgår skadestånd enligt 18:4 vid sysslomans vållande. För advokater torde regelverket om god advokatsed delvis utgöra normen för skälig aktsamhet. 18:9 behandlar preskriptionstiden för sysslomannauppdrag.

Det är svårt på grund av doktrinens oenighet att uttala sig om 18 kapitlets tillämplighet på rådgivningsuppdrag som dd. Reglerna om culpaansvar och omsorgsplikt kan dock med säkerhet anses tillämpliga då de motsvarar allmänna rättsgrundsatser. Hur det förhåller sig med preskriptionen för ett utfört dd-uppdrag är däremot osäkert, men i och för sig möjlig att också hänföra till allmänna rättsgrundsatser. Reglerna motsvaras också av de, för advokater uppställda reglerna om god advokatsed.

4.2.2 Lojalitetsplikt i RB 8 kap och enligt god advokatsed

När advokat utför en dd är det ett slags sysslomannauppdrag. En advokat har en långtgående lojalitetsplikt gentemot sin uppdragsgivare. Reglerna om advokatens lojalitetsplikt mot klient finns reglerat i 8 kap. RB, betydligt mer preciserat kan man utläsa advokatens skyldighet att värna om klientens intressen, i regelverket om god advokatsed.

En advokats främsta plikt är att tillvarata klientens intressen 18 § RGA. Det är advokatens skyldighet att ha klientens bästa som första prioritet i sitt uppdrag. Denna plikt innebär inte att advokat alltid ska rätta sig efter klientens alla önskemål, snarare innebär lojalitetsplikten för advokaten att självständigt bedöma vad som juridiskt är att anse vara det bästa för klienten. Bedömningen ska resultera i vad som krävs för att uppnå detta bästa resultat och råda klienten att handla i enlighet med rättsutredningens resultat.

Lojalitetsplikten aktualiseras vid utförande av ett dd-uppdrag. Har klienten exempelvis velat begränsa uppdraget till att endast omfatta granskning av

²⁴ Bengtsson s.172.

²⁵ Tiberg Hugo Mellanmansrätt. Stockholm 1997, s.26.

²⁶ Bengtsson a.a.s. 150, 172.

utvalda delar för att hålla advokatkostnaderna nere, är det advokatens skyldighet varna om eventuella risker upptäcks under uppdragets utförande. Advokaten är skyldig att informera sin klient om eventuella risker som advokaten upptäcker som i och för sig ligger utanför det avgränsade uppdraget. Att inte informera klienten i sådana situationer är ett brott mot lojalitetsplikten som är uppställd i 18:e § i regler om god advokatsed.

4.2.3 Undersökningsplikt

Man kan fråga sig vad uppdragsgivaren i ett uppdragsavtal har för undersökningsplikt. I regel kan man säga att sådan plikt inte föreligger. Då en advokat anlitas för att genomföra en dd-undersökning är det för att denne i sin yrkesroll antas besitta, jämfört med uppdragsgivaren överlägsna kunskaper inom juridik. Dessa kunskaper utgör ju själva grunden för uppdraget. Därför vore det orimligt att ålägga uppdragsgivaren en undersökningsplikt för förhållanden denne utifrån sin kunskapsnivå inte rimligen kan bedöma. Man bör dock observera att detta förhållningssätt till uppdragsgivarens undersökningsplikt tar sin utgångspunkt i den inomobligatoriska relation som uppdragsavtalet konstituerar. För tredje man som utan partsrelation till advokaten, till grund för en disposition använder sig av, av advokaten upprättat material, har praxis visat att undersökningsplikt av sådan information bör kunna krävas.²⁷ Domstolarna ställer högre krav på kritisk granskning av information för tredje man än vad som är fallet i en partsrelation. Vilken grad av undersökningsplikt som kan krävas av tredje man får bedömas utifrån det enskilda fallet. I en sådan bedömning får aspekter som informationens ursprungliga syfte, dess användningsområde, utfärdarens förståelse för informationens användande och tredje mans fog att fästa tillit till informationen avvägas. Bristande undersökning kan i vissa fall ses som medvållande.²⁸ Har det exempelvis förflutit lång tid sedan informationens utfärdande när tredje man grundar en disposition på grund av tillit till informationen, bör en undersökningsplikt för tredje man kunna förutsättas.²⁹

²⁷ Se vidare om advokatens ansvar gentemot tredje man nedan under kapitel 6.

²⁸ Kleineman, 1987, s.563 f.

²⁹ Kleineman, 1987, s.544.

5 Förutsättningar för skadeståndsansvar

5.1 Inledning

I skadeståndslagens (1972:217, herefter SkL) 1kap.1§ stadgas att: bestämmelserna i denna lag skall tillämpas om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden, för sådana fall blir nämnda lag tillämplig mellan parterna. Enligt SkL är avtalspart skadeståndsskyldig mot motparten om, denne av oaktsamhet eller vårdslöshet orsakas skada.

Om skadeståndsansvaret är reglerat i avtal finns inga spärregler mot hur långtgående ansvaret för ren förmögenhetsskada kan vara. Kleineman anser att den som inte är klok nog att friskriva sig, eller i alla fall begränsa sitt ansvar, i princip ska vara ansvarig för sitt handlande, såvida de allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsförutsättningarna är uppfyllda, enbart med de begränsningar som följer av den traditionella skadeståndsrättens adekvans och culpanormer.³⁰

Mellan advokat och klient är i normala fall inte skadeståndsskyldigheten reglerad för utförandet av ett dd-uppdrag. Alltså blir SkL tillämplig. SkL blir följaktligen också tillämplig för skada mot tredje man.

5.2 Allmänt om den objektiva delen av skadeståndsansvaret

För att skadestånd ska kunna utdömas krävs det att en rad förutsättningar är för handen, en objektiv del och en subjektiv. Den objektiva delen av skadeståndsansvaret är, för det första att en skada ska ha uppstått, skadan ska för det andra ha drabbat annan än skadevällaren och för det tredje, att det ska föreligga adekvat kausalitet mellan skadan och den skadebringande handlingen. För att skadestånd ska kunna utgå måste alla dessa förutsättningar föreligga samtidigt. Om förutsättningarna föreligger får man bedöma den subjektiva delen av skadeståndsansvaret, det vill säga skadevällarens vårdslöshet eller oaktsamhet. En genomgång av dessa förutsättningar och utgångspunkter för den subjektiva bedömningen ska redogöras för nedan.

5.2.1 Skada

Skador i samband med advokats yrkesutövande vid dd-uppdrag är s.k. ren förmögenhetsskada, det vill säga skador av ekonomisk natur, utan samband

³⁰ Kleineman 1987, s.419.

med person- eller sakskador.³¹ Om uppdragsgivaren följer ett råd eller rekommendation lämnad av advokat, och därav lider en skada som inte hade uppstått om rådet inte hade följts, föreligger en skada.

5.2.2 Adekvat kausalitet

För att skadestånd enligt svensk rätt ska kunna utgå, krävs ett orsakssamband mellan den skadebringande handlingen eller underlåtenheten och den uppkomna bevisade skadan.

Orsaksförloppet kännetecknas av att en händelse enligt naturens eller samhällets ordning följer med sig en annan händelse. Den sista händelsen är en skada. Skadan skulle inte ha uppstått om inte den första händelsen ägt rum.³² Skadan skall alltså ligga i farans riktning.³³ Oaktsamma eller uppsåtliga handlingar skall inte ha till följd att man blir tvungen att ersätta slumpmässiga följder. Det uppställs således ett krav på påräknelighet. Kravet på adekvat kausalitet mellan den skadebringande handlingen och den uppkomna skadan har man för att förhindra att ersättning utgår för alltför avlägsna skadeverkningar.

Kravet på adekvat kausalitet begränsar alltså de skadeverkningar som advokat kan göras skadeståndsskyldig för, gentemot sin klient.

Det borde i de flesta fall vid skada uppkommen vid dd-uppdrag inte vara några problem att fastställa adekvat kausalitet.³⁴

Som exempel kan tas, att advokat i sin granskning förbiser en change of control-klausul, i ett avtal med en för uppdragsgivaren viktig kund. En sådan klausul kan finnas upptagen i ett avtal med underleverantör som möjliggör uppsägning av avtal vid ägarbyte.

En klausul som innebär att avtalet kan sägas upp vid ett eventuellt ägarbyte kan givetvis bli kostsam för den nye ägaren av bolaget (uppdragsgivaren) om advokaten missar att uppmärksamma sådan klausul. Ekonomisk skada uppkommer för bolaget på grund av advokatens undermåliga granskning. Adekvat kausalitet föreligger mellan skada och skadebringande handling. Man kan också tänka sig att advokat glömmer att kontrollera om det hotar att uppkomma, eller föreligger någon tvist som bolaget är inblandat i, utomlands eller i Sverige. Om bolaget senare döms att utge skadestånd torde adekvat kausalitet mellan advokatens bristfälliga granskning och bolagets minskade värde inte vara särskilt svår att fastställa.

När skada och den adekvata kausaliteten till advokatens uppdrag har fastlagts måste den subjektiva delen av skadeståndsskyldigheten klarläggas.

³¹ SKL 1:2.

³² Hellner Skadeståndsrätt, 2000 s 197.

³³ Hellner a.a. s. 204.

³⁴ Kersby Sara, Due Diligence, SvJt 97-98 s.151.

5.2.3 Culpabedömningen

En advokat bär gentemot sin klient på kontraktsrättslig grund ett ansvar för skada som vållats uppsåtligen eller genom vårdslöshet.³⁵ För att avgöra om advokat har handlat culpöst i utförandet av sitt uppdrag måste det i bedömningen intas att advokaten genom sitt medlemskap i Advokatsamfundet åtnjuter rådfrågandes tillit som juridisk expert. Advokaten förväntas ha långtgående juridiska kunskaper. En klient ska kunna anförtro advokaten de rättsliga problem han inte själv har förmåga att lösa.³⁶ Advokaten kan göras ansvarig för felaktiga uppgifter om gällande rätt. Att utreda gällande rätt ligger inom advokatens expertisområde.

Detta till yrkesrollen kopplade ansvar, för exempelvis revisorer och advokater, brukar benämnas professionsansvar. Även för skada som drabbat tredje man måste en culpabedömning genomföras då ingen lagregel kan tillämpas mot advokatens handlande.

För att advokat ska bli skadeståndsskyldig mot uppdragsgivaren krävs det som nämnts ovan att skadan orsakats genom vårdslöshet eller oaktsamhet.³⁷ Det ska bedömas huruvida advokaten borde ha handlat annorlunda. Vad gäller culpabedömning för due diligence-uppdrag ger varken lag eller praxis någon ledning. För advokater får man söka ledning i den för yrkesgruppen fackliga måttstocken, för advokater är denna måttstock God Advokatsed. Bedömningen om culpa föreligger får sedan göras med utgångspunkt tagen i en vanlig culpabedömning där man har att beakta advokatens handlande i det specifika uppdraget, jämfört med vad som kan krävas av en normalt aktsam advokat. Reglerna om god advokatsed kan utgöra god ledning, men viktigt att observera är, att ett brott mot dessa regler inte är liktydigt med att handlingen är culpös i skadeståndsrättsligt hänseende.³⁸ I övrigt får man söka ledning i praxis gällande advokatansvar och rådgivaransvar i allmänhet. Bedömningen måste göras för varje enskilt fall, då förutsättningarna från fall till fall skiljer sig åt. Faktorer som uppdragets svårighet, uppdragets omfattning och hur mycket tid advokaten haft till sitt förfogande för utredningen har betydelse för culpabedömningen.

Denna typ av frågor måste klarläggas för att kunna göra en korrekt bedömning av huruvida advokatens handlande, eller underlåtenhet att handla, har lett till en ersättningsgill skada för uppdragsgivaren.

³⁵ Heuman, a.a. s.21.

³⁶ Heuman, s.23.

³⁷ Givetvis uppkommer även skadeståndsansvar om skadan uppkommit på grund av brottslig handling, men den typen av skadestånd är inte relevant för min utredning.

³⁸ Reglerna om god advokatsed finns för att utgöra en disciplinär instans vars ändamål till viss del är skilda från skadeståndsrättens. Disciplinärt ansvar utdöms för att tillvarata klients, domstols, andra myndigheters och advokatsamfundets intresse av kompetent juridisk yrkesutövning av samfundets medlemmar. Skadeståndets syfte är att ersätta klienten för ekonomisk förlust.

Culpabedömningen måste inriktas på om advokatens handlande framstår som oaktsamt eller försumligt i förhållande till den enskilde klienten.

5.2.3.1 Professionsansvaret och tillitsprincipen

Enligt Bengtsson får man vid culpabedömningen i kontraktsförhållanden fästa stor vikt vid den egenskap vari sysslomannen ingått avtalet och att man sålunda måste ställa ganska stränga krav på en advokat eller annan praktiserande jurist som åtar sig ett juridiskt uppdrag.³⁹

Det innebär att man som advokat, i egenskap av juridisk expert, bär ett ansvar för de specialkunskaper som man som ledamot av Advokatsamfundet förväntas besitta.⁴⁰

Detta ansvar tar sin grund i det faktum att advokat och den rådfrågande har olika förutsättningar att utreda juridiska frågor. Advokater är den yrkesgrupp många vänder sig till då de söker juridiska råd och klarhet i rättsfrågor. De människor som får råd av en advokat har ofta inte möjlighet att kontrollera om den förmedlade informationen är korrekt eller ej.⁴¹ Det är därför viktigt att man ska kunna förlita sig på, att de förmedlade råden presenterar rättsläget med den säkerhet som kan anses rimlig, för den specifika frågeställningen. Detta kallas tillitsprincipen. Tillitsprincipen är kopplad till professionsansvaret.

En rådfrågande klient förutsätts alltså kunna fästa tillit till att advokatens arbete är väl genomfört och att de givna råden är ett resultat av en korrekt arbetsmetod för att utreda gällande rätt. Man kan inte begära att en advokat ska känna till det exakta innehållet i alla för ämnet relevanta rättskällor. Det som förväntas av advokater såsom yrkesgrupp är, att deras arbete ska hålla en viss standard, en branschnorm om man så vill, som rådfrågande klienter ska kunna kräva för beredandet av deras specifika frågor.

Vid omfattande uppdrag, som företagsförvärv anlitas advokater för att tillvarata klientens, vid due diligence, köparföretagets intressen.⁴² För culpabedömningen är det av vikt att beakta att advokaten har helt andra förutsättningar att förstå rättsfrågor än uppdragsgivaren.

³⁹ Bengtsson, särskilda avtalstyper I, s.158.

⁴⁰ Vinding-Kruse, a.a. s.8.

⁴¹ Heuman, a.a. s.7.

⁴² Säljarföretaget representeras oftast också av advokater vid due diligence, men då säljarföretagets advokater inte har något med själva granskningen att göra är de inte intressanta för framställningen.

5.2.3.2 Metodansvaret

Som nämnts ovan kan man inte begära att en advokat känner till alla rättsfall och innehållet i alla lagar. Med metodansvar menas att advokaten ska använda sig av en vedertagen metod för att utföra sitt uppdrag.⁴³ Man kan kräva av en advokat, att denne vet hur man ska gå till väga för att finna de relevanta rättskällorna, för de specifika juridiska problemens lösning.

Advokaten förväntas studera de olika rättskällorna noggrant och jämföra dem med förhållandena i klientens ärende.⁴⁴ Vid svårbedömda fall förväntas advokaten företa mer ingående studier av rättskällorna. Vidare förväntas advokaten kunna komma fram till juridiskt välgrundade råd med denna information tillgänglig.

Culpabedömningen bör ta sin utgångspunkt i normaladvokatens kunskap, men ansvaret kan skärpas om advokaten utgett sig för att vara expert på området. Den juridiskt okunnige ska härvid kunna anförtro advokaten sina rättsliga problem och lita på att denne utför sitt uppdrag i enlighet med de på området gängse normerna.⁴⁵

Rättsfallet 1957 s. 621 belyser metodansvarets betydelse för culpabedömningen. Fallet gällde en ren förmögenhetsskada som en allmänpraktiserande, och oerfaren jurist åsamkat sin klient i samband med uppdraget.

Juristen hade rått sin klient i samband med en investering, att bevilja ett lån till ett bolag mot viss säkerhet. Säkerheten, som bestod i en företagsinteckning, upphörde att gälla när bolaget flyttade till annan ort. Juristen hade inte upplyst om detta förhållande vilket ledde till att klienten förlorade alla sina pengar när bolaget senare gick i konkurs.

Juristens försvar i domstolen gick ut på, att det av lagtexten inte framgick att säkerheten skulle förlora sitt värde vid bolagets flytt.

Juristen menade dessutom att han inte kunde göras ansvarig då det rättsfall som fastslog att flyttning hade denna verkan inte fanns hänvisat till i lagboken.

HD menade emellertid att juristens skäl, trots att de i och för sig var riktiga inte var tillräckliga för att undgå ansvar:

”Det framgår inte klart av lagtexten, att förmånsrätten går förlorad vid företagets flyttning, och, (det tidigare HD-avgörandet), vari denna princip fastslås, fanns inte anmärkt i 1952 års lagedition. Trots detta borde (juristen), därest han ägnat frågan tillbörlig uppmärksamhet, kunnat skaffa sig tillfredsställande kunskap i saken bl.a. därför att. Såsom (klienten)

⁴³ Heuman, s.26.

⁴⁴ Heuman, s.7.

⁴⁵ Heuman, s.22-23.

*påpekat, frågan är kartlagd i Östen Undéns år 1927 utgivna bland jurister allmänt kända arbete Svensk sakrätt.*⁴⁶

Juristen handlade oaktsamt, då han enligt domstolen för att utföra sitt uppdrag enligt gängse norm, var skyldig att hålla sig informerad om, för jurister allmänt kända standardverk.

Juristen i det refererade rättsfallet var, som tydligt framgått, ingen expert på det aktuella området. Han hade inte heller utgivit sig för att vara expert och domstolen verkar inte heller ha haft så högt ställda krav på juristens rättsliga utredning. Juristen hade gjort en så uppenbar felbedömning av rättsläget att ansvar inte kunde undgås.⁴⁷

Metodansvaret innebär att advokaten ska hålla sig uppdaterad successivt under uppdragets gång.⁴⁸ Eventuella lagändringar och andra förändringar måste uppmärksammas för att kunna erbjuda erforderligt grundad rådgivning till klient. Metodansvaret kräver även att advokat utsträcker uppdraget i den omfattning som krävs för att klienten inte skall göra en rättsförlust.⁴⁹ Är ett uppdrag t.ex. för avancerat, eller om advokaten p.g.a. tidsbrist eller annan anledning, inte anser sig kunna utreda rättsläget med tillräcklig säkerhet, bör advokaten inte åta sig uppdraget.

För en advokat som utför en due diligence kan man tänka sig att metodansvar ställer ganska långtgående krav på advokatens arbete. Ett dd-uppdrag realiserar ju en mängd olika rättsfrågor, vilka advokaten har att ta ställning till hur de förhåller sig till gällande rätt. Advokatens uppdrag går till största delen ut på att kontrollera dokument utifrån någon slags fastlagd arbetsmetod, med väl genomarbetade checklistor. De rättsfrågor som uppkommer skall utredas på erforderligt vis och advokaten ska bilda sig en uppfattning om rättsläget på en ofta begränsad tid. För en advokat som hävdar att någon skada inte uppkommit då han vid flitigare studier ändå inte hade kommit fram till annat resultat än det uppnådda, får domstolen ställa upp ett hypotetiskt prov för att fastställa om advokaten har fog för sin uppfattning eller inte tagen i normaladvokatens kapacitet att finna rätt.

Risken att göra ett förhastat uttalande kan bara i viss mån lindras av att uppdrag utförs på begränsad tid, vad man klart kan säga är att det aldrig är ursäktligt att felaktigt svara på enklare juridiska spörsmål, det vill säga i klar strid med svensk rätt, vare sig det gäller, bland advokater allmänt känd fastlagd praxis eller lag.

⁴⁶ NJA 1957 s. 627.

⁴⁷ Heuman, s.67-68, 95-96.

⁴⁸ Heuman, s.27.

⁴⁹ Heuman, s.119.

5.2.3.3 Resultatansvar

Om en ren förmögenhetsskada faktiskt uppkommit måste man i culpabedömningen göra skillnad mellan metodansvaret och resultatansvaret.⁵⁰

Som ovan beskrivits innebär metodansvaret att skadeståndsansvar kan inträda om inte advokaten följer den fackligt etablerade metoden som används inom branschen, för rättsutredningar.

Med resultat menas här klientens slutliga mål med att söka advokatens hjälp, det vill säga, t.ex. att vinna en process eller förvärva ett bolag.

Med resultatansvar menas att advokaten alltid ansvarar om han inte får till det bästa resultatet för klienten.⁵¹ Resultatansvar uppkommer om advokat har lämnat uttrycklig garanti för visst resultat, ett garantiåtagande, t.ex. utgången av en viss process. Advokat har i allmänhet inte något resultatansvar och detta oberoende av uppdragets svårighetsgrad. Advokaten brukar nämligen inte uttryckligen åta sig att uppnå visst resultat.⁵²

Det finns dock tillfällen då Advokat kan anses vårdslöst ha orsakat klient skada grundat på resultatansvar, utan att till klienten ha lämnat någon garanti. Som exempel kan tänkas att advokat misslyckas att utföra självklara uppgifter, t.ex. att lämna in ett överklagande i rätt tid eller att lämna klart oriktiga svar på okomplicerade rättsfrågor. Sådana misstag kallar Heuman för uppenbara fel.⁵³

Visar det sig att klienten lidit skada av advokats oaktsamhet, kan skadeståndsansvar grundas på advokatens resultatansvar.

Advokatens eventuella ansvar för resultat kan bedömas olika beroende på uppdragets svårighet, domstolen utgår från vad en normaladvokat skulle ha presterat på det aktuella uppdraget. Enklare uppdrag kan alltså leda till resultatansvar men även för svårbedömda rättsfrågor kan det bli aktuellt med ansvar för ouppnått resultat. En förutsättning för att ett sådant ansvar ska bli aktuellt är att advokaten uttryckt sig kategoriskt om visst rättsförhållande och därmed invaggat klienten i en falsk säkerhet rörande den faktiska osäkerheten på gällande rättsområde. Vårdslösheten grundar sig då i att advokaten misslyckats med att klargöra för klienten vilka eventuella risker som kan vara förknippade med ett visst handlande. Klienten har då inte av advokaten fått tillräcklig information för att utvärdera de faktiska risker som rättsosäkerheten innebär för eventuell framgång med uppdraget

⁵⁰ Heuman s. 25.

⁵¹ Gullefors, a.a. s.75.

⁵² Heuman, s.25.

⁵³ Heuman, s.26.

5.2.3.4 Åtgärdsansvaret

Man kan säga att åtgärdsansvaret ställer krav på advokatens förmåga att i rättslig osäkerhet kunna framställa olika lösningar på hur klienten kan gå till väga.

En del i informationsansvaret som är viktig vid juridisk rådgivning är, att advokaten är skyldig att för klienten utforma en riskkalkyl.

Vid due diligence är det extremt viktigt att advokaten sammanställer en prognos av den skada klienten kan drabbas av, sannolikheten att sådan skada faktiskt inträffar och vilka konsekvenser skadan kan leda till.

Advokat ska vara särskilt försiktig då viss fråga är oklar i doktrin och ledande rättsfall på området saknas. Advokaten bör i viss svårbedömd rättsfråga informera klienten om att rättsläget är osäkert och förklara riskerna förknippade med ett visst handlande. Till följd av osäkerheten bör advokaten ge klienten olika handlingsalternativ då det gäller en svårbedömd rättsfråga. Detta ska enligt Heuman inte betyda att advokat härigenom får ansvar för lämplighetsråd.⁵⁴ Att uppfylla sitt åtgärdsansvar innebär inte att advokat därigenom ådrar sig ett ansvar för lämplighetsråd för samma handlande.

Anledningen därtill kan förklaras som följer. Att presentera olika handlingsalternativ för att lösa ett svårbedömt rättsligt problem innebär att man uppfyller sin skyldighet enligt åtgärdsansvaret. Det vill säga, att advokaten ger klienten råd om hur han på alternativa sätt, bör eller kan handla då rättsläget är oklart. Om advokaten sedan råder klienten att handla i enlighet med ett specifikt handlingsalternativ av dem som föreslagits, då handlar det om ett lämplighetsråd för vilket advokat kan hållas ansvarig.

Det är nog inte ovanligt att advokaten framlägger sin rapport för klienten och där i redogör för rättslig osäkerhet. Klienten vill med största sannolikhet då att advokaten svarar antingen ja eller nej på den specifika osäkra rättsfrågan, vars betydelse kan vara avgörande för om en affär går igenom eller ej.

Istället för att alltid tvunget uppställa ett definitivt ja eller nej-alternativ till klienten bör advokat i sin hantering av uppgifter som är rättsligt osäkra för sin klient uppställa flera olika alternativa handlingsalternativ. Går advokat till väga på sådant vis i förhållande till rättsosäkerhet är det inte orimligt att anta att advokat bör undgå ansvar för oaktsamhet även om advokatens bedömning av rättsläget, vid prövning, visar sig inte överensstämma med domstolens.

⁵⁴ Se om lämplighetsråd under 3.2.2.

5.2.3.5 Det pedagogiska ansvaret

Det pedagogiska ansvaret kan beskrivas som ett informationsansvar. Detta ansvar ställer krav på advokatens förmåga att förmedla information till klienten. Informationen ska förmedlas på ett sätt som framstår som begripligt för klienten. Om klienten missförstår ett råd kan advokaten bli skadeståndsskyldig om informationen inte varit tillräckligt tydligt förmedlad.

Det är viktigt att tänka på att informationen anpassas till klientens kunskapsnivå så att denne kan tolka informationen på rätt sätt. Heuman kallar detta ”klargörandeplikten”.⁵⁵ Benämningen ”pedagogiskt ansvar” har samma innebörd och verkar i doktrin vara den flitigast använda termen.

Misslyckas advokat uppfylla denna plikt kan det ligga till grund för ansvar för vårdslöshet.

Ett i praxis betydande fall för informationsansvaret är NJA 1994 s.532.

Även om fallet inte behandlar advokats ansvar är det vägledande för informationsansvarets innebörd.

Inför en stor affär, där ett möbelföretag skulle köpa ett stort parti tyg avsett för utomhusmöbler anlätades Statens Provningsanstalt för att utföra bl.a. ljushärdighetstester. Enligt testet hade tyget ljushärdighet tre till fyra på skala mellan 1-8. Möbelföretaget antog att skalan var lineär. Efter att affären genomförts visade det sig att tygets ljushärdighet var under all kritik. Det visade sig att skalan var logaritmisk och inte lineär som möbelföretaget förutsatt. Denna skillnad innebar att varje steg på skalan innebar en fördubbling av det föregående steget, avseende tygets ljushärdighet. HD ansåg att SPA förfarit vårdslöst.

HD uttalade att: ”*Det måste anses åligga den uppdragstagare som mot betalning åtar sig att utföra en tekniskt komplicerad analys att redovisa resultaten på ett sätt som tillåter uppdragsgivaren att dra rimliga och korrekta slutsatser av dessa resultat.*”⁵⁶

Uppdragstagaren blev alltså inte skadeståndsskyldig för att analysen var felaktigt utförd, den var fullständigt korrekt utförd, utan det som ansågs vara vårdslöst var att resultatet av analysen inte presenterades på ett tillräckligt tydligt sätt.⁵⁷

Det är alltså viktigt för alla professionella rådgivare, däribland advokater, att på ett så enkelt sätt som möjligt presentera de resultat som framkommit för att minimera risken att klienten missuppfattar informationen och därmed riskerar att dra felaktiga slutsatser.⁵⁸ Det är alltså av ökad vikt att advokaten lägger ner mer tid och ansträngningar på att formulera sina expertutlåtanden

⁵⁵ Heuman, s.110.

⁵⁶ NJA 1994 s.532, (s.541).

⁵⁷ Kleineman, vidgat rådgivaransvar?(96/97), s.997.

⁵⁸ Kleineman, 96/97, s.997.

på ett sådant sätt att klienten kan dra rimliga och adekvata slutsatser av den lämnade informationen.⁵⁹

5.2.3.6 Begränsade uppdrag

Då kostnaderna kan bli otroligt höga om advokat anlitas för att granska alla rättsförhållanden som kan vara av intresse, är det inte ovanligt att klient istället väljer att begränsa advokats uppdrag till de delar klienten inte anser sig själv kunna bedöma.

Utgångspunkten för en sådan disposition är att rådgivaren endast ansvarar för det arbete han själv har utfört.⁶⁰ Även om advokats ansvar på detta sätt begränsas, måste med lojalitetsplikten som grund krav kunna ställas på att advokat informerar klient om uppenbara risker med en sådan begränsad utredning. Advokaten bör alltså informera klienten så att det med säkerhet framgår att klienten förstår vilka problem som kan uppstå om denne i sin utredning gör något fel.

Det är givetvis önskvärt att onödigt kostnadskrävande rättsutredningar undviks, däremot får inte utredningarna förenklas så att advokaten gör mindre än vad som krävs enligt god advokatsed. I RGA 23§ sägs att råden skall vara grundade på gällande rätt och att advokaten ska se till att klientens kostnader hålls nere.

Summariska rättsutredningar skall utföras på fackmannamässigt sätt.⁶¹ Advokat bär alltid ansvar för att sådan utredning håller viss kvalitet.

Heuman menar att man skall passa sig för att ge kategoriska åtgärdsråd då en rättsutredning har gjorts till ”lågpris”.⁶² Även om advokaten friskriver sig från sitt givna råd så kan det inte vara rimligt att en sådan friskrivning skall vara giltig enbart med hänvisning till utredningens låga pris.

Det är värdeslöst att lämna kategoriskt råd om advokat haft för lite tid att utföra en tillräckligt noggrann utredning

Omfattningen av en due diligence skiljer sig från fall till fall.

Vad som i vissa fall endast kräver ett fåtal timmars debitering kan i andra fall istället sysselsätta hela advokatbyråer i veckor. Med tanke på kostnaderna sådana granskningar bär med sig är det ibland inte önskvärt för klienten att granskningen omfattar mer än vad som skäligen kan tänkas vara relevant.

Beroende på rättsfrågornas eventuella komplexitet försöker advokaten efter överenskommelse med klienten utforma uppdraget efter de behov som den specifika granskningen erfordrar.

⁵⁹ Kleineman, 96/97, s.999.

⁶⁰ Gullefors, s.96.

⁶¹ Heuman, s.99.

⁶² Heuman, s.99.

I de fall uppdraget på klients begäran begränsats, brukar innan granskningen inleds, advokat begära de handlingar som ska granskas hos säljarbolaget. Materialet begränsas då till de delar som motsvarar de delar klienten önskar få undersökta.

5.2.3.7 Tidsåtgången

En ytterligare faktor som kan ha betydelse för culpabedömningen är den tid advokat haft på sig för att utföra en rättsutredning. Är det ursäktligare med en undermålig utredning på grund av tidsnöd än om man haft längre tid på sig? Är det kanske aldrig en giltig ursäkt att skylla på tidsnöd?

Först och främst måste skillnad göras mellan fall då klienten begär ett snabbt besked och fall då advokaten på grund av i övrigt stor arbetsbelastning inte ägnar utredning den tid som krävs.

Har advokat nedlagt för lite tid på en rättsutredning och det lett till ett felaktigt råd, kan advokaten inte ursäkta sig med att han befunnit sig i tidsnöd. Advokat har frihet att avböja uppdrag om tiden inte räcker till för att hinna sammanställa komplicerade rättsutredningar.⁶³ Advokat förväntas kunna planera sitt arbete så att dennes ärenden blir erforderligt utredda inom föreskriven tid. Av denna anledning är det inte någon förmildrande omständighet att ha för mycket att göra.

Om klient kräver att rättsutredning skall genomföras mer skyndsamt än vad en erforderlig utredning av samma fråga skulle kräva, på grund av att det brådskar, måste risken för ansvar rimligen vara lägre.

Självfallet gäller också för den typen av utredningar att de måste leva upp till en viss minimistandard av vad man får förvänta sig av en advokats juridiska kunskaper. Vidare gäller precis som ovan att advokaten klagör för klient eventuella brister och risker med ett summariskt förfarande.⁶⁴

I de fall advokaten sätts under tidspress för att utreda vad som är gällande rätt bör ändå största försiktighet iakttas, då det bara till viss del kan vara en ansvarsmildrande omständighet att tiden varit knapp. Genom att genomföra en halvdan och ej erforderligt underbyggd rättsutredning menar jag att advokaten utsätter sig för en onödig risk, då klienten inte kan bedöma vilken mängd arbete en viss utredning kräver. Det kan däremot en advokat.

⁶³ Heuman, s.30.

⁶⁴ Heuman, s.31.

5.2.3.8 Specialistansvaret

Culpabedömningen bör i allmänhet ta sin utgångspunkt i normaladvokatens kunskapsnivå, men ansvaret kan skärpas om advokaten har utgivit sig för att vara expert på ett visst område. Om en advokat är, eller bara utger sig för att vara, något av en specialist på ett visst område kommer prestationen att bedömas med strängare ögon än för en advokat som inte marknadsfört sig som specialist. Att det ställs strängare krav på en advokat som har utgivit sig för att vara expert, har inget med advokatens verkliga förmåga att göra, utan att det får anses som ett avtalsvillkor att uppdraget skall utföras med särskilt stor skicklighet.⁶⁵ En expert kan inte ursäkta sig med att uppdrag har utförts i enlighet med de krav som hade kunnat ställas på en ”normalt” skicklig advokat.⁶⁶ En advokat som är specialist på ett visst rättsområde, är alltid skyldig att utnyttja sina kunskaper, som i någon mån är större, än de kan anses vara hos normaladvokaten.

Det är advokatens till uppdragsgivare angivna uppgifter om specialistkunskaper som avtalsrättslig grund skärper ansvaret. Specialistansvaret betyder alltså inte, att en advokat som inte utgivit sig för att vara expert på visst rättsområde, ska bedömas strängare än en mindre skicklig advokat enbart på den grund, att han har större kunskaper än genomsnittsadvokaten.

Det som ligger till grund för en strängare bedömning enligt specialistansvaret är, att en särskilt skicklig advokat, som avtalsvillkor åtagit sig att utföra uppdraget med sin specialkompetens och erfarenhet. Uppdragsgivaren har ofta anlitat advokaten, framför andra, på grund av dennes specialistkompetens och skall därför kunna förvänta sig att få bästa möjliga rådgivning.

Strängare ansvar gäller även för advokat, som utan att egentligen vara det, marknadsfört sig som expert.⁶⁷

En advokats erfarenhet påverkar enligt Heuman en specialists omsorgsplikt. En erfarenhetsbetingad analysförmåga ska urskilja specialistens kompetens jämfört med den allmänpraktiserande advokatens.⁶⁸ Detta betyder att ju fler uppdrag inom ett och samma rättsområde en advokat utfört, desto lättare ska det vara för denne att finna relevanta rättskällor och rättsligt analysera särskilt komplicerade problem.⁶⁹

Heuman anser att det på dessa grunder är befogat att ställa strängare krav på en specialist jämfört med en allmänpraktiserande advokat.

⁶⁵ Heuman s. 22.

⁶⁶ Heuman s. 23.

⁶⁷ Heuman s. 88.

⁶⁸ Heuman s. 90.

⁶⁹ Heuman s. 90.

Advokatbyråer som åtar sig dd-uppdrag utger sig ofta för att vara experter på sådana utredningar. När man granskar ett bolags verksamhet juridiskt kan man räkna med att en rad olika rättsområden kommer upp för bedömning. En dd omfattar normalt en mängd olika rättsområden såsom t.ex. immaterialrätt, konkurrensrätt och miljö rätt

Det är osäkert hur specialistansvaret ska tillämpas om advokaten gör en bedömning som ligger utanför hans egentliga expertområde, ett problem som kan tänkas uppkomma när advokat utför en dd. Advokaten kan vara expert på konkurrensrätt och immaterialrätt men inte kunna mer än normaladvokaten inom miljö rätt.

Ett råd som tangerar men ändå ligger utanför expertkompetensen är svårt att säga hur det skulle bedömas. Kleineman menar ett tillsitsresonemang bör tillämpas.⁷⁰ Om den skadelidande kan anses ha haft befogad anledning att fästa tillit till det skadebringande rådet, skall ett strängare ansvar utgå. Kleineman menar vidare att om området ligger nära advokatens⁷¹ kompetensområde kan det vara befogat med tillit. En dd är ett uppdrag som ofta omfattar flera olika rättsområden.

En advokat som kan sägas vara specialist på dd får det då antagligen svårt att undkomma det strängare specialistansvaret även om expertkompetensen inte omfattar alla rättsområden som uppdraget innefattar. Det bör klargöras för klienten om osäkerhet föreligger på visst rättsområde.

5.2.3.9 God advokatsed

En vägledande metod att få klarhet i huruvida advokatens handlande eller underlåtenhet kan anses culpös är att se till reglerna om god advokatsed. Professionsansvaret utmärks i allmänhet av att det krävs att arbetet utförs enligt en facklig standard.⁷² Denna fackliga standard är för advokater reglerna om god advokatsed. Dessa regler utvecklas av advokatsamfundets styrelse och den till styrelsen knutna disciplinnämnden. Culpabedömningen i disciplinären tar i huvudsak sikte på samma grunder som vid bedömningen om skadeståndsskyldighet föreligger.

Det som bedöms är om advokaten ur metodologisk synpunkt utfört en bristfällig utredning. Ett konstaterat brott mot reglerna om god advokatsed betyder dock inte automatiskt att skadeståndsskyldighet kan presumeras.

Heuman anser inte att det finns något absolut samband mellan brott mot god advokatsed och skadeståndsskyldighet.⁷³ Vad han menar är att om en advokat anses ha brutit mot reglerna om god advokatsed är det mycket möjligt att detta också i culpabedömningen är tillräckligt för att skadeståndsskyldighet ska uppstå, men det kan också vara så att ett brott

⁷⁰ Kleineman 1987, s. 517.

⁷¹ Kleineman nämner inte advokater specifikt i sitt resonemang. Skrivet på detta vis för att bättre anknyta till mitt arbete.

⁷² Jörgensen och Wanscher, s.425.

⁷³ Heuman s. 24.

mot reglerna om god advokatsed i och för sig efter culpabedömning om skadeståndsskyldighet ej leder till skadeståndsskyldighet. Advokat kan även av domstol bedömas skadeståndsskyldig efter rättslig prövning utan att det av disciplinnämnden bedöms att någon disciplinär åtgärd är befogad.

Heuman stöds av Vinding-Kruse i sin uppfattning att advokatsamfundets praxis i disciplinnämnden inte kan tillmätas avgörande betydelse i skadeståndsmål. Vinding-Kruse uttalar att reglerna om god *advokatskik* inte främst är att se som en aktsamhetsnorm uppställd för att bedöma huruvida skadeståndsskyldighet är för handen, utan är en slags moralkodex för advokatyrkets utförande.⁷⁴ Disciplinförfarandet har till uppgift att skydda allmänheten mot okvalificerad yrkesutövning och skapa vägledande regler för yrkesutövandet, inte främst att skapa rättvisa i det enskilda fallet. Vid ett disciplinförfarande är det inte enbart klientens intressen som beaktas utan även t.ex. huruvida domstol eller annan myndighet har lidit skada av advokatens handlande, vilket givetvis skiljer sig från culpabedömningen vid skadeståndsskyldighet då enbart klientens uppkomna skada är uppe till bedömning.

Det kan dock konstateras att det aldrig är till advokatens fördel att i ett disciplinärende bedömas att ha brutit mot god advokatsed även om det därmed inte är självklart att skadeståndsskyldighet efter rättslig prövning ska utgå.

⁷⁴ Vinding-Kruse s. 13.

6 Ansvar för ren förmögenhetsskada

6.1 Inomobligatoriskt ansvar

Om man efter en culpabedömning enligt ovan beskriven metod kommer fram till att advokaten förfarit oaktsamt och kan anses ha utfört en rättsutredning som av viss anledning, inte håller måttet för vad man har att förvänta sig, av en normalt aktsam advokat, blir denne ersättningsskyldig för den skada han åsamkat klienten. Skadeståndsskyldigheten grundar sig på uppdragsavtalet mellan parterna.⁷⁵

Eventuellt kan due diligence-uppdrag leda till ett ansvar även gentemot tredje man för advokaten. Förutsättningarna härför skall nedan redogöras för.

6.1 Ansvar mot annan än den direkte medkontrahenten

Redogörelsen ovan har tagit sin utgångspunkt i det inomobligatoriska skadeståndsansvaret för advokat mot sin klient. Kontraktsförhållandet grundar sig på det faktum att advokaten påtagit sig ett uppdrag, att till denne förmedla viss information som ska utgöra en del av beslutunderlag för klienten. Kan advokaten också ådra sig ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar gentemot en tredje man, det vill säga ett skadeståndsansvar mot någon utan att ett avtal dem emellan existerar, enbart på den grund att advokatens utredning orsakar annan ekonomisk skada? Vilka rättsregler grundar sig ett sådant ansvar på?

I svensk rätt är huvudregeln enligt 2 kap § 2 SkL, att för ren förmögenhetsskada part endast kan göras ansvarig mot sin direkte medkontrahent, men inte mot sin medkontrahents medkontrahent.⁷⁶ För inomobligatorisk ren förmögenhetsskada finns inga begränsningar för skadeståndsansvar vare sig skadan uppkommit genom brott eller vårdslöshet. Utomobligatoriskt uppkommen skada ersätts endast om den vållats genom brott eller följer av lag. Denna huvudregel har ofta uppfattats som en spärregel.⁷⁷ I förarbetena till SkL anges dock att regeln inte är att uppfatta som en begränsning mot att i rättspraxis utvidga det utomkontraktuella skadeståndsansvaret för ren förmögenhetsskada utan samband med brott. Under lagstiftningsarbetet med SkL framhölls att bestämmelsen inte var ”avsedd att vare sig medföra någon ändring i gällande rätt eller utgöra hinder för en rättsutveckling genom praxis i

⁷⁵ Kleineman, 1987, s.510.

⁷⁶ Hellner, SpA II, s.126.

⁷⁷ Kleineman, 1987, s. 247.

riktning mot ett vidgat ansvar för ren förmögenhetsskada.”⁷⁸ Utvidgning av ansvaret har också skett genom några uppmärksammade rättsfall.

För en advokat som genomför en due diligence skulle den för svensk rätt gällande huvudregeln innebära, att advokaten endast ska kunna ansvara inför uppdragsgivaren. Det skulle alltså betyda att advokaten vore fredad från krav från annan än uppdragsgivaren. Detta innebär, att det i de allra flesta fall är enkelt för advokat att överblicka ansvarskonsekvenserna av ett eventuellt misstag. Men det finns kanske fall då ansvaret kan utvidgas och gälla även mot tredje man.

Vad gäller när en due diligence exempelvis utförs inför ett upprättande av ett prospekt för en börsintroduktion av ett bolag? Vem ska aktieköparen rikta sitt anspråk mot för felaktiga uppgifter i prospektet till följd av advokats oaktsamhet? Ska advokaten endast ansvara inför sin uppdragsgivare, det vill säga styrelsen i bolaget, eller kan även tredje man, d.v.s. aktieköparen, rikta talan mot advokaten om han förlitat sig på felaktiga uppgifter i börsprospektet som kan härledas till advokatens due diligence? Vad finns det för möjligheter att begränsa ansvar mot tredje man? Kan det uppkomma ett ansvar mot säljaren för uppkommen skada, hur definierar man relationen mellan advokaten och uppdragsgivarens motpart? Är ett sådant ansvar att bedöma som inomobligatoriskt eller utomobligatoriskt?

För att svara på dessa frågor krävs en genomgång av praxis och de allmänna förutsättningarna för ett sådant utomobligatoriskt skadeståndsansvar. Skillnaderna mot ett inomobligatoriskt skadeståndsansvar skall också redogöras för.

6.1.2 Det utomobligatoriska ansvaret i praxis

Skada som tredje man lider kan som tidigare nämnts ersättas genom tillämpning av 2 kap. 2 § SKL för utomobligatoriskt ansvar. Som tidigare nämnts ställer denna regel dock upp ett krav på brottslig handling för att sådant ansvar ska kunna utkrävas, den s.k. spärregeln. Domstolarna har dock i praxis i ett antal rättsfall använt sig av metoden att karaktärisera förhållandet mellan rådgivaren och den skadelidande tredje man som kontraktsliknande. På det sättet utgår skadestånd för ren förmögenhetsskada på utomobligatorisk grund på ett konstruerat inomobligatoriskt förhållande mellan rådgivaren och tredje man. Skadeståndsansvaret grundas då på ett vilseledande i ett konstruerat inomobligatoriskt förhållande, trots att vilseledandet inte kan härledas till en kontraktsrättslig relation mellan skadevållare och skadelidande. Förutsättningar för ett sådant ansvar är som i inomobligatoriska förhållanden, krav på skada, adekvat kausalitet och culpa.

⁷⁸ Prop 1972:5, s. 568.

Jag har valt ut ett par fall i praxis som möjligtvis kan vara till ledning för advokats eventuella skadeståndsskyldighet för brister i en due diligence som drabbat tredje man. Jag hävdar att det kan krävas olika tillämpning av SkL 2 kap. 2§ för att ålägga advokaten skadeståndsskyldighet beroende på vilket sätt tredje man har lidit skada av advokatens bristfälliga utförande av uppdraget. Jag ska dels se till ansvaret som kan uppkomma för medverkan vid upprättande av ett prospekt, och dels till den skada som kan drabba klientens motpart till följd av advokatens uppdrag. Det måste för det senare fallet också avgöras vilken deras partsrelation är, inom eller utomobligatorisk, eller om det finns möjlighet att den kan vara både och, dock inte samtidigt givetvis. Men att samma typ av relation kan bedömas olika utifrån motpartens handlande i samband med advokatens granskning av dennes bolags dokument.

Nedan skall först redogöras för vad ett prospekt innebär och på vilket sätt det har relevans för advokatens utomobligatoriska skadeståndsansvar, gentemot tredje man för oaktsamt utförd due diligence.

6.1.2.1 NJA 1987 s.692

Det s.k. Konefallet rör värderingsmans ansvar för felaktiga uppgifter i ett värderingsintyg för fastighet. Rättsfallet var principiellt viktigt för bedömningen av skadeståndsansvar för professionsutövare för vilseledande information mot annan än kontraktspart.⁷⁹ HD har med detta fall godtagit en grundläggande teori för ett professionsansvar gentemot tredje man,⁸⁰ vilket kan få betydelse för följderna av felaktiga uppgifter i due diligence-uppdrag, t.ex. vid medverkan vid upprättande av börsprospekt.

Kone som var ett kreditföretag, hade beviljat ett fastighetsbolag ett lån på grundval av ett värderingsintyg. Detta värderingsintyg hade utfärdats av en professionell fastighetsvärderare. Fastighetens värde blev av fastighetsvärderaren uppskattat till ett alltför högt belopp. Dessutom uppvisade intyget fler betydande brister, bl.a. förelåg hinder mot exploatering av fastigheten i fråga, vilket inte hade tagits upp i intyget. En kreditgivare förlitade sig på värderingen i intyget och lånade med denna som underlag ut pengar till fastighetens ägare mot säkerhet i fastigheten. Ren förmögenhetsskada mot tredje man uppkom när fastighetsägaren inte kunde betala av lånet och säkerheten i fastigheten inte motsvarade det belopp som angivits i värderingsintyget. HD avstod att gå in på begreppsbestämningar för partsrelationen mellan värderingsmannen och kreditgivaren, men uttalade följande:

*"För värderingsmannen måste det stå klart att intyget kan komma till användning för skilda ändamål och av flera personer. Att annan än uppdragsgivaren fäster avseende vid ett värderingsintyg är ofrånkomligt. En ordning att intygsgivaren endast ansvarar mot uppdragsgivaren för med sig åtskilliga dubbelvärderingar utan någon egentlig fördel för fastighets- eller kreditmarknaden"*⁸¹

⁷⁹ Kleineman, Om den befogade tillitens skadeståndsrättsliga relevans (2001), s.626.

⁸⁰ Kleineman Rådgivares informationsansvar (1998), s. 202.

⁸¹ NJA 1987 s. 692. s.703.

Värderingsintyget och dess användningsområde synes ha övertygat HD att skadeståndsskyldigheten även skulle omfatta tredje man och inte enbart uppdragsgivaren. HD har grundat sin dom på ett tillitsbaserat resonemang.

”Övervägande skäl talar för att den som med fog satt sin tillit till ett värderingsintyg inte skall bära följderna av en skada som ytterst beror på att intygsgivaren förfarit vårdslöst. Skadeståndsansvaret för den som yrkesmässigt åtar sig fastighetsvärderingar bör alltså i regel inte begränsas till skada som uppdragsgivaren lidit utan omfattar också skada som åsamkats tredje man, såvida inte förbehåll om frihet från sådant ansvar gjorts i intyget.”⁸²

I detta fall hade det inte begåtts något brott och inte heller fanns det någon kontraktuell relation mellan skadevällaren och skadelidande tredje man. HD har i fallet förflyttat ansvaret till det inomkontraktuella området genom att göra en bedömning av den befogade faktiska tilliten till intyget.⁸³

Detta rättsfall utvidgar ansvaret för ren förmögenhetsskada i utomkontraktuella förhållanden där inget brott begåtts. Det förutsätts dock i domen att det i intyget inte finns ett förbehåll om frihet gentemot tredje man.⁸⁴ Ett sådant intyg skall dessutom vara yrkesmässigt utfärdat av den som åtar sig att värdera fast egendom och det skall stå klart för värderingsmannen att intyget kommer att kunna användas för skilda ändamål och av flera personer. Detta sista ”rekvisit” är den av Kleineman benämnda ”end and aim-regeln”.⁸⁵

HD avgränsar rättsfallets betydelse genom att tydligt klargöra att domen endast omfattar värderingsintyg avseende fast egendom.

HD:s avgränsning innebär emellertid inte att man inte skulle kunna dra vissa generella slutsatser av rättsfallet.⁸⁶ HD bekräftar trots allt genom domen förarbetsuttalandena om SkL 2 kap § 4⁸⁷ att regeln inte ska ses som en spärregel. Frågan är om fallet kan ses som särskilt viktigt vad gäller alla professionella rådgivares ansvar gentemot tredje man, Smiciklas hävdar i en något äldre artikel t.ex. att rättsfallet i princip endast omfattar värderingsintyg för fast egendom.⁸⁸

Det kan vara lämpligt att analysera vad som låg till grund för HD:s bedömning i Kone-fallet och se i vad mån tankesättet kan flyttas över till advokatens yrkesutövande i de fall skada drabbar tredje man. Som framgick av Kone-domen hade kreditinstitutets tillit till värderingsintyget en avgörande roll för utgången av fallet, och kanske framförallt att kreditinstitutet hade fog för sin tillit. Vad Kleineman betonar är tillitens självständiga betydelse för skadeståndsansvar i utomobligatoriska förhållanden.

⁸² NJA 1987 s. 692. s.703.

⁸³ Se om Tillitsläran nedan under 6.1.3.

⁸⁴ Se nedan om advokats möjligheter till ansvarsbegränsning i kap 7.

⁸⁵ Se nedan under Tillitsläran 6.1.3. eller Kleineman 1, s.542-ff.

⁸⁶ Kleineman, Rådgivares informationsansvar (1998), s. 202

⁸⁷ Nuvarande 2kap 2§ SkL.

⁸⁸ Smiciklas, Martin, Rådgivare har ansvar mot tredje man, balans 12:88 s.48.

6.1.2.2 Tillitsläran

Tillitsläran har utvecklats av Kleineman. Dess syfte är att med en tillitsbaserad analysmetod särskilja de fall där skadestånd i utomobligatoriska förhållanden skall utgå och de fall skadeståndsansvar inte kan göras gällande av tredje man.⁸⁹ Teorin kan man säga har betydelse för adekvansbedömningen.

Vad man har att bedöma är huruvida tredje man haft befogad faktisk anledning att fästa tillit till den information som föranlett den ekonomiska skadan. Har den skadelidande haft anledning att fästa tillit till den förmedlade informationen, kan ansvar komma att utdömas. Bedöms sådan anledning inte existera skall följaktligen inget ansvar kunna utkrävas. Kleineman menar att den tillitsteoretiska ansvarsprincipen ger stadga och konsekvens till rättsfallstolkning och lagtolkning vid utomobligatoriskt ansvar.⁹⁰

Metoden fungerar som ett kvalifikationsförfarande för att särskilja vad som kan anses vara ansvarsgrundade informationsförmedling från det som inte är det. Det betonas i Kleinemans avhandling att den tillitsteoretiska metoden inte är den enda tänkbara, tvärtom får den uppfattas som en metod bland flera andra.⁹¹ Denna hållning har nog efter utvecklingen i praxis ändrats. Tillitsläran verkar nu vara den klart framträdande metoden att bedöma utomobligatoriskt skadeståndsansvar.

Den del av Kleinemans teori som är intressant för min framställning är alltså i den del ansvar kan utkrävas av advokat för culpös yrkesutövning till tredje man, det vill säga där det inte finns något naturligt kontraktuellt förhållande. Det som krävs för ersättning till tredje man för utomobligatoriskt orsakad ren förmögenhetsskada beskrivs av Kleineman så här:

Om någon (A) skall övertyga en medkontrahent(B) under en avtalsförhandling att ingå ett visst avtal och därvid tillhandahåller ett underlag för detta beslut, kan vederbörande under vissa speciella omständigheter svara för den vilseledande informationen som finns i detta underlag. Det fordras därvid att A antingen själv varit oaktsam vid upprättandet av materialet eller vid mottagandet av materialet visat oaktsamhet genom att inte undersöka materialet innan det vidarebefordrades. Det krävs att mottagaren hyst tillit till och härigenom åsamkats en skada. För att tilliten skall anses befogad måste ytterligare några förutsättningar vara uppfyllda. Informationen skall ej enbart uppfattas som en oförbindande serviceåtgärd utan hänföra sig till en egenskap hos A som denne åtnjuter särskild kompetens att bedöma (d.v.s. advokatens genom sitt medlemskap i advokatsamfundet professionsbaserade tillit)⁹². Vidare skall A ha haft kännedom om vad informationen skall användas till och vem som skall använda den, samt om de skaderisker som är förbundna med informationen.⁹³

⁸⁹ Kleineman 1987, s. 467.

⁹⁰ Kleineman 1987, s. 420.

⁹¹ Kleineman 1987, s. 421.

⁹² Min anm.

⁹³ Stycket hämtat ur Kleineman 1987, s.444.

Vad Kleineman menar är, att det för att ansvar ska kunna utgå på utomobligatorisk grund, krävs att fyra omständigheter måste föreligga:

Utfärdaren av informationen skall på något vis ha varit vårdslös eller oaktsam vid informationens upprättande. Vanlig culpabedömning gäller alltså för att fastslå oaktsamhet.

Tredje man och följaktligen skadelidande ska ha hyst tillit till informationen för den efterföljande företagna dispositionen.

Om en disposition företagits utan att tredje man hyst tillit till informationen brister det i adekvansbedömningen och någon ersättning kan således inte utgå.

Förutom att det krävs tillit till information måste denna tillit vara på något sätt befogad, kravet på s.k. befogad faktisk tillit.

För att tilliten ska kunna anses var befogad kommer en rad olika bedömningsgrunder in. Advokat har som tidigare nämnts en typiskt tillitsskapande ställning i samhället, informationens eller rådgivningens yttre form kan påverka bedömningen, t.ex. får man bedöma i vilket sammanhang informationen har kommit tredje man till godo. En helhetsbedömning av ansvarsskärpande och ansvarsmildrande omständigheter leder till ett ställningstagande om huruvida tillit till densamma varit befogad.

Slutligen måste utfärdaren ha haft kännedom om vem som typiskt sett kan komma att använda informationen, vad den ska användas till och om de skaderisker vilka är förknippade med informationen.⁹⁴ Denna regel kallas i amerikansk rätt för ”the end and aim rule”.

Regeln begränsar kretsen ersättningsberättigade mot bakgrund att det måste ha stått klart för informationsutfärdaren vilka personer som skulle kunna företa en disposition med informationen som beslutsgrund.

Ser man till domstolens sätt att ställa upp ansvaret för värderingsmannen i Kone-fallet kan man se klara drag av Kleinemans teori i domen. I ett nyare rättsfall, NJA 2001 s. 878, menar Kleineman att HD fastställt, att i avsaknad av någon allmän princip, likt culpaansvaret är för inomkontraktuella förhållanden, eller en allmän regel om ansvar för ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden utan att brottsliga handlingar föreligger, att den befogade tilliten utgör den enda självständiga ansvarsgrunden.⁹⁵

A hade i fallet som anställd i ett fastighetsvärderingsbolag på annat bolags uppdrag lämnat ett värderingsutlåtande avseende en fastighet. A gjorde en beloppsmässigt felaktig värdering av fastigheten. Utlåtandet åberopades till grund för en banks kreditgivning till bolaget. Då fastigheten senare såldes på exekutiv auktion täckte inte köpeskillingen till någon del, bankens med panträtt förenade fordran.

Banken väckte då talan mot fastighetsvärderingsbolaget.

⁹⁴ Kleineman 1987, s.444.

⁹⁵ Kleineman (2001) s.632.

Värderingsmannens vårdslöshet vid utförandet av sitt uppdrag var bankens grund för att ansvar skulle utgå. Vårdslösheten bestod i värderingsmannens väsentliga felbedömning av fastighetens marknadsvärde, vilket svaranden inte motsatte sig i HD.

HD uttolkar därefter ur Kone-fallet att 1987 års dom inte utan vidare ger stöd för tanken att en tredje man skulle kunna använda sig av ett värderingsutlåtande med ett skadeståndsansvar för värderingsmannen i fall utlåtandet innehåller felaktigheter som kan tillräknas värderingsmannen som oaktsamhet.

Det avgörande för bedömningen är enligt HD, om tilliten till utlåtandet kan anses ha varit befogad.⁹⁶

Det faktum att värderingsmannen till intyget fogat ett meddelande om att intyget var ämnat att användas ”vid tvist” föranledde HD att anse att banken inte kunde fästa någon befogad faktisk tillit till intyget. Det faktum att utställaren av intyget, om än något oklart, försökt begränsa användningsområdet för intyget och särskilt gentemot tredje man, var tillräckligt för att HD skulle anse att något fogat att fästa tillit till intyget för banken ej kunde anses föreligga.

6.1.3 Ansvar mot tredje man för due diligence vid upprättande av prospekt

Due diligence-uppdrag är till sin natur oftast inte ämnade att användas av andra än uppdragsgivaren. Vilket enligt Kleinemans tillitslära skulle diskvalificera anspråk från tredje man. Advokatens rapport skall utgöra en del i ett beslutsunderlag för en specifik affär. En sådan rapport kommer oftast inte överhuvudtaget påverka tredje man då rapporten inte är ämnad för annan än uppdragsgivarens ögon och inte kan läggas till grund för någon disposition för tredje man. Det finns dock en situation då ett dd-uppdrag skulle kunna leda till att tredje man företar en disposition grundad bl.a. på tilliten till advokats utredning.

Ett sådant ansvar skulle eventuellt kunna uppkomma till följd av advokats medverkan vid upprättande av prospekt.

Enligt 4 kap 18 §, 5 kap 16 § och 7 kap 27 § i aktiebolagslagen åvilar skyldigheten att upprätta ett prospekt styrelsen i aktiebolaget, när ett publikt bolag eller en aktieägare i ett sådant bolag offentliggör eller på annat sätt till en vidare krets riktar ett erbjudande att förvärva aktier, teckningsrätter, skuldebrev, optionsbevis eller vinstandelsbevis utgivna av bolaget.

Vid upprättandet av ett prospekt medverkar ofta ett stort antal personer, t.ex. värdepappersinstitut, revisorer och även advokater.

⁹⁶ Se mer om fallet under ansvarsbegränsningar kap 7.

Advokatens uppgift är då att genomföra en due diligence för bolaget, som sedan ska utgöra en del av det prospekt, som ska ligga till grund för investerarens beslut att investera i bolaget eller inte.

Ett prospekt kan till omfång och utseende liknas vid en årsredovisning, det är en handling som innehåller den information som lämnas när finansiella instrument i olika sammanhang erbjuds till allmänheten eller börjar handlas vid en börs eller annan marknadsplats. Prospektet innehåller de uppgifter som krävs för att en investerare skall kunna göra en bedömning av vilken avkastning och risk som är förknippad med en investering i det finansiella instrumentet. Uppgifterna i prospektet ska handla om såväl företaget och dess ekonomiska ställning som information om det finansiella instrumentet och dess egenskaper.⁹⁷

I utredningsarbetet till regler om prospektansvar⁹⁸ föreslås det att ingen särskild reglering om medverkande parter ansvar för deltagande vid upprättande av prospekt är nödvändig.

Det direkta ansvaret för prospektets kommer enligt utredningens förslag att åläggas den som är skyldig att upprätta prospektet och dennes organföreträdare. Det betonas dock i utredningen att ett sådant ansvar kan komma att utgå ändå, men då i allmänna skadeståndsrättsliga principer för utomobligatoriskt ansvar.

Det föreligger alltså i sig inget hinder mot att ansvar skulle kunna utgå för en advokats vårdslöst genomförda due diligence mot tredje man. Praxis visar på ett utökat ansvar för rådgivare gentemot tredje man.

Ett sådant ansvar får bedömas utifrån Kleinemans tillitslära⁹⁹ för att eventuellt skadestånd till förmån för tredje man ska kunna utgå. Kleineman är den viktigaste pjäsen i doktrinen för ren förmögenhetsskada gentemot tredje man, och då främst hans avhandling och en rad uppmärksammade artiklar om rättsutvecklingen.¹⁰⁰

Uppdraget för en advokat torde i prospektfall bestå i att göra, en så att säga, vanlig dd-undersökning av emittentbolaget, vilket torde innebära att värdera olika tillgångar, lämna en bild av bolagets allmänna förhållanden ur en juridisk synvinkel och därmed medverka vid utformningen av prospektet eller lämna upplysningar om de regler som skall iakttas vid upprättande av prospekt. Det bör nämnas att advokater inte har en lika framträdande roll som t.ex. revisorer eller det deltagande värdepappersinstitutet för upprättande av prospekt.

Ibland framgår det inte av svenska prospekt på vilket sätt jurister har medverkat vid dess framställning, vilket ju givetvis leder till att det inte finns någon av advokat framställd vilseledande information för tredje man att fästa sin tillit till. I vissa fall kan det dock vara uppenbart att advokaten ligger bakom den felaktiga vilseledande informationen.

⁹⁷ Avsnittet bygger på SOU 2004:95 om nya regler för prospekt.

⁹⁸ Se SOU 2005:18.

⁹⁹ Se ovan.

¹⁰⁰ Se litteraturförteckning för hänvisning om vidare läsning.

Det går inte att bortse ifrån det faktum att mycket utav informationen i prospektet har kommit dit i oförvanskad form efter advokatens utredning. Det ska också nämnas att skyddet för konsumenter som förlitar sig på rådgivning rörande finansiella instrument kraftigt har stärkts genom den nya lagen om finansiell rådgivning.¹⁰¹ Även om den lagen inte är tillämplig på ett due diligence uppdrags ekonomiska nackdelar för tredje man, skall man tänka på, att det inte är omöjligt att i brist på uttryckligt lagstöd och praxis, att analogier kan dras i de fall där tredje mans intressen är klart skyddsvärda. Att skydda konsumenter kan vara mer angeläget än att skydda advokatbyråers verksamhet. I NJA 1987 s.692 grundades domen delvis på rättspolitiska hänsyn. Hur rättsläget ser ut för advokatens medverkan vid upprättande av prospekt, där tredje man lider skada till följd av information som kan härledas till advokatens due diligence, är oklart. Själv vågar jag mig inte på att uttala mig för eller emot ett sådant ansvar. Klart är dock att praxis visar att ersättningsskyldighet kan uppstå för liknande uppdrag. Kleineman tillitsteoretiska ansvarsprincip bör i så fall appliceras för att avgöra om ett sådant ansvar ska aktualiseras eller ej.

6.2 Advokatens ansvar mot uppdragsgivarens motpart

Ovan har relationen mellan advokaten och uppdragsgivaren konstaterats vara inomobligatorisk på grund av det uppdragsavtal advokaten åtagit sig. För att koppla parternas relation till kontraktsrätten krävs alltså inget formenligt avtal, så länge relationen mellan parterna bär tydliga drag av ett uppdrag, där den rådsökande med tillit vänder sig till en yrkesman som kan förväntas besitta specialkunskaper. Så är fallet för advokater och exempelvis revisorer. Närmast ovan har också redogjorts för att ansvar kan uppkomma gentemot tredje man vars relation till uppdragstagaren inte alltid lika enkelt kan urskiljas. Advokaten ansvarar gentemot tredje man på utomobligatorisk grund enligt 2 kap. 2 § SkL. Som ovan beskrivits anser Kleineman att man kan särskilja de fall då skadeståndsansvar skall utgå från de fall då sådant ansvar ej skall utgå, utifrån en teori grundad på den skadelidandes befogade faktiska tillit till den vilseledande informationen. Så långt är allt klart vad gäller ansvarsgrunden för inom- respektive utomobligatoriska relationer. Var passar uppdragsgivarens motpart in, det vill säga säljaren av det granskade bolaget? För att bestämma advokatens ansvarsgrund mot denne måste man först definiera relationen dem emellan som antingen inom eller utomobligatorisk. Om man ser till uppdraget i sig så har advokaten åtagit sig att för uppdragsgivaren klarlägga vissa specifika spörsmål i en juridisk utredning grundad på information som tillhandahålles av uppdragsgivarens motpart. Det finns alltså en klar avtalsrelation mellan å ena sidan uppdragsgivaren och säljaren, och å andra sidan mellan uppdragsgivaren och advokaten. Men vad är relationen mellan advokaten och säljaren?

¹⁰¹ Lag 2003:862 om finansiell rådgivning till konsument. Se SOU 2002:41 för vidare läsning.

God Advokatsed ställer upp regler om förhållningssätt till klients motpart i 41-42 § §. Enligt dessa regler har advokaten inga särskilt långtgående skyldigheter att tillgodose klients motparts intressen, snarare är de allmänt fattade redlighetsregler det, vill säga krav på att advokaten gentemot motparten betar sig på ett professionellt och icke klandervärt vis. Lojalitetsplikten mot den egna klienten får inte äventyras genom att advokaten åläggs långtgående förpliktelser mot klientens motpart. Kleineman menar dock att dessa vägledande normer kan anses tala för att advokat åtminstone, har en lojalitetsplikt mot klientens motpart.¹⁰² Denna lojalitetsplikt i sig skulle då på goda grunder kunna utlösa ett skadeståndsansvar mot tredje man.¹⁰³

I realiteten är det nog ofta inga problem att fastställa relationen mellan advokat och klientens motpart vid ett due diligence-uppdrag. Deras relation kan hänföras till den inomkontraktuella sfären. Advokaten tvingas nämligen ofta, innan granskningen kan påbörjas, skriva under ett confidentiality agreement, det vill säga ett sekretessavtal. Ett sådant dokument ålägger advokaten en tystnadsplikt om det granskade materialet som lämnats ut av säljaren. I samband med granskningen krävs det av advokaten, att viss behandling av de utlämnade dokumenten iakttas. De instruktioner som advokaten har att beakta formuleras i en s.k. data room instruction, det vill säga ett avtal som beskriver hur advokaten ska bete sig i det upplåtna rummet med de dokument som ska granskas. Sådana instruktioner innebär ofta, förbud mot att föra ut dokument ur rummet, förbud mot att kopiera dokument, vilken tidpunkt advokaten har rätt att uppehålla sig i rummet och liknande förhållningsregler för att skydda säljarföretaget.

Således svarar advokaten i normalfallet för klientens motparts uppkomna skada till följd av advokatens oaktsamhet, på inomobligatorisk grund enligt allmänna kontraktsrättsliga principer.

Problem kan uppstå i de fall då klientens motpart inte har några liknande instruktioner om advokatens handhavande med de för granskningen aktuella dokumenten. Då finns inget tydligt inomobligatoriskt förhållande mellan säljaren och advokaten, ett utomobligatoriskt förhållande alltså. Skada kan likväl uppstå. En uppkommen ren förmögenhetsskada för klientens motpart orsakad av advokaten utan att något brott begåtts och utan stöd i lag för att grunda ett skadeståndsanspråk således.¹⁰⁴ Wiklund anser i fråga om advokatens skadeståndsskyldighet mot klientens motpart, att då inte något rättsförhållande eller något kontraktsförhållande föreligger, kan advokaten inte bli skadeståndsskyldig i vidare mån än vad som följer av reglerna om skadestånd i utomobligatoriska förhållanden.¹⁰⁵ Något avgörande rättsfall kan inte heller anföras för att vägleda om advokats ansvar i sådana fall. Kleinemans tillitsteori verkar i detta fall vara verkningslös för att grunda

¹⁰² Kleineman(1998), Rådgivares informationsansvar, s.205.

¹⁰³ Kleineman,(1998) a.a s.205.

¹⁰⁴ SkL 2 Kap. 2 §.

¹⁰⁵ Wiklund, Advokatens skadeståndsskyldighet, s.333.

advokatens skadeståndsskyldighet. Motparten har inte lidit sin skada på grund av att advokaten har förmedlat någon vilseledande information som skadelidande kunnat fästa någon tillit till.

HD har, som ovan beskrivits, visat att man kan utvidga skadeståndsskyldigheten i utomobligatoriska förhållanden genom att karaktärisera relationen mellan skadevällare och skadelidande som ”kontraktsliknande”. På så sätt möjliggörs ett utdömande av skadestånd för ren förmögenhetsskada till förmån för tredje man på inomobligatorisk grund. NJA 1996 s. 700 visar att tredje man kan få ersättning vid ren förmögenhetsskada om rådgivaren åsidosatt en norm som är avsedd att skydda tredje man. Konkursförvaltaren i det här fallet, blev skadeståndsskyldig även om inget inomobligatoriskt förhållande dem emellan förelåg. Allmänna skadeståndsrättsliga principer tillämpades för att fastställa skadeståndsskyldigheten. Egendom tillhörig tredje man hade på grund av konkursförvaltares oaktsamhet ingått i konkursen. Domstolen ansåg att det var konkursförvaltarens plikt att tillvarata tredje mans egendom. Konkursförvaltaren hade brutit mot en honom åliggande allmän förpliktelse. Konkursförvaltarens tillitsförstärkande ställning hos allmänheten påverkade vid culpabedömningen i ansvarsskärande riktning. Möjligtvis skulle §§ 41-42 i reglerna om god advokatsed kunna utgöra normen för att kvalificera ett sådant utomobligatoriskt ansvar som kontraktsliknande mellan advokaten och klientens motpart. Advokatens uppdrag i sig, får anses ha den tydliga koppling och närhet till en uppkommen skada för uppdragstagarens motpart, under förutsättning att skadan uppfyller kravet på adekvat kausalitet.

7 Ansvarsbegränsningar

7.1 Inledning

Som det har framgått kan en due diligence, om det vill sig illa, leda till skadeståndsansvar för advokaten om uppdraget på något sätt inte håller måttet. Som ovan beskrivits kan sådana anspråk väckas både från uppdragsgivaren och under vissa omständigheter av tredje man. Det är av största vikt för advokaten att kunna begränsa sitt ansvar i möjligaste mån utan att friskriva sig helt ifrån sitt personliga ansvar. Det finns olika sätt att gå till väga för att begränsa sitt ansvar. Det är först och främst friskrivningar och försäkringsskydd som kan bli aktuellt. Peyron förespråkar generella eller specifika avtal om ansvarsbegränsning.¹⁰⁶

Det är en fördel att kunna förutse vilka risker ett uppdrag kan bära med sig. Det är dock i doktrinen osäkert hur långtgående friskrivningar som kan godtas. Man får skilja på friskrivningar som rör oaktsamhet i inomobligatoriska förhållanden och de som rör friskrivningar gentemot tredje man.

7.2 Friskrivningar

I advokatens uppdrag ingår att klargöra eventuella risker och rättsliga osäkerheter för klienten. I detta handlande uppfyller advokaten inte enbart sin lojalitetsplikt gentemot sin klient, på sätt och vis begränsar advokaten också sitt eget ansvar. Om klienten väljer att agera trots advokatens tillrådda försiktighet på grund av risker eller osäkerhet på rättsområdet, kan inte advokaten lastas för eventuellt uppkommen skada till följd av klientens handlande.

Historiskt sett var det länge så att det inte ansågs lämpligt att en advokat fick friskriva sig ansvar gentemot sin klient. Bl.a. Wiklund och Vinding-Kruse ansåg det stridande mot god advokatsed att friskriva sig från ansvar för riktigheten av förmedlade rättsutredningar. Wiklund menar att det krävs exceptionella förutsättningar för att advokat ska ha rätt att begränsa sitt ansvar med friskrivning.¹⁰⁷ Att friskrivningar undergräver förtroendet för advokaten, torde enligt Vinding-Kruse också leda till att advokat inte har något att tjäna på att friskriva sig.¹⁰⁸ Smiciklas anser att det är orimligt att advokat ska kunna friskriva sig från ansvar för skada som drabbar uppdragsgivaren till följd av oaktsamhet från rådgivarens sida. Däremot anser han att det är acceptabelt med t.ex. en beloppsmässig begränsning i vissa fall och att en sådan konstruktion borde kunna godtas.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Peyron, Claes, advokatansvar och ansvarsbegränsning, s.14.

¹⁰⁷ Wiklund, God Advokatsed, s.341.

¹⁰⁸ Vinding-Kruse, s.113.

¹⁰⁹ Smiciklas, s.48.

Heuman framhåller att advokatens alltmer komplicerade arbetsuppgifter har lett till en något mer tolerant syn på advokatens behov av att i vissa fall ha rätt att begränsa sitt ansvar gentemot klienten och annan för givna råd.¹¹⁰

Vad advokaten då begränsar sitt ansvar mot är i vanliga fall ansvarsgrunder, vissa specificerade typer av skador eller också kan man begränsa ansvaret till ett preciserat högsta belopp. En friskrivning bör vara preciserad för att kunna godtas och får alltså inte vara vag och allomfattande vad gäller rättsutredningens resultat eller metod.¹¹¹ Sådana friskrivningar skulle vid prövning med 36 § AvtL eller med stöd av praxis kunna förklaras ogiltiga.¹¹²

En alltför långtgående friskrivning måste anses strida mot advokatens lojalitetsplikt och skulle även kunna leda till disciplinärt ansvar.

Det kan aldrig vara acceptabelt att friskriva sig från ansvar för skada som vållats genom grov vårdslöshet eller uppsåtligt handlande.¹¹³

Vad osäkerheten i doktrinen gäller är i vilken utsträckning friskrivningsklausuler som gäller oaktksamhet vid uppdrags utförande skall godtas.

7.2.1 Friskrivning gentemot tredje man

HD öppnade i 1987 års fall för användandet av friskrivningar för att begränsa ansvar gentemot tredje man. Ansvar för ren förmögenhetsskada förelåg ”såvida inte förbehåll om frihet från sådant ansvar gjorts i intyget”¹¹⁴ I fallet från 2001 bekräftades detta då värderingsman undgick skadestånd mot tredje man på grund av en slags ansvarsbegränsning gällande intygets tänkta användningsområde.

Det synes alltså enligt HD räcka för ansvarsfrihet mot tredje man, att friskrivningen eller annan ansvarsbegränsning är infogad i det dokument som tredje man kan ta del av.¹¹⁵ Fallet från 2001 bekräftar detta då det ju framgår av utgången i målet att banken inte kunde anses ha någon faktiskt befogad anledning att fästa någon tillit till värderingsintyget då det av detta framgick att intyget framtagits för att användas vid tvist. Kleineman skrev innan fallet i sin avhandling att det i regel inte är befogat för tredje man att hysa tillit till en handling om den innehåller en friskrivning. Det bästa sättet att undvika ansvar gentemot tredje man torde således vara att tydligt klargöra vad informationen ska användas till.¹¹⁶ Ett sådant förfarande skulle med största sannolikhet godkännas, då tredje man skulle förstå att informationen i handlingen inte ämnats för annan användning än den enligt friskrivningen avsedda. Det finns alltså goda grunder att tro att advokat för

¹¹⁰ Heuman, s.31.

¹¹¹ Heuman, s.31.

¹¹² Heuman, s.31.

¹¹³ Hellner, SpA II, s.226.

¹¹⁴ NJA 1987 s 692, (703).

¹¹⁵ Smiciklas, a.a. s.49.

¹¹⁶ Kleineman, 1987, s.567.

due diligence skulle kunna begränsa sitt ansvar gentemot tredje man, med användning av en beskriven metod.

Hur långt en advokat ska få friskriva sig gentemot sin uppdragsgivare är svårare att bedöma.

7.2.2 Friskrivningar mot uppdragsgivaren

Då det är möjligt att begränsa sitt ansvar mot tredje man måste det också betyda att det finns möjligheter att begränsa sitt ansvar mot uppdragsgivaren, till vem informationen riktar sig.¹¹⁷ Det kan vara lämpligt för advokaten att försöka begränsa sitt ansvar gentemot uppdragsgivaren vid genomförandet av ett dd-uppdrag. Advokaten vill naturligtvis kunna överskåda de rättsverkningar, som uppdraget vid skada för uppdragsgivaren, kan leda till.

En advokats uppdrag vid dd är av sådan förtroendekaraktär, att det av etiska skäl kan vara tveklöst att friskriva sig från ansvar för det arbete man anlitas att genomföra. Kleineman ställer sig tveksam till professionsutövares möjligheter att begränsa sitt ansvar med allmänt hållna friskrivningsklausuler.¹¹⁸ För att upprätthålla förtroendet för den yrkesgrupp som advokaten tillhör, bör inte friskrivning tillåtas vid enklare typ av rådgivning. Det följer av professionsansvaret, som slår fast att en viss metod, d.v.s. God Advokatsed, alltid ska följas. Inga förbehåll får för sådana fall göras. Vid mer komplicerade fall är däremot osäkerheten större.¹¹⁹

Begränsade preciserade friskrivningar, avseende handlingar, situationer eller belopp kan troligen accepteras vid prövning i domstol. Detta under förutsättning att rättsläget är komplicerat.

Det är också troligt att den typen av friskrivningar känns rimligare att acceptera för uppdragsgivaren och därmed anlitar advokaten att utföra uppdraget vilket kanske inte alltid är fallet om friskrivningarna är alltför långtgående.

Vid stora uppdrag, vilket dd ofta är, är ersättningen ofta förhållandevis ringa i jämförelse med den skada advokaten riskerar att orsaka uppdragsgivaren. Därför måste det rimligen finnas vissa möjligheter till ansvarsbegränsningar för att advokaten överhuvudtaget skall våga ta sig an uppdraget. Kleineman anser dock att friskrivningar inte är den lämpligaste metoden för att begränsa rådgivares ansvar för oaktsam rådgivning. Ansvarsförsäkring torde istället vara den bästa vägen för rådgivare att skydda sig.¹²⁰ Om klienten är skyddsvärd enligt rättsordningen, det vill säga anses som svagare part, är det svårare för advokaten att friskriva sig från ansvar. Om denna uppfattning

¹¹⁷ Kleineman, Rådgivares informationsansvar, s.206.

¹¹⁸ Kleineman, tekniska konsulter skadeståndsansvar för vilseledande information, JT 1994/95, s.702.

¹¹⁹ Heuman, s.32.

¹²⁰ Kleineman, 1998, s.205.

också gäller för kommersiella förhållanden är inte säkert. Troligen kan det vara mer befogat för advokat att friskriva sig från ansvar gentemot en jämlik och stark uppdragsgivare än vad som gäller när advokat har med en privatperson att göra. En näringsidkare får anses ha en betydligt större kapacitet att förstå innebörden av en friskrivningsklausul. Sammanfattningsvis kan sägas vad gäller ansvarsbegränsningar att det är bättre att precisera själva prestationen redan i avtalet än att reducera den genom friskrivningar.¹²¹

Den osäkerhet som det innebär att friskriva sig från ansvar gör att det för advokaten är lämpligt att minimera riskerna genom att komplettera eventuella friskrivningar med en pedagogisk och tydlig riskanalys som fogas till due diligence-rapporten.

7.3 Ansvarsförsäkring

Det att advokater tecknar en ansvarsförsäkring för sitt verksamhetsutövande. Denna försäkring täcker normalt skadeståndsskyldighet för ren förmögenhetsskada som den försäkrade åsamkat inom ramen för advokatverksamhet. Försäkringen gäller inte för uppsåtligt orsakad skada, inte heller sådan ersättningsskyldighet som inte följer av allmänna skadeståndsrättsliga regler.

Det åligger försäkringsbolaget att utreda huruvida skadeståndsskyldighet föreligger, liksom att förhandla med den som kräver skadestånd. Försäkringsbolaget för också den försäkrades talan i en rättegång.

Om försäkringsbeloppet inte anses svara mot de eventuella anspråk som kan tänkas uppkomma kan det vara klokt att dessutom teckna en tilläggsförsäkring.

När en skada inträffat, kan ärendet prövas av Ansvarsförsäkringsnämnden för advokatfrågor. Nämndens uppgift är att avge yttranden, t.ex. huruvida skadan omfattas av försäkringen och om advokaten är att se som skadeståndsskyldig. Prövning i nämnden kan ske på begäran av den försäkrade, den skadelidande, advokatsamfundet eller försäkringsbolaget.¹²²

7.4 Begränsning av ansvar vid due diligence

Som ovan nämnts finns det en rad olika metoder för en advokat att begränsa sitt ansvar för uppdrag som dd. Först och främst gäller det för advokaten att gemensamt med uppdragsgivaren så detaljerat som möjligt komma överens om vad uppdraget ska omfatta. Det underlättar givetvis bevisläget i fall av uppkommen skada om advokaten och uppdragsgivaren upprättar ett

¹²¹ Kersby, s.159.

¹²² Avsnittet bygger på Heuman s.34.

skriftligt avtal, dock har det sagts mig, av praktiker, att uppdrag av detta slag p.g.a. dess komplexitet ej preciseras i skriftliga avtal. Detta till trots, vore det att rekommendera ett sådant förfarande. Även om något skriftligt avtal vanligen inte förekommer, finns det ändå möjlighet för advokat att foga sina ansvarsbegränsningar till den rapport som är resultatet av granskningen av det aktuella bolaget.

Vanligen så fogar advokaten sina ansvarsbegränsningar till inledningen av rapporten på dess framsida. Här fastslås vad due diligencen i det specifika fallet har grundat sig på, att det handlar om en legal due diligence, vad som har undersökts och vad som har lämnats utanför granskningen. Det brukar framgå av rapporten vilken tidsperiod som granskningen omfattar, det vill säga hur långt bakåt i tiden undersökningen tar sin början och vid det datum den slutar, oftast sträcker sig rapporten ett antal år tillbaka i tiden fram till rapportens presentation för uppdragsgivaren.

Avgränsningar av vilka kontrakt granskningen omfattar, exempelvis att enbart de fem största avtalen har granskats eller att avtal som understiger ett visst belopp har lämnats utanför granskningen, redogörs för.

Det brukar tydligt framgå i rapporten att advokaten inte tar på sig något ansvar för de dokument man har granskat, det vill säga att advokaten klargör att uppdraget inte omfattar en kontroll av dokumentens autencitet. Vad advokaten därmed menar är, att han i sin rapport, utgår ifrån att avtal har undertecknats av, för bolaget behöriga personer och, att övriga liknande dokument är korrekta.

Slutligen fastställs ofta i rapporten att rapporten har på uppdrag uppförts för uppdragsgivaren och att rapporten enbart är ämnad att användas av denne och alltså inte är tänkt att ligga till grund för någon annan affär.

8 Avslutande kommentarer

Advokatens ansvar för utförande av ett due diligence-uppdrag är än så länge oprövat i praxis. Detta kan ha sin förklaring dels i att uppdrag av sådan typ är en förhållandevis ny företeelse i Sverige och dels i att parterna hellre förlikas än går till domstol. All negativ publicitet sådan exponering kan föra med sig för alla inblandade parter och det ofta väldigt känsliga materialet som då måste läggas till grund för en prövning kan också spela in. Helt klart är i alla fall att oaktsamhet vid utförande av due diligence kan medföra katastrofala följder för advokatens verksamhet. Advokaten har vid varje uppdrag flera potentiella skadelidande att bli ersättningskyldig mot för ett oaktsamt genomfört uppdrag. Såväl inomobligatoriskt som utomobligatoriskt grundade anspråk kan i olika situationer komma att bli aktuella.

Som uppsatsen har visat, är det troligen framförallt mot uppdragsgivaren ansvar kan komma att bli aktuellt, för ett oaktsamt utfört due diligence-uppdrag. Men risken finns också att ansvaret kan utsträckas till att även gälla gentemot tredje man om förutsättningar i det specifika fallet föreligger.

Inom den kontraktuella skadeståndsrätten finns som ovan nämnts inga spärregler mot ansvar för ren förmögenhetsskada när de allmänna skadeståndsrättsliga förutsättningarna föreligger. Då due diligence utgör ett uppdragsförhållande, är det att bedöma enligt skadeståndsrättens allmänna förutsättningar. Att bedöma vad som är att anse som adekvat uppkommen skada måste avgöras utifrån det individuella fallet, vilket också måste gälla för culpabedömningen. Den individuella bedömningen beror på att uppdragen torde variera stort sinsemellan. Ofta har inget skriftligt avtal upprättats för uppdragets omfattning, då det i svensk rätt inte finns några formkrav för upprättande av ett avtal. Det finns därför inte heller något för due diligence, fastställt normaluppdrag att fästa en oaktsamhetsbedömning till. Advokatens ansvar får alltså bedömas utifrån en i uppdraget grundad individuell culpabedömning. Advokaten har ett rådgivaransvar. Vad advokaten för denna typ av uppdrag kan ådra sig ansvar för, är undermåligt genomförda rättsutredningar. Advokaten bär en till sin profession förknippad förhöjd aktsamhetsplikt, till vilken ganska långtgående noggrannhet och skicklighet kan krävas av denne i sin yrkesutövning.

I culpabedömningen intas att advokaten genom sitt medlemskap i advokatsamfundet åtnjuter rådfrågandes tillit som juridisk expert. Det som ska bedömas om advokaten borde ha handlat annorlunda. Den måttstock som man får söka ledning i, är för advokater reglerna om god advokatsed. Advokaten har att iaktta en viss för professionen accepterad metod i sitt arbete att finna gällande rätt. Metoden kan i många fall vara viktigare att fullgöra än att faktiskt ha rätt i sin uppfattning om vad som är gällande rätt, förutsatt givetvis att det inte rör sig om felaktigheter i förmedlade råd vad gäller bagatellartade rättsfrågor. För att uppfylla sitt metodansvar är det viktigt att advokaten håller sig informerad om utvecklingar på rättens

område och arbetar enligt en metod som söker rätten i, för området relevanta rättskällor. När advokaten enligt en accepterad metod fått fram den aktuella informationen, är det av vikt att denna förmedlas till klienten på ett förståeligt och pedagogiskt vis. Ett dd-uppdrag omfattar många skilda rättsfrågor som alla kan ha betydelse för uppdragsgivarens beslut huruvida en affär ska bli av eller inte. Det är därför extremt viktigt att advokaten är säker på att klienten har fått klart för sig vad som enligt advokaten är gällande rätt och hur osäkerhet i rättsläget kan få negativa följder för uppdragsgivaren. Om det kan sägas föreligga lättnad på den pedagogiska plikten gentemot klienter som kan förväntas ha större kapacitet att bedöma rättsläget är svårt att uttala sig om. Skillnad finns mellan konsumenter och näringsidkare men då det inte kan bli tal om något konsumentförhållande vid en due diligence, är då frågan om bedömningen ska göras olika mellan olika näringsidkare. En sådan nyanserad bedömning är nog inte omöjlig att domstolen skulle företa, då det åligger advokaten att anpassa sin rådgivning utefter klientens individuella behov.

Då det inte verkar ställas några långtgående krav på uppdragsgivaren att själv försäkra sig om att ingenting är oklart, är det riskabelt att inte försäkra sig om att klienten är införstådd med eventuella risker. Detta ansvar kan jag tycka är lite väl ensidigt möjligtvis, men det har sin grund i advokatens överlägsna, i egenskap av advokat, kapacitet att bedöma gällande rätt.

Jag tror för min del att domstolar i ett uppkommet fall skulle göra en rimlighetsbedömning av vad klienten borde ha förstått av förmedlad information, vilket möjligtvis skulle kunna leda till ett mindre långtgående ansvar för advokaten. När det står klart för advokaten att klienten har förstått, att viss fråga är svår att bedöma de juridiska konsekvenserna för, bör advokaten upprätta en riskkalkyl. Det är viktigt att klienten förstår vilka skador han kan drabbas av. Advokaten bör framställa olika handlingsalternativ om visst handlande är att bedöma som riskabelt. Om klienten väljer att handla efter ett alternativ som advokaten varnat för, och det visar sig inte stämma överens med domstolens uppfattning av rättsläget. Då borde det vara till advokatens fördel i oaksamhetsbedömningen om han uppställt handlingsalternativ till klienten. Det är ju trots allt uppdragsgivaren som slutligen beslutar hur han ska agera utifrån den information som advokaten har förmedlat.

Möjligheten att advokat kan göras skadeståndsskyldig gentemot tredje man får sägas ha slagits fast i praxis och att den s.k. spärregeln har luckrats upp. Ett sådant ansvar tycker jag är rimligt och skapar möjligheter till rättvisa för skadelidande tredje män, dock måste bedömningen vara ganska restriktiv, då det för rådgivare till vilka advokater hör, måste kunna utföra sina uppdrag med viss förutsebarhet vilka skadeståndsrättsliga konsekvenser uppdraget kan ge. Ett alltför vidlyftigt ansvar tror jag skulle leda till att ingen skulle vilja ta på sig uppdrag som kan ha konsekvenser för tredje man. Prospektfallen som närmast kan tänkas leda till ansvar mot tredje man vid dd-uppdrag, torde inte utgöra någon stor risk för ansvar, men dock ändå en risk. Kleinemans tillitslära vore i sådant fall lämplig för att avgöra om tredje man lidit skada till följd av befogad faktisk tillit till information lämnad av

advokat. Det faktum att privatpersoner kan drabbas av sådan skada till följd av advokatens felaktiga uppgifter talar inte till advokatens fördel.

Möjligheten till ansvarsbegränsningar är av största vikt för advokaten, ett omdebatterat område, men enligt mig ett tvunget inslag för ett dd-uppdrag. HD har ju i viss mån också öppnat för möjligheten att begränsa sitt ansvar genom friskrivningar, både i kone-fallet och i 2001 s.878. Jag tycker att man bör kunna godta friskrivningsklausuler, i synnerhet vad gäller ansvaret gentemot tredje man, vilket rättsfallen visar, men även i partsrelationen mellan advokaten och uppdragsgivaren såvida det kan antas att uppdragsgivaren har förstått innebörden av en sådan ansvarsbegränsning. Advokaten måste kunna friskriva sig från ansvar för specifika förhållanden utanför advokatens rimliga kontrollmöjlighet. Att kontrakt är undertecknade av för bolaget behöriga representanter, eller att de granskade dokumenten överensstämmer med originalhandlingarna, måste vara möjligt att friskriva sig från ansvar för. Det vore en omöjlighet att genomföra en dd om advokaten hade en sådan undersökningsplikt. Problemet är att det inte finns någon fastställd norm för vad som ska ingå i ett dd-uppdrag, därför kan det vara svårt att veta vad en domstol begär att advokaten ska friskriva sig ifrån. Ingår allt som advokaten inte har friskrivit sig ifrån i uppdraget, eller hur långt sträcker sig ansvaret? Enligt min åsikt måste någon slags rimlighetsbedömning kunna avgränsa vad som ingår i uppdraget. Advokaten kan ju inte rimligen ansvara för allt som han inte har friskrivit sig ifrån. Uppdragets utformning kan inte utgöra den enda begränsningen av uppdraget. Då detta ändå måste anses som oklart, gör advokaten klokt i att så tydligt som möjligt avgränsa uppdraget så tidigt och så tydligt som möjligt i kombination med friskrivningar där sådana ändå behövs. Är advokats friskrivningar orimliga får de jämkas med 36 § AvtL eller helt bortfalla, men det borde framför allt bli aktuellt då advokaten friskrivit sig från exempelvis sitt metodansvar eller från ansvar för enkla juridiska uppgifter vilka det inte kan anses rimligt att friskriva sig ifrån.

Då praxis på området saknas återstår det att se hur domstolarna bedömer dessa i arbetet uppmärksammade frågor angående advokatens skadeståndsskyldighet vid due diligence-uppdrag.

Bilaga A

Käll- och litteraturlförteckning

Bengtsson, Bertil, Särskilda avtalstyper¹, Stockholm, 1983

Bergström, Sture et al, Juridikens termer (8 uppl. 1992)

Gullefors, Björn, Ansvar och skadestånd, Näsviken, 1999

Heuman, Lars, Advokatens rättsutredningar, Stockholm 1987

Hellner, Jan, Johansson, Svante, Skadeståndsrätt, Stockholm, 2000

Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt 1 häftet, Stockholm, 1996

Jørgensen och Wanscher, Professionellt ansvar i skandinavisk ret, Juristen 1967 s. 425 440.

Kersby, Sara, Due diligence, särskilt om advokats ansvar vid dess genomförande. Juridisk Tidskrift 97/98 s.143

Kleineman, Jan, Tekniska konsulter skadeståndsansvar för vilseledande information, Juridisk Tidskrift 94/95 s. 702

Kleineman, Om den befogade tillitens skadeståndsrättsliga relevans, Juridisk Tidskrift 01/02 s.625

Kleineman, Jan, Rådgivares informationsansvar- en probleminventering, SvJT, 1998, s 185

Kleineman, Jan, vidgat rådgivaransvar? Juridisk Tidskrift 96/97 s.997

Kleineman, Jan, Ren förmögenhetsskada- särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, Stockholm, 1987

Peyron, Claes, advokatansvar och ansvarsbegränsning, Advokaten 1989 häfte 1 s.10

Smiciklas, Martin, Rådgivare har ansvar mot tredje man, balans 12:88 s. 48

Strömbergs, Stora synonymordboken, 2 uppl, Stockholm 1998

Sveriges Advokatsamfund, God advokatsed, Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1998. Lars Bentelius och Kristian Agneklev redaktion

Tiberg, Hugo, Mellanmansrätt., Stockholm 1997

Vinding-Kruse, Advokatansvaret 5. udgave 1985 Jurist- og økonomforbundets forlag.

Wiklund, Holger, God advokatsed, Stockholm 1973

Wiklund, Holger, Advokats skadeståndsskyldighet. Försäkringsjuridiska föreningens publikation nr. 10, s. 293ff. Stockholm 1953.

Offentligt tryck

SOU 2002:41 Konsumentskydd vid finansiell rådgivning. Betänkande från utredningen om finansiell rådgivning till konsumenter.

SOU 2004:95 om nya regler för prospekt

SOU 2005:18 Prospektansvar

Prop 1972:5 Förslag till ny skadeståndslag

Personliga källor

Rosholm, Anders, Biträdande jurist, advokatbyrån Mannheimer och Swartling

Steen, Anders, Advokat

Rättsfallsförteckning

NJA 1957 s. 621

NJA 1994 s.532

NJA 1987 s. 692

NJA 2001 s. 878

NJA 1996 s. 700