



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erik Schultz

Bankers informations- och
rådgivningsansvar vid handel
med finansiella instrument

-

En studie i svensk och tysk bankrätt

Examensarbete
20 poäng

Handledare: professor Lars Gorton

Bankrätt

Vårterminen 2001

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

FÖRKORTNINGAR	4
1. INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och material	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Disposition	9
2. RÄTTSLÄGET I SVERIGE	10
2.1 Allmänt om rådgivning	10
2.1.1 Finansiell rådgivning	11
2.2 Nuvarande lagstiftning på den finansiella marknaden	12
2.3 Rådgivningsförhållandet	15
2.3.1 Syssemannaavtal enligt HB 18 kap	16
2.4 Allmänt om finansiella institutioners ansvar	18
2.4.1 Ansvarsgrunder – resonemang runt culpa	19
2.4.2 Culpa vid rådgivning	19
2.4.2.1 Tillitsprincipen	20
2.4.3 Resultatansvar	21
2.5 Informationsansvar	22
2.5.1 Informationsansvar vid handel med derivatinstrument	27
2.6 Metodansvar	29
2.7 Adekvat kausalitet	32
2.8 Friskrivningar	33
2.9 Avslutande kommentarer – det finansiella rådgivningsansva- ret de lege ferenda	35
3. RÄTTSLÄGET I TYSKLAND	37
3.1 Allmänt om kraven på bankens placeringsrådgivare	37
3.1.1 Kundens önskemål	37
3.1.2 Bankens verksamhetsmål	38
3.2 Rådgivningsförhållandet	38
3.2.1 Distinktionen mellan informationsplikt och rådgivningsplikt	40

3.3	Bankers lagstadgade informationskyldighet enligt Wertpapierhandelsgesetz – WpHG.....	40
3.3.1	Sakkunskap, noggrannhet, samvetsgrannhet - §31 st 1 p 1 WpHG	41
	3.3.1.1 <i>Kundens intresse</i>	41
3.3.2	Intressekonflikter - §31 st 1 p 2 WpHG	42
3.3.3	Kundens erfarenheter och kunskaper, placeringsstrategi samt finansiella förhållanden - §31 st 2 p 1 WpHG	44
3.3.4	Inskränkningar i bankens skyldighet att inhämta upplysningar från kunden – ”Angaben verlangen, soweit erforderlich”	46
3.3.5	Ändamålsenlig information - §31 st 2 p 2 WpHG	46
	3.3.5.1 <i>Sanningsplikt</i>	47
	3.3.5.2 <i>Klarhet och fullständighet</i>	48
	3.3.5.3 <i>Konkreta köp- eller försäljningsråd från banken</i>	49
3.3.6	Begränsad informationsplikt, avsaknad av skyddsbehov	50
3.3.7	Kundens möjlighet att avstå från information	51
3.4	Avgränsning mellan lagstadgad informationsplikt och på avtal vilande rådgivningsplikt	52
3.4.1	Innehåll och omfattning	53
3.4.2	Bankens sakkunskap	54
3.4.3	Formkrav	54
3.5	Bankens ansvar vid brott mot informations- och rådgivningsplikten.....	55
3.5.1	Kausalitet och skyddsändamål	56
3.5.2	Medvållande - §254 BGB	56
3.5.3	Ersättningsskyldighet	57
3.5.4	Preskription	57
3.6	Discountbrokers	57
4.	KOMPARATIVA ASPEKTER	60
4.1	Allmänt om likheter och skillnader mellan olika rättssystem ..	60
4.2	Sammanfattande jämförelse beträffande bankers informations- och rådgivningsansvar enligt svensk och tysk rätt	60
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	65
	BILAGA 1 – Rådets Direktiv 93/22 EEG	
	BILAGA 2 – Relevanta tyska lagtexter	

FÖRKORTNINGAR

ARN	Allmänna Reklamationsnämnden
BAW	Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel
BFFS	Bankinspektionens allmänna råd
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BRL	Bankrörelselagen
BT	Bundestag
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EEG	Europeiska Ekonomiska Gemenskapen
EG	Europeiska Gemenskaperna
FAR	Föreningen Auktoriserade Revisorer
FFFS	Finansinspektionens föreskrifter
HB	Handelsbalken
HD	Högsta domstolen
HGB	Handelsgesetzbuch
JT	Juridisk Tidskrift
LG	Landesgericht
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Prop	Regeringens proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
SkL	Skadeståndslagen
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
WM	Wertpapiermitteilungen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

1. Inledning

1.1 Bakgrund

I likhet med utvecklingen i flera andra länder, har även de svenska bankerna och finansinstituten de senaste åren undergått omfattande verksamhetsmässiga och strukturella förändringar. Den genomgripande avregleringen av bankmarknaden under 1980-talet medförde en hårdare konkurrens mellan bankerna såväl på det nationella som på det internationella planet. Det nya konkurrensläget resulterade bl. a. i sammanslagningar mellan banker samt mellan banker och andra företag inom den finansiella sektorn.¹ Under det senaste decenniet har man dessutom kunnat skönja en tydlig förändring av bankernas traditionella verksamhet² från inlåning, kreditgivning och betalningförmedling - som genom värdepapperiseringen successivt har övertagits av den finansiella marknaden - till olika former av s.k. off-balance sheet operations. Härmed förstås aktiviteter som utan att synas i balansräkningarna genererar intäkter till bankerna. Off-balance sheet-verksamheten utgörs framför allt av förmedling av finansiella instrument och innebär egentligen inget eget risktagande för banken.³ I linje med denna utveckling kan konstateras att sammansättningen av de svenska hushållens sparande har förändrats drastiskt under 1990-talet. Från att under de två föregående decennierna främst ha utgjorts av reala tillgångar i form av fast egendom och varaktiga konsumtionsvaror, består det privata sparandet idag i stor omfattning istället av finansiella instrument.⁴

Liknande strukturella och verksamhetsmässiga förändringar har även den tyska bank- och finanssektorn genomgått det senaste decenniet. Förmedling av finansiella instrument utgör sedan ett antal år tillbaka en av de snabbast växande verksamhetsgrenarna inom det tyska bankväsendet.⁵ En bidragande faktor härtill är säkerligen det privata sparandet som i Tyskland - i likhet med utvecklingen i Sverige - i allt större utsträckning utgörs av olika former av finansiella instrument.⁶ Det är inte längre sparkontot som står i förgrunden, utan istället en önskan att erhålla en högre avkastning. Idag är således

¹ Nämnas kan exempelvis fusionen mellan Sparbanken Sverige och Föreningsbanken som ägde rum 1997.

² Jfr prop. 1986/87:12 med motiven till nu gällande banklagstiftning där det på s. 165 framgår att en banks rörelse huvudsakligen finansieras genom inlåning från allmänheten.

³ Pålsson, Marknaden för finansiell rådgivning – En probleminventering. Report no 4, Lund 1997, s. 1.

⁴ SOU 2000:11 ”Finanssektorns framtid. Betänkande från finansmarknadsutredningen”, vol. B, s. 51ff. Orsakerna till denna ändrade inriktning på sparandet är inte helt lätt att fastställa. Lennart Berg, professor i nationalekonomi vid Uppsala Universitet, nämner i sin utredning bl. a. skattereformen 1990-91, realräntechocken, befolkningsutvecklingen samt osäkerheten om framtida inkomster såsom viktiga faktorer.

⁵ Horn, Norbert, Anlageberatung im Privatkundengeschäft der Banken, WM 1999, s. 1.

⁶ Lybeck hävdar i SOU 2000:11 mot bakgrund av statistik över den totala bruttoförmögenhetens fördelning i olika länder, att Tyskland är ett av de länder där man under de närmaste åren kan förvänta sig en kraftig förskjutning av sparandet från sparkontot till olika former av finansiella instrument.

börs- och finansväsende för de flesta tyskarna en del av vardagen.⁷

Den finansiella marknaden är emellertid komplex och nya instrument introduceras fortlöpande och på bred front av banker och andra finansinstitut. I många fall besitter den enskilde investeraren alltför bristfälliga kunskaper för att själv kunna fatta lämpliga placeringsbeslut. Detta medför att flertalet investerare är hänvisade till bankens expertis och rådgivning på området. Frågan är då vilket ansvar bankerna har för den förmedlade informationens innehåll, samt i vilken omfattning uppdragsgivaren har rätt att förlita sig på bankens kompetens.

Problematiken runt bankers och andra finansinstituts informations- och rådgivningsansvar har under de senaste åren varit föremål för diskussion i juridiska och ekonomiska kretsar både i Sverige och Tyskland.⁸ Även om det grundläggande spørsmålet är detsamma, kan emellertid konstateras att utgångspunkten för diskussionen skiljer sig icke obetydligt åt mellan de båda länderna. Rättsläget i Tyskland bygger således i stort på det sedan 1995 i tysk rätt implementerade EG-direktivet 93/22 EEG⁹, det s.k. ”investerings-tjänstdirektivet”. Den tyska bestämmelsen återfinns i §31 Wertpapierhandelsgesetz och har, trots sin administrativrättsliga karaktär, använts av de tyska domstolarna för att utforma och precisera informations- och rådgivningsansvaret på det aktuella området. Även den svenska lagstiftaren har genom offentligrättslig lagstiftning implementerat investeringstjänstdirektivet i den nationella rättsordningen.¹⁰ Till skillnad från Tyskland har man emellertid i svensk rättspraxis inte tillmätt denna lagstiftningsprodukt någon nämnvärd betydelse beträffande frågan om ett eventuellt privaträttsligt skadeståndsanspråk vid bristfällig information eller rådgivning från ett värdepappersinstituts sida.

⁷ Fram till i början av 1990-talet sågs emellertid värdepapper med viss skepsis i genomsnittstyskens ögon. Den ökade fokuseringen på de finansiella marknaderna under senare delen av 1990-talet torde vara en bidragande orsak till den ändrade attityden bland den tyska befolkningen. I brist på relevanta utredningar härom är det dock endast fråga om spekulationer från författarens sida.

⁸ Hithörande frågor har i Sverige bl. a. diskuterats av Jan Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, SvJT 1998 s. 185ff; Lars Gorton, Finansiella institutioners rådgivningsansvar – kommentarer i anslutning till nyare litteratur, JT 1998/99 s. 300ff, Anne-Marie Pålsson och Per Samuelsson, Banks ansvar för ekonomisk rådgivning, SvJT 1999 s. 529ff samt av Johan Lycke, Banks ansvar vid placeringsrådgivning, SvJT 2000 s. 507ff. Den tyska doktrinen på området är betydligt mer omfattande. Frågan om bankers informations- och rådgivningsansvar behandlas mer eller mindre utförligt i samtliga bankrättsliga standardverk i Tyskland. Som exempel kan nämnas Claussen, Bank- und Börsenrecht, 2:a upplagan, München 2000 och Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Köln 1995. För vidare information beträffande relevanta källor hänvisas till käll- och litteraturförteckningen.

⁹ Rådets Direktiv 93/22 EEG om investeringstjänster inom värdepappersområdet. Se bilaga 1.

¹⁰ Genom lagändring 1996 tillfördes således 1 kap. 7§ lag (1991:981) om värdepappersrörelse ett nytt andra stycke vars innehåll motsvarar artikel 11.1 Dir 93/22 EEG.

1.2 Syfte och material

Syftet med denna framställning är att försöka klargöra rättsläget i Sverige respektive Tyskland beträffande bankers och andra finansinstituts informations- och rådgivningsansvar vid handel med finansiella instrument. Det centrala spörsmålet blir härvid frågan huruvida samt, om så skulle visa sig vara fallet, i vilken utsträckning det enligt respektive rättsordning åligger värdepappersinstitut att informera kunderna om specifika värdepappers funktion och de därmed sammanhängande riskerna, samt vilken möjlighet en kund har att vid en ekonomisk förlust på grund av felaktig eller undermålig information kräva värdepappersinstitutet på skadestånd och i så fall på vilka grunder. Likaså intressant i sammanhanget ter sig frågan om bankernas ansvar vid förmedling av konkreta placeringsråd samt i vilken omfattning kunden har rätt att förlita sig på bankens kompetens.

Även om det juridiska biblioteket i Lund förfogar över omfattande utländskt material, kan konstateras att tillgången till specifik tysk bankrättslig litteratur är relativt begränsad. För att över huvud taget möjliggöra en ingående studie av det tyska rättsläget har således källstudier på plats varit nödvändiga. Större delen av kapitel 3 - "Rättsläget i Tyskland" - har därför nedtecknats och bearbetats under vistelser vid Johann Wolfgang Goethe-Universität i Frankfurt a. M. och Universität Hannover. För denna del av uppsatsen har utgångspunkt tagits i ett antal tyska standardverk på området, varav framför allt tre har varit av central betydelse; Assmann/Schneider "Wertpapierhandelsgesetz", Claussen "Bank- und Börsenrecht" samt Kümpel "Bank- und Kapitalmarktrecht". Härutöver har även domstolspraxis och artiklar i juridiska tidskrifter studerats. I motsats till Skandinavien tillmäts förarbeten i Tyskland liksom i de flesta övriga civil law länder en starkt underordnad betydelse i rättstillämpningen. Med hänsyn härtill har jag valt att endast undantagsvis beakta förarbeten i denna del av framställningen.¹¹ I övrigt vill jag här uppmärksamma läsaren på de översättningsproblem som studier av utländsk juridisk text är förenade med. Inte sällan saknar utländska juridiska termer och begrepp motsvarighet i det svenska språket. Även då det till synes finns ett motsvarande svenskt ord kan det vara farligt att utgå från att betydelsen är densamma. De översättningar som återfinns främst i det tredje kapitlet av denna uppsats är författarens egna. Några allmänt vedertagna översättningar av tyska bankrättsliga termer finns för närvarande inte att tillgå. För den språkkunnige läsaren hänvisar jag emellertid till bilagorna sist i uppsatsen, där relevant lagtext återges på originalspråk.

I Sverige är tillgången till material beträffande bankers information- och rådgivningsansvar vid finansiell rådgivning relativt begränsad. Spörsmålet har framför allt behandlats i ett antal artiklar som under de senaste åren publicerats i Svensk Juristtidning och Juridisk Tidskrift. Tillsammans med

¹¹ Beträffande lagförarbetens roll i Tyskland jfr Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap, Stockholm 1993, s. 194f.

Kleinemans doktorsavhandling ”Ren förmögenhetsskada: särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart”, utgör dessa tidskriftsartiklar grunden för framställningen beträffande rättsläget i Sverige. Förutom relevant litteratur - främst avtalsrättslig - baserar sig utredningen härutöver till stor del på studier av domstolspraxis; huvudsakligen från HD men även viss underrettspraxis. Svensk domstolspraxis är emellertid, vilket kommer att framgå av den fortsatta framställningen, ytterst sparsam på detta specifika rättsområde. Med hänsyn härtill behandlar de i denna uppsats analyserade rättsfallen - med några få undantag - i princip uteslutande informations- och rådgivningsansvaret för närliggande yrkesgrupper. Huruvida analogier till den finansiella rådgivningens område kan eller får göras, kommer att diskuteras i samband med analysen av respektive avgörande. Slutligen har även ett antal avgöranden av ARN samt, i förekommande fall, lagtext, EG-rättsligt material samt lagförarbeten studerats.

1.3 Avgränsningar

I uppsatsens titel talas det om ”bankers” informations- och rådgivningsansvar. Utredningen omfattar emellertid placeringsrådgivare/-förmedlare i stort; huruvida arbetsgivaren är en bank, fondkommissionär eller annat finansinstitut torde - så länge det är frågan om en värdepappersrörelse - för de juridiska aspekterna av det aktuella spørsmålet vara utan betydelse. Den svenska och den tyska lagtexten använder uttrycken ”värdepappersinstitut” respektive ”värdepapperstjänsteföretag”. Härunder faller även banker och andra finansinstitut varför de olika begreppen kommer att användas omväxlande i den fortsatta framställningen. Uppsatsen är framför allt inriktad på relationen bank – privatkund. Varken svensk eller tysk lagstiftning på området skiljer emellertid uttryckligen mellan privatkunder och kommersiella kunder.¹² I brist på relevanta rättsfall och klargörande uttalande i doktrinen är rättsläget på denna punkt - i Sverige liksom i Tyskland - i dagsläget oklart. Av utrymmesskäl har jag dock valt att koncentrera mig på ansvarsfrågan i förhållande till privatpersoner.

Det ska påpekas att denna uppsats inte är avsedd att vara någon egentlig komparativ studie mellan svensk och tysk rätt, utan snarare en redogörelse för rättsläget i de båda länderna. Med hänsyn härtill görs i princip inga bopande jämförelser, utan rättsläget i respektive land presenteras var för sig. Avslutningsvis under kapitel 4 följer icke desto mindre en sammanfattande jämförelse beträffande vissa intressanta aspekter. Denna jämförelse ska dock inte på något sätt ses som uttömmande, utan endast såsom en jämförelse av rättsläget vad beträffar några få av de speciella frågor, vilka framkommit under utredningen.

¹² Jfr 1 kap. 7§ lag (1991:981) om värdepappersrörelse samt §31 Wertpapierhandelsgesetz.

1.4 Disposition

Uppsatsen är indelad i tre huvuddelar; kapitel 2 "Rättsläget i Sverige", kapitel 3 "Rättsläget i Tyskland" samt kapitel 4 "Komparativa aspekter" varav de två första utgör själva kärnan i framställningen. Kapitel 2 inleds med en allmän del om rådgivning och innehåller bl. a. vissa distinktioner och begreppsbestämningar. Härefter följer en presentation av den finansiella rådgivningen varvid dess funktion, syfte samt övrig karaktäristika kort behandlas. Under 2.2 granskas den nuvarande svenska lagstiftningen på den finansiella marknaden med tyngdpunkt på portalparagrafen i 1 kap. 7§ lag (1991:981) om värdepappersrörelse. Punkten 2.3 innehåller en genomgång av rådgivningsförhållandet, dvs. de juridiska aspekterna på relationen mellan bank och kund vid en rådgivningssituation, samt därmed sammanhängande spörsmål. De centrala delarna beträffande rättsläget i Sverige återfinns under 2.4, 2.5 och 2.6 som behandlar frågan om finansiella institutioner ansvar. 2.4 inleder med vissa allmänna aspekter på ansvarsfrågan för att sedan mer ingående analysera de olika förutsättningarna för ett rådgivningsansvar. I punkterna 2.5 och 2.6 görs så en uppdelning mellan informations- respektive meto danvar. Denna del av framställningen bygger framför allt på en studie av relevant domstolpraxis och utgör ett försök att klargöra rättsläget beträffande bankers informations- och rådgivningsansvar såsom det för närvarande ter sig i Sverige. Härefter diskuteras kravet på adekvat kausalitet - ett spörsmål som i princip lämnats oberörd i den juridiska doktrinen, bevisbördans placering samt frågan om anvarsfriskrivningar i bank/kund relationen. Under punkten 2.9 behandlas det finansiella rådgivningsansvaret de lege ferenda.

Kapitel 3 - "Rättsläget i Tyskland" - skiljer sig till dispositionen icke oväsentligt från kapitel 2, vilket framför allt sammanhänger med vissa grundläggande skillnader i rättsläget länderna emellan men även med det sätt respektive lands doktrin valt att angripa det specifika spörsmålet. Inledningsvis, under punkten 3.1, följer en allmän genomgång om kraven på bankens placeringsrådgivare mot bakgrund av bl. a. de senaste årens utveckling på de finansiella marknaderna, kundernas ändrade sparförhållanden och placeringsmål samt den tilltagande konkurrenssituationen på bankmarknaden. Härefter behandlas under 3.2 rådgivningsförhållandet samt distinktionen mellan informations- respektive rådgivningsplikt. I den fortsatta framställningen under punkterna 3.3 och 3.4 sker en uppdelning i bankernas lagstadgade informationsplikt enligt den tyska Wertpapierhandelsgesetz och den på avtal vilande rådgivningsplikten. Under punkten 3.5 diskuteras bankernas ansvar vid brott mot informations- och rådgivningsplikten samt därmed sammanhängande spörsmål såsom exempelvis frågan om kausalitet och skyddsändamål, medvällande från kundens sida samt preskription. Kapitel 3 avrundas med ett avsnitt där frågan huruvida de enligt tysk rätt gällande rättsgrundsatserna på området även ska gälla för s.k. discountbrokers är föremål för analys. Kapitel 4 - "Komparativa aspekter" - avslutar uppsatsen och innehåller vissa jämförelser mellan rättsläget i Sverige respektive Tyskland.

2. Rättsläget i Sverige

2.1 Allmänt om rådgivning

Karaktäristiskt för en rådgivningssituation är det ofta relativt komplicerade förhållandet mellan en informationsförmedlande och en informationsmottagande part.¹³ Med begreppet rådgivning förstås i det vardagliga språket situationer, då en person frågar en annan om vägledning i ett visst ärende.¹⁴ I det juridiska språkbruket saknas emellertid en naturlig referensram för detta uttryck, vilket gör en enhetlig juridisk begreppsbestämning i det närmaste omöjlig. Ett råd kan således innebära allt från olika former av personliga rekommendationer till kvalificerad professionell rådgivning inom kontexten av ett immateriellt uppdrag.

Beroende på vilken form av rådgivning som i det enskilda fallet är för handen, kan det under omständigheter uppstå rena förmögenhetsskador.¹⁵ Innan ett eventuellt ansvar kan åläggas den felande parten måste man dock beakta vissa förhållanden runt omkring den specifika rådgivningssituationen. Faktorer som kan inverka på rådgivningsansvarets omfattningen är exempelvis formen för rådets förmedlande samt omständigheterna under vilka det lämnades.

En studie av **råd i kontraktsförhållanden** i allmänhet, ger vid handen att det i svensk lagstiftning är relativt vanligt med ansvarsregler beträffande oaktsamt vilseledande av kontraktspart.¹⁶ Som exempel kan nämnas konsumenttjänstlagens (1985:716) 10 § som föreskriver att ett ansvar kan inträda för en näringsidkare som lämnat

”...uppgifter av betydelse för bedömningen av tjänstens beskaffenhet eller ändamålsenlighet som kan antas ha inverkat på avtalet...”¹⁷

Då det är fråga om immateriella tjänster har den svenska lagstiftaren emellertid valt att tåga. Såsom kommer att framgå av den fortsatta framställningen är man i dessa fall normalt hänvisad till en culpabedömning, vilken i

¹³ Kleineman, Jan, Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, doktorsavhandling, Stockholm 1987, s. 509.

¹⁴ Svenska akademien, Ordbok över svenska språket, 23:e bandet, Lund 1962, R 3568ff.

¹⁵ Inom vissa rådgivningsområden kan även person- och saksador aktualiseras; jfr exempelvis en läkares eller arkitekts rådgivning. Dylig rådgivningsverksamhet ligger emellertid utanför denna uppsats ramar och kommer därför inte att vidare behandlas.

¹⁶ Kleineman (1987), s. 510f.

¹⁷ §10 Konsumenttjänstlagen (1985:716). Lagen uppställer i §§ 4ff ett antal bestämmelser beträffande tjänstens beskaffenhet. Avgörande vid denna bedömning är i första hand - i den mån ett sådant är för handen - avtalets innehåll, 9 § st1 p 3. I avsaknad av särskilt avtal gäller såsom ett allmänt krav att tjänsten ska utföras på ett ”fackmässigt tillfredsställande sätt”, 4 § 1 st. En tjänst är enligt § 9 felaktig och således ansvarsgrundande bl. a. om resultatet avviker från detta krav. De i konsumenttjänstlagen uppställda ansvarsprinciperna torde emellertid, vilket även kommer att framgå av den fortsatta framställningen, inte vara analogt tillämpliga på immateriella tjänster.

brist på en lämplig måttstock inte sällan är komplicerad att genomföra.¹⁸ Det är dessutom oklart huruvida man vid en dylik individuell bedömning kan gå utanför den berörda yrkesgruppen.¹⁹

Råd som förmedlas inom privatlivets sfär anses normalt inte kunna för-
anleda skadeståndsskyldighet. Detta torde gälla även under den omständig-
heten att förmedlaren varit vårdslös.²⁰ Frågan är då hur långt det immuni-
tetsomfattande privatlivets område sträcker sig. Som exempel på ett svårbe-
dömt gränsfall kan nämnas en aktiemäklare som under en middag tillsam-
mans med vänner blir rådfrågad beträffande lämpliga värdepappersplace-
ringar.²¹ Enligt Kleineman är det faktum att rådet förmedlas vederlagsfritt
inte avgörande för ansvarsbedömningen. Avgränsningen av den privata sfä-
ren får enligt honom istället ske mot bakgrund av den s.k. tillitsprincipen,
vilken närmare kommer att behandlas nedan under 2.5.2.1. I korthet kan
denna princip, applicerad på det angivna fiktiva exemplet, beskrivas genom
att man ställer sig frågan i vilken utsträckning bordsgrannen under rådande
omständigheter kan anses ha haft anledning att förlita sig på rådet och om
denna tillit är befogad eller ej. En liknande bedömning görs i amerikansk
rätt där man i dylika sammanhang talar om s.k. ”curbstone advices”²² för
vilka ansvar kan utkrävas endast om informationen har förmedlats i en
kommersiell verksamhet.²³ Rättsläget i Sverige måste emellertid på denna
punkt, i brist på klargörande praxis, betraktas såsom oklart.

2.1.1 Finansiell rådgivning

Som en följd av de senaste årens utveckling på de finansiella marknaderna
och hushållens ändrade inställning till det privata sparandet, har behovet av
kvalificerad finansiell rådgivning ökat kraftigt. Bankers och andra finansin-
stituts rådgivningsverksamhet bedrivs, i likhet med exempelvis advokater
och revisorer, på professionell basis.²⁴ Professionell rådgivning vilar i all-
mänhet på ett uppdragsavtal och uppdragstagarens prestation utgörs av en
immateriell tjänst. Uttrycket ”immateriell tjänst” bestäms huvudsakligen
negativt och omfattar uppdrag som inte är knutna till fysiska föremål.²⁵ Vid
bankernas placeringsrådgivning är föremålet för rådgivningen olika former
av finansiella instrument såsom exempelvis aktier, obligationer och för-

¹⁸ Kleineman (1987), s. 512f.

¹⁹ Se framställningen nedan under 2.4.2.

²⁰ Bengtsson, Bertil, Särskilda avtalstyper I, 2:a upplagan, Stockholm 1976, s. 173f.

²¹ Jag bortser här från problematiken runt otillåten vidareförmedling av insider information enligt § 4 insiderlagen (1990:1342).

²² Curbstone är ett amerikanskt uttryck för engelskans kerbstone vilket betyder kantsten (i trottoarkanten). Uttrycket tar sikte på professionell rådgivning ”vid sidan av” ordinarie yrkesutövning.

²³ Kleineman (1998), s. 186.

²⁴ I denna uppsats kommer emellertid endast bankers och andra värdepappersinstituts rådgivning att behandlas. I avsaknad av lagreglering och vägledande praxis kommer dock – där så ter sig relevant – även principer utvecklade på närliggande rådgivningsområden att beröras. Möjligheten till analogislut är emellertid begränsad; jfr den fortsatta framställningen.

²⁵ Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 1:a häftet. Särskilda avtal, 2:a upplagan, Stockholm 1993, s. 193ff.

lagslån. Syftet är att tillgodose kundens behov av tidsomvandling och risk-spridning.²⁶ Det är emellertid omdiskuterat huruvida relationen mellan kund och bank vid placeringsrådgivning, såsom är fallet vid immateriella tjänster i allmänhet, ska anses vila på någon form av avtalsförhållande.²⁷ Distinktionen är inte minst ur ansvarssynpunkt av stor betydelse och kommer därför att beröras utförligare senare i framställningen.²⁸

Vad är det då som skiljer professionell rådgivning från andra yrkesområden? Förutom att det oftast förekommer en viss facklig standard är det framför allt verksamhetens karaktär som är utmärkande. Den professionella rådgivningen består normalt dels av ett rådgivningsmoment präglad av särskild sakkunskap, dels av en praktisk handling i form av en fackligt kvalificerad arbetsprestation.²⁹

2.2 Nuvarande lagstiftning på den finansiella marknaden

Den svenska lagstiftningen innehåller en relativt omfattande reglering av bankers och andra finansiella aktörers verksamheter. En övervägande del av denna reglering är emellertid av offentligrättslig karaktär. Då det är frågan om bankers och finansiella institutioners privaträttsliga ansvar lämnar lagstiftaren därför föga vägledning. Varken konsumenttjänstlagen (1985:716) eller konsumentförsäkringslagen (1980:38) är tillämpliga på den finansiella marknaden. Konsumentkreditlagen (1982:230) innehåller i §§ 5-8 vissa bestämmelser angående bl. a. kreditgivares informationsskyldighet och skyldighet att tillvarata konsumentens intresse.³⁰ Det är emellertid högst tveksamt huruvida dessa regler kan anses ge uttryck för allmänna bankrättsliga principer, tillämpliga även vid finansiell rådgivning.³¹

Svensk lagstiftning saknar alltså regler om ansvar vid finansiell rådgivning. Befintliga regler tar istället framför allt sikte på själva bankverksamheten, dess tillsyn och kontroll samt vissa därmed sammanhängande frågor. Nämnas kan exempelvis bankrörelselagen (1987:647), bankaktiebolagslagen (1987:618), sparbankslagen (1987:619) och lag (1995:1570) om medlemsbanker. De tre sistnämnda innehåller associationsrättsliga regler utformade för att passa de olika associationsformerna medan den förstnämnda, bankrörelselagen (BRL), är utformad såsom en ramlag med gemensamma bestämmelser för samtliga bankgrupper. I 5 kap. BRL återfinns ett antal regler beträffande skadestånd. Dessa gäller emellertid endast skadestånd gentemot

²⁶ Jfr Pålsson/Samuelsson, s. 533.

²⁷ Gorton, s. 311.

²⁸ Jfr 2.3 samt 2.4 nedan.

²⁹ Jørgensen, Stig/Wanscher, Torben, Professionellt ansvar i skandinavisk ret, Juristen 1967, s. 425.

³⁰ Vid sidan av konsumentkreditlagen har det även i domstolspraxis vuxit fram en viss "privaträttslig" informationsplikt för kreditgivare i samband med borgensåtaganden, jfr NJA 1997 s. 524. I vilken omfattning denna skyldighet kan ges en allmän giltighet är emellertid oklart.

³¹ Jfr Gorton, s. 302.

banken och berör främst stiftare, huvudmän, styrelseledamöter samt delegater, BRL 5:1, 1 men. Nämnas kan även lag (1991:980) om handel med finansiella instrument (LHF) som i 2 kap 1§ innehåller regler om det s.k. prospektansvaret. Denna paragraf uppställer en skyldighet för företag att - under omständigheter - vid emission av fondpapper eller vid erbjudande om köp eller försäljning av finansiella instrument, upprätta prospekt. Även denna regel är emellertid av offentligrättslig karaktär varför den inte kan åberopas av enskilda som grund för ett skadeståndsanspråk.³² Prospektansvaret tangerar i viss mån informations- och rådgivningsansvaret men kommer av utrymmesskäl inte att behandlas vidare i denna uppsats.

Bestämmelser om de finansiella företagens förmedlingsverksamhet återfinns i ett antal författningar om börs och värdepapper. Hit hör i första rummet lag om handel med finansiella instrument (1991:80), lag om värdepappersrörelse (1991:981), insiderlagen (1990:1342) och lag om börs och clearingverksamhet (1992:543). I likhet med övrig lagstiftning hänförlig till bank- och finansväsende, är det huvudsakligen fråga om regler för hur verksamheten ska bedrivas. Även om domstolarna hittills endast i ett fåtal fall har lagt administrativ lagstiftning till grund för ett privat skadeståndsanspråk³³, finns det ett antal lagrum som, inte minst för rättsläget de lege ferenda, bör uppmärksammas. Lagen om värdepappersrörelse innehåller exempelvis i 1 kap. 7§ en bestämmelse som kan sägas utgöra den rättsliga ramen för finansiell rådgivning. Den uppställer i första stycket ett krav på att en värdepappersrörelse ska bedrivas så att allmänhetens förtroende för värdepappersmarknaden upprätthålls och enskildas kapitalinsatser inte otillbörligen äventyras samt i övrigt så att rörelsen kan anses sund. Tillägget om att rörelsen ska bedrivas så att den kan anses sund, motsvarar i viss mån den s.k. sundhetsbestämmelsen som sedan länge funnits i den svenska banklagstiftningen.³⁴ Av central betydelse är emellertid paragrafens andra stycke där det bl. a. framgår att ett värdepappersinstitut i sina kontakter med kunder ska lämna tillräcklig information om sådana omständigheter som är väsentliga i sammanhanget samt även inhämta uppgifter om kundernas ekonomiska situation, erfarenheter av värdepappersmarknaden och syftet med de tjänster de

³² Aktiebolagskommittén har i sitt slutbetänkande i SOU 2001:1 föreslagit ändringar av reglerna om prospektskyldigheten för att på så sätt anpassa den svenska lagstiftningen till de ledande internationella kapitalmarknaderna. Prospektreglerna i svensk lagstiftning finns idag inte endast i nämnda lag om handel med finansiella instrument, utan även i 15 kap aktiebolagslagen (1975:1385). Aktiebolagslagen innehåller, till skillnad från LHF, regler om organledamöters skadeståndsansvar gentemot bolaget eller aktieägare; dock inga bestämmelser som möjliggör för aktieägare att få skadestånd av bolaget p g a fel eller brister i ett emissionsprospekt. Med hänsyn härtill har Aktiebolagskommittén i SOU 2001:1 föreslagit vissa ändringar i 15 kap aktiebolagslagen. För vidare information om detta spörsmål hänvisas till SOU 2001:1 samt ett delbetänkande publicerat i SOU 1997:22.

³³ I NJA 1993 s 163 hänvisade HD i sina domskäl till bl. a. 2 kap. 13§ BRL då man tog ställning till huruvida en bank hade gjort sig skyldig till otillfredsställande kreditprövning i samband med ett borgensåtagande. HD konstaterade att regeln inte primärt tar sikte på att reglera enskilda kontraktsförhållande men slog samtidigt fast att bestämmelsen, i den mån den åsidosatts, under vissa omständigheter kan användas för att bedöma huruvida en bank har åsidosatt grundläggande förutsättningar för ett borgensåtagande. Jfr härtill även NJA 1997 s 524 där HD i sina domskäl hänvisade till Finansinspektionens Allmänna råd vid bedömningen av huruvida ett finansinstitut gjort sig skyldig till en otillräcklig kreditprövning i samband med en borgensförbindelse.

³⁴ Jansson, Per-Ola, Regelbildningen på värdepappersmarknaden, Stockholm 1995, s. 137.

efterfrågar. Detta andra stycke i 1 kap. 7§ lag om värdepappersrörelse motsvarar till sitt innehåll artikel 11.1 i Rådets Direktiv 93/22 EEG om investeringstjänster inom värdepappersområdet - det s.k. investeringstjänstdirektivet³⁵ - och kan ses som en form av precisering av sundhetskravet i paragrafens första stycke. Enligt tredje stycket får regeringen eller - efter bemyndigande från regeringen - Finansinspektionen utfärda föreskrifter i anslutning till de båda första styckena i paragrafen. Denna möjlighet till precisering har emellertid endast undantagsvis utnyttjats av myndigheterna.³⁶

Även om 1 kap. 7§ till sitt innehåll torde lämpa sig väl såsom utgångspunkt för utformandet av ett informations- och rådgivningsansvar för banker och andra finansinstitut, kan konstateras att bestämmelsen i princip lämnats obeaktad både av de svenska domstolarna och i doktrinen.³⁷ Om en bank i sin verksamhet underlåter att agera i enlighet med riktlinjerna i 1 kap. 7§ kan finansinspektionen, i sin roll som tillsynsmyndighet för den finansiella marknaden, endast rikta kritik mot den berörda banken. Någon vitessanktion finns enligt dagens lagstiftning inte att tillgå för myndigheten. I yttersta fall kan en felande bank, vilket dock är mycket sällsynt, drabbas av indragning av sitt tillstånd (oktroj), 1 kap. 2§ BRL.

En av få lagar inom området som uttryckligen behandlar privaträttsligt ansvar i förhållande till uppdragsgivaren/kunden är lag (1989:508) om försäkringsmäklare vars §§ 13 och 14 lyder enligt följande:

13 §. "Försäkringsmäklaren skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och med iakttagande av god försäkringsmäklarsed. [...] Försäkringsmäklaren skall, i den utsträckning som omständigheterna kräver det, klarlägga uppdragsgivarens behov av försäkring och, i förekommande fall, tjänster i samband med sparande samt föreslå lämpliga lösningar.

14 §. Om försäkringsmäklaren uppsåtligt eller av oaktsamhet åsidosätter sina skyldigheter enligt 13 §, skall han ersätta den skada som till följd av detta drabbar en uppdragsgivare, en försäkringsgivare, ett fondbolag, ett utländskt fondföretag eller någon som härleder sin rätt från uppdragsgivaren.

Såsom konstaterats ovan saknas det alltså i svensk rätt, till skillnad från vårt grannland Norge, lagstiftning beträffande rådgivning och rådgivningsansvar. I Norge antogs nyligen en lag om finansavtal och finansuppdrag (finansavtalslagen) som trädde i kraft den 1 juni 2000. Lagen innehåller en särskild bestämmelse om finansiella rådgivare (89 §) som föreskriver att den finansiella rådgivaren är skyldig att inom ramen för lagens bestämmelser och efter bästa förmåga, tillvarata klientens intressen utan tanke på utomstå-

³⁵ Den svenska versionen av Art 11 Dir 93/22 återfinns i fulltext i bilaga 1 nedan.

³⁶ I FFFS 1998:21 om handel och tjänster på värdepappersmarknaden har Finansinspektionen i 1 kapitlet, om än i högst begränsad omfattning, preciserat vissa delar av de allmänt hållna kraven i 1 kap. 7§ lagen om värdepappersrörelse. Således uppställer FFFS 1998:21 i 1 kap. 7§ ett krav på skriftlig information beträffande de särskilda risker som handeln med derivatinstrument kan innebära. Se härtill framställningen under 2.5.1.

³⁷ På denna punkt kan man notera en intressant skillnad mellan svensk och tysk rätt. Högsta domstolen i Tyskland, BGH, har nämligen i sin praxis - till skillnad från HD - utgått från det sedan 1995 i tysk rätt implementerade Dir 93/22 för att utforma värdepappersinstitutets informations- och rådgivningsansvar vid handel med finansiella instrument. Se vidare här om kapitel 3 "Rättsläget i Tyskland" samt kapitel 4 "Komparativa aspekter"!

ende hänsyn.³⁸ Även i Danmark har man diskuterat möjligheterna till lagstiftning på detta område.³⁹ I avsaknad av lagstiftning har det i Sverige emellertid inom vissa branscher utvecklats olika former av kutymer och etiska regler samt på sina håll branschsedvänjor och avtalsstandarder. Vad gäller finansiell rådgivning håller Svenska Fondhandlareföreningen på att utarbeta ett s.k. licensieringsprogram med bl. a. kompetenskrav för anställda inom den svenska värdepappersmarknaden. Programmet beräknas tas i bruk först under första kvartalet 2001. Huruvida denna kommer att leda till en framtida en branschsedvana återstår att se.⁴⁰ I övrigt får man av allt att döma falla tillbaka på allmänna regler om sysslomän i HB kap. 18, allmänna skadeståndsrättsliga regler samt avtalsformulär.⁴¹

2.3 Rådgivningsförhållandet

Innan ansvarsfrågan kan analyseras måste man ha den juridiska strukturen av relationen mellan bank och kund vid en rådgivningssituation klar för sig. En förutsättning för att ett kontraktsrättsligt ansvar ska uppstå är att någon form av rådgivningsavtal har träffats. För den framtida ansvarsfrågan är det således av yttersta vikt att man kan fastslå om ett rådgivningsförhållande är förhanden eller ej samt i förekommande fall, huruvida detta är av inom- eller utomkontraktuell karaktär.⁴²

I det stora flertalet fall torde professionell rådgivning föregås av ett avtalslut.⁴³ Så är emellertid inte alltid fallet. Frågan är då vad som, i avsaknad av ett formellt rådgivningsavtal, krävs för att ett rådgivningsförhållande mellan bank och kund ska anses föreligga. HD har i rättsfallet NJA 1992 s. 243 berört problematiken. I sina domskäl uttalar HD följande:

”Det är tydligt att Anna-Stina H uppfattade Yngve H som sin ekonomiske rådgivare i affären. Hon har också haft goda skäl för sin uppfattning med tanke på Yngve L:s mångåriga engagemang som revisor i bolaget och som biträde i familjens deklarationsfrågor. [...] Det

³⁸ Se SOU 2000:29 ”Starka konsumenter i en gränslös värld”, s. 154. Jfr även Gorton, s. 306f.

³⁹ Hösten 1998 överlämnade en dansk statlig utredning ett betänkande om rådgivningsansvar – ”Rådgiveransvar”, bet. 1362, november 1998. Man slog här, mot bakgrund av dansk rättspraxis, bl. a. fast att en felaktig rådgivning som innebär en ekonomisk förlust för den rådsökande bör föranleda skadeståndsansvar för rådgivaren. Betänkandet föranledde dock aldrig någon lagstiftningsåtgärd från den danska lagstiftarens sida. Källa: SOU 2000:29, s. 154.

⁴⁰ <http://www.fondhandlarna.se/licensiering/index.html>

⁴¹ Gorton, s. 305.

⁴² Ren förmögenhetsskada ersätts i princip ej i utomobligatoriska fall varför det är av stor vikt att rättsförhållandet bygger på avtalsrättslig basis, jfr Hellner, Jan, Skadeståndsrätt, 5:e upplagan, Stockholm 1995, s. 68. Undantag från denna princip aktualiseras emellertid vid *culpa in contrahendo*, dvs vållande i samband med ingående av avtalet. Ersättning kan då under omständigheter erhållas för det s.k. negativa kontrakttsintresset; Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I, 11:e upplagan, Lund 2000, s. 107f. Jfr även Skadeståndslagen (1972:207) 2:4 som vid brott medger ersättning för ren förmögenhetsskada även i utomkontraktuella situationer.

⁴³ I det enskilda fallet är det emellertid inte sällan, i brist på dokumentation, svårt att fastställa det exakta innehållet av ett dylikt avtal.

kan icke ha undgått Yngve L – som på intet sätt synes ha markerat en annan mening – att Anna-Stina H, vilken enligt vad utredningen visar ej biträdades från annat håll, såg Yngve L som sin ekonomiske rådgivare i aktieaffären. Vid sådana förhållanden måste anses ha uppkommit ett uppdragsförhållande mellan Anna-Stina H och Yngve L.”⁴⁴

Avgörande för huruvida ett uppdragsförhållande ska anses föreligga eller ej synes enligt HD:s resonemang således vara kundens/uppdragsgivarens befogade tillit till den förmedlade informationen.⁴⁵ HD tycks i detta avgörande ansluta sig till den av Kleineman utvecklade - ovan nämnda - principen om tillitsansvar.⁴⁶ Trots att NJA 1992 s. 243 gällde ekonomisk rådgivning i form av skatterådgivning, torde den däri utvecklade principen även gälla i förhållandet mellan bank och kund vid finansiell rådgivning.⁴⁷

Bankerna centrala roll i samhällsekonomin har medfört att deras verksamhet sedan länge har varit förbunden med en hög grad av tillit. I de fall en kund uppsöker en bank i ekonomiska angelägenheter, vilket exempelvis kan vara fallet vid köp av värdepapper, är det därför normalt att denne hyser ett stort förtroende för den information och de råd banken förmedlar. Detta förhållande är bankerna väl medvetna om. Mot bakgrund av HD:s uttalande i NJA 1992 s. 243 torde det därför endast undantagsvis vara tvistigt att ett rådgivningsuppdrag är för handen. Banken befinner sig dock inte generellt i en rådgivningssituation i förhållande till sina kunder, vilket framgår av HD:s resonemang i NJA 1996 s. 3.⁴⁸ Man får istället se till omständigheterna i det enskilda fallet för att korrekt kunna bedöma huruvida ett rådgivningsförhållande föreligger. Tips eller råd i finansiella angelägenheter som erhålls av bankens kassapersonal, torde aldrig ge upphov till en ansvarsgrundande rådgivningssituation.⁴⁹ Inte heller allmänna uttalanden av bankerna såsom exempelvis förutsägelser om den framtida utvecklingen på världsbörserna, kan anses innefatta ett juridiskt bindande uttalande.⁵⁰

2.3.1 Sysslomannaavtal enligt HB 18 kap.

Handelsbalkens 18 kap. ”Om sysslomän eller ombudsmän” reglerar s.k. sysslomannaavtal, vars rättsliga struktur kan liknas vid en form av uppdragsavtal. Med sysslomannaavtal avses ett uppdrag att företa rättshandlingar eller sköta ärenden för en annans räkning. Om arbetet är vederlagsfritt eller ej, är härvidlag utan betydelse. Till kategorin sysslomän hänför sig bl. a. advokater, handelsagenter och kommissionärer men även den som åtar sig

⁴⁴ NJA 1992 s. 243 (s. 255).

⁴⁵ Jfr även HD:s dom i NJA 1957 s. 621.

⁴⁶ Kleineman (1987), s. 466ff.

⁴⁷ Denna åsikt stöds bl. a. Pålsson/Samuelsson, Banks ansvar för ekonomisk rådgivning, SvJT 1999 s. 542, Lycke, Banks ansvar vid placeringsrådgivning, SvJT 2000 s. 508 samt Kleineman (1998), s. 187.

⁴⁸ På denna punkt är emellertid Pålsson och Samuelsson av en annan åsikt. De menar att det i den mån banken inte uttryckligen gör klart för kunden att något uppdragsförhållande inte föreligger, är berättigat för kunden att utgå från att så är fallet. Man förespråkar således en form av presumtion för ett rådgivningsförhållande i dylika situationer. Se Pålsson / Samuelsson, s. 542.

⁴⁹ Kleineman (1998), s. 194.

⁵⁰ Gorton, s. 311.

att ombesörja någons ekonomiska angelägenheter.⁵¹ Detta medför att även banker och andra finansinstitut samt deras tjänstemän i vissa fall torde kunna betraktas som sysslomän.

Karaktäristiskt för sysslomannaskapet är att det mellan de inblandade parterna föreligger ett förtroendeförhållande. Sysslomannen är i linje härmed skyldig att beakta en relativt långtgående omsorgsplikt i förhållande till huvudmannen/uppdragsgivaren, vilket även framgår av 18 kap. 1§ HB. Den exakta innebörden av denna omsorgsplikt är emellertid beroende av omständigheterna i det enskilda fallet och kan således innefatta en mängd olika förpliktelser.⁵² Brister sysslomannen i sin omsorgsplikt, vilket exempelvis kan vara fallet om denne avviker från uppdragsgivarens instruktioner eller utför uppdraget på ett inkorrekt sätt, kan skadeståndsskyldighet i förhållande till uppdragsgivaren aktualiseras. Skadeståndsansvar kräver att bristen i sysslomannens omsorgsplikt är att hänföra till ett culpöst handlande från dennes sida, 18 kap. 4§ HB. Vad som under de givna omständigheterna ska anses utgöra culpa får avgöras med beaktande av den egenskap vari sysslomannen ingått det aktuella avtalet.⁵³ Utgångspunkt torde vara den skicklighet och aktsamhet i uppdragets utförande som normalt kan förväntas av en specifik yrkeskår samt i förekommande fall branschsedvana.

Såsom konstaterats ovan under 2.2 torde reglerna i HB 18 kap., i brist på speciell reglering, vara tillämpliga även vid finansiell rådgivning. Meningarna härom går emellertid isär och i avsaknad av klargörande domstolsavgöranden kan man inte med säkerhet slå fast huruvida så verkligen är fallet.⁵⁴ Avtalstyperna uppvisar icke desto mindre ett antal intressanta likheter. Båda kan hänföras till kategorin immateriella uppdrag/tjänster samtidigt som förtroendet mellan uppdragsgivare och uppdragstagare är av central betydelse. I doktrinen förefaller man i vilket fall vara överrens om att de principer som kommer till uttryck i HB 18 kap. - framför allt 1§ och 4§ - , även om de inte är direkt tillämpliga, utgör allmänt vedertagna riktlinjer för hur ett uppdrag bör genomföras. Förutsatt att inget annat har avtalats mellan parterna torde dessa således, om inte annat indirekt, vara tillämpliga även vid finansiell

⁵¹ Bengtsson, s. 149. Jfr även Hellner, Speciell avtalsrätt II, s. 193ff.

⁵² Jfr Hellner, Speciell avtalsrätt II, s. 199.

⁵³ Bengtsson, s. 157f.

⁵⁴ Gorton konstaterar att man i avsaknad av speciell reglering beträffande ekonomisk och finansiell rådgivning synes få falla tillbaka på allmänna regler om sysslomän, Finansiella institutioners rådgivningsansvar [...], s.305. Denna åsikt vinner stöd även av Konsumentpolitiska kommitténs uttalande i SOU 2000:29, s. 151. Hellner ser emellertid saken lite annorlunda. Han har valt att göra en uppdelning av immateriella tjänster i personliga uppdrag och vad han kallar företagsuppdrag. Ett personligt uppdrag ska utföras av en viss utpekad person, ehuru denne ibland kan överlåta en del av arbetet till medhjälpare eller under omständigheter även anlita fristående företagare. Under personliga uppdrag förstår Hellner exempelvis advokater, revisorer samt ekonomiska konsulter. Här är förtroendet till uppdragstagaren en viktig faktor. Denna kategori innefattar enligt honom dock inte rådgivning om penningplacering som han istället hänför till företagsuppdrag. Vid företagsuppdrag står enligt Hellner företaget och således inte någon särskild person i förgrunden. Företaget låter den befattningshavare utföra uppdraget som företaget själv bestämmer. Det saknas alltså, till skillnad från vad som är fallet vid personliga uppdrag, en utpräglad förtroendekaraktär. Hellner konstaterar att endast personliga uppdrag faller under HB 18 kap. vilket medför att bestämmelserna, enligt honom, icke är direkt tillämpliga vid finansiell rådgivning. Jfr Hellner, Speciell avtalsrätt II, s. 193ff och s. 217.

rådgivning.⁵⁵ I linje härmed bör det således åligga finansiella rådgivare en omsorgsplikt gentemot kunden. Vad denna i praktiken innebär är emellertid oklart.

2.4 Allmänt om finansiella institutioners ansvar

Innan ett privaträttsligt skadeståndsanspråk kan aktualiseras gentemot en bank eller annan finansiell institution i samband med rådgivning, måste vissa förutsättningar vara uppfyllda. För det första måste det föreligga ett rådgivningsförhållande mellan bank och kund som i sig bottnar i någon form av kontraktuell eller kvasikontraktuell relation. Såsom konstaterats ovan under 2.4 är det emellertid inte sällan, i avsaknad av ett formellt avtalsslut, svårt att med säkerhet avgöra huruvida så är fallet eller ej. Ur ansvarssynpunkt är denna bedömning icke desto mindre av betydande intresse, eftersom olika regler aktualiseras beroende på vilken karaktär bank/kund relationen har i det enskilda fallet. Normalt torde man emellertid kunna utgå från att nämnda förhållande baserar sig på någon form av avtal.⁵⁶ Som en andra förutsättning för ansvar gäller att kunden ska ha drabbats av en ren förmögenhetsskada⁵⁷ samt att det föreligger ett orsakssamband mellan denna skada och den av banken förmedlade informationen.⁵⁸ Slutligen måste även vissa subjektiva förutsättningar vara uppfyllda för att ett ansvar ska inträda. Det ska således föreligga en ansvarsgrund vilken vid rådgivning exempelvis kan utgöras av vårdslöshet eller någon form av garantiutfästelse från uppdragstagarens sida.

I den följande framställningen beträffande svenska finansiella institutioners rådgivningsansvar görs en uppdelning i informationsansvar respektive metodansvar.⁵⁹ Med informationsansvar förstås en professionell rådgivares skyldighet att förvissa sig om att kunden i det enskilda fallet har förstått innebörden av samt eventuella risker med en viss placering. Rådgivaren ska således förmedla sin information på ett sätt som innebär att inga missförstånd uppstår i förhållande till kunden.⁶⁰ Metodansvaret kan definieras som det ansvar en rådgivare bär för att de av honom förmedlade råden grundar

⁵⁵ Jfr Bengtsson, s. 150 och s.172 samt Hellner, Speciell avtalsrätt II, s. 217. Hellner tycks dock endast medge en sådan tolkningsmöjlighet då det är frågan om fall där gränsdragning mellan personligt uppdrag och företagsuppdrag är obestämd. Finansiell rådgivning torde av allt att döma utgöra ett sådant gränsfall.

⁵⁶ Gorton, s. 310f.

⁵⁷ En legaldefinitionen av ren förmögenhetsskada uppställs i 1 kap. 2§ SkL och lyder enligt följande: "Med ren förmögenhetsskada förstås i denna lag sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada."

⁵⁸ Kleineman (1998), s. 199ff.

⁵⁹ Uppdelningen/begreppsbyggnaden torde inte vara allmänt vedertagen i juridiska sammanhang men används bl. a. i arbeten av Kleineman, Lycke och Pålsson/Samuelsson. Meningsskiljaktigheter råder emellertid mellan Lycke och Pålsson/Samuelsson beträffande frågan huruvida ett metodansvar överhuvud kan aktualiseras vid finansiell rådgivning. Jfr härtill punkterna 2.5 samt 2.6 nedan!

⁶⁰ Den exakta innebörden av informationsansvaret/plikten torde få avgöras från fall till fall med beaktande av den enskilda kundens kunskaper om samt erfarenheter av den finansiella marknaden och dess funktion. Jfr HD:s uttalande i NJA 1995 s. 693 (fallet behandlas nedan under 2.5.1).

sig på sådana undersökningar som skäligen kan krävas av en yrkesutövare av det aktuella slaget. Vid placeringsrådgivning är det emellertid inte sällan, i brist på allmänt vedertagna yrkesprinciper och klargörande praxis, problematiskt att i det enskilda fallet ta ställning till huruvida metodansvaret har trätts förnär. Spörsmålet kommer att behandlas utförligare nedan.

2.4.1 Ansvarsgrunder – resonemang runt culpa

Med en ”culpabedömning” åsyftas bedömningen av den grad av oaktsamhet som medför skadeståndsskyldighet. Grundläggande vid en culpabedömning är att fastställa huruvida den påstått oaktsamme borde ha handlat på ett annat sätt än han faktiskt gjort. Det primära vid denna bedömning är att hitta en standard med vilken man kan jämföra det handlande som förekommit. Man brukar säga att den påstått oaktsamme ska ha överträtt eller åsidosatt en aktsamhetsnorm – en handlingsregel.

Den traditionella uppfattningen är att skadeståndsgrundande oaktsamhet föreligger om man underlåter att iaktta den grad av aktsamhet som är karaktäristisk för en god familjefar, en s.k. ”bonus pater familias”. Denna uppfattning får nu emellertid anses övergiven och begreppet ”bonus pater familias” är idag snarare att betrakta som ett historiskt institut vars praktiska funktion är minimal. Culpabedömningen görs numera framför allt mot bakgrund av lagstadganden och andra föreskrifter samt i viss mån prejudikat. Endast en begränsad del av culpabedömningen sker genom en jämförelse med sedvanan.

Om inte författningar, prejudikat eller sedvana ger tillräcklig ledning är domstolen hänvisad till en fri bedömning av kraven på handlandet. Denna bedömning sker genom att domstolen beaktar ett antal faktorer såsom risken för skada, den sannolika skadans storlek, möjligheterna att förekomma skadan samt den handlandes möjligheter att inse risken för skada. Domstolen gör en helhetsbedömning och väger de olika faktorerna mot varandra för att sedan komma fram till om den specifika situationen krävde ett annat handlande än det som förekommit.⁶¹

2.4.2 Culpa vid rådgivning

Vid rådgivning inriktas culpabedömningen på om uppdragstagaren/rådgivarens handlande framstår som oaktsamt eller försumligt, vilket torde vara en förutsättning för att ett rådgivaransvar ska kunna inträda.⁶² För det fall en rådgivare lämnat en garanti beträffande innehållet i sina råd kan emellertid även ett strikt ansvar aktualiseras. I praktiken torde dock dylika garantier vara sällsynta. Även om kunden mot bakgrund av rådgivarens ordval eller uttryckssätt får intryck av att en garanti har avgivits, är det i de flesta fall snarare fråga om uttalande från rådgivarens sida ägnade att öka den rådfrå-

⁶¹ Hellner, Skadeståndsrätt, s. 123ff.

⁶² Kleineman (1998), s. 187 samt Bengtsson, s. 158 och s. 172. HD har emellertid i sin praxis i vissa fall uppställt ett s.k. presumtionsansvar. Något sådant ansvar torde dock inte bli aktuellt vid finansiell rådgivning.

gandes tillit till uppgifterna. I sådana situationer blir det under omständigheter istället fråga om en skärpt vårdslöshetsbedömning.⁶³

Frågan som då ställer sig är när en rådgivare ska anses ha varit vårdslös i sin rådgivning. Enligt den ovan nämnda culparegeln gäller det att finna den aktsamhetsstandard som skäligen kan krävas av en viss profession.⁶⁴ Denna standard kan exempelvis framgå av lagstiftning, branschsedvana eller andra yrkesnormer på det aktuella området. Avviker rådgivaren i sin verksamhet från dessa normer torde ett culpöst beteende kunna presumeras.⁶⁵ För vissa yrkeskategorier, såsom exempelvis finansiell rådgivning, finns det emellertid varken vägledande lagstiftning eller branschnormer att tillgå vid culpabedömningen. Domstolen är då hänvisad till en individualiserad bedömning vid vilken man i det stora flertalet fall inte torde kunna gå utanför den berörda yrkesgruppen.⁶⁶ Culpabedömningen kan således utfalla olika beroende på vilken form av rådgivningsverksamhet det i det enskilda fallet är fråga om. För den fortsatta framställningen beträffande finansiella rådgivares informations- respektive metodansvar är sistnämnda konstaterande av stort intresse, inte minst då flertalet rättsfall på området hänför sig till andra yrkeskategorier. I vilken omfattning analogislut kan accepteras är oklart.⁶⁷

En intressant fråga i sammanhanget är om ansvaret vid en culpabedömning kan variera beroende på den enskilda rådgivarens kunskapsnivå. Inte minst i förhållande till banker blir detta spörsmål högtintressant då deras organisationer inrymmer ett stort antal verksamhetsområden samtidigt som man inte alltid kan erbjuda den sakkunskap som specialister besitter. Är banken alltid att betrakta som en kvalificerad expert eller ska den med ansvarssänkande verkan kunna åberopa att rådgivningsverksamhet normalt inte utgör dess huvudverksamhet? I svensk doktrin har denna problematik diskuterats av bl. a. Kleineman som hävdar att det inte kan bli frågan om någon ansvarslindring för bankerna och hänvisar då främst till bankernas ställning som förtroendeingivande yrkesutövare i samhället. Väljer bankerna att biträda sina kunder med rådgivning inom ett visst område, får de även svara enligt den professionella måttstock som gäller för övriga yrkesutövare inom aktuellt gebit.⁶⁸

2.4.2.1 Tillitsprincipen

Culpabedömningens omfattning och innebörd påverkas även av den s.k. ”tillitsprincipen”, vilken kort berörts ovan under 2.2. Enligt Kleineman bör

⁶³ Kleineman (1998), s. 188.

⁶⁴ Jfr resonemang runt culpabedömningen under 2.5.1 ovan!

⁶⁵ Heuman anser emellertid att det inte kan föreligga en direkt koppling mellan en branschnorm och en culpabedömning i ett skadeståndsmål. Han använder då begreppet ”god advokatsed” som exempel och hävdar att även för de fall en advokat har tilldelats en erinran i disciplinär ordning möjligheten består att ett skadeståndsansvar gentemot klienten uteblir, Advokatens rättsutredningar – metod och ansvar, Stockholm 1987, s. 24f.

⁶⁶ Kleineman (1987), s. 512f.

⁶⁷ Problematiken har uppmärksamats av Gorton men berörs i övrigt mycket sparsamt i doktrinen. Jfr Gorton, s. 312.

⁶⁸ Kleineman, Lender Liability – ett skadeståndsrättsligt perspektiv på 1990-talets finansiella kris, JT 1992/93, s. 307f.

således branschnormer och liknande yrkesetiska regler endast utgöra en utgångspunkt för en culpabedömning i rådgivningsfall.⁶⁹ Man får istället i det enskilda fallet bedöma bankens ansvar mot bakgrund av den tillit uppdragsgivaren/kunden med fog kunnat fästa vid uppdraget.⁷⁰ En person vars kunskaper inom ett visst område är begränsade ska kunna anförtro en expert frågor och problem som han själv inte är i stånd att lösa. Den befogade tilliten kan emellertid variera beroende på yttre omständigheter vid den specifika rådgivningssituationen, såsom exempelvis formen för rådets förmedlande, tidpunkten och platsen. De olika tillitsfaktorerna får vägas mot varandra vid ansvarsbedömningen i det enskilda fallet.⁷¹

2.4.3 Resultatansvar

Med resultatansvar avses rådgivarens eventuella ansvar för att den förmedlade informationen leder till ett av kunden uppställt mål. Det kan vid finansiell rådgivning exempelvis handla om en önskan från kundens sida att med en viss placering eller placeringsstrategi uppnå en viss procentuell ökning av det satsade kapitalet. Förutsatt att rådgivaren inte har åtagit sig att uppnå ett speciellt resultat i form av en utfästelse eller garanti, anses denne normalt inte bära ett resultatansvar.⁷² Såsom konstaterats ovan under 2.5.2 torde emellertid garantiåtaganden endast undantagsvis lämnas vid rådgivningsverksamhet i allmänhet. Att så är fallet även vid finansiell rådgivning ligger i linje med den finansiella marknadens oförutsägbarhet. Då bankers och andra finansinstituts placeringsrådgivare aldrig har tillgång till all relevant information beträffande marknaden och dess aktörers förehavanden, föreligger det normalt alltid ett visst spekulationsmoment vid en placering i värdepapper.⁷³

Allmänna reklamationsnämnden (ARN) ger sin syn på frågan om resultatansvar vid finansiell rådgivning i ett beslut från 1994 (ärende nr. 94-0670):

”Det ligger i sakens natur att råd som lämnas i samband med kapitalplacering i värdepapper, fonder och liknande kan visa sig vara mindre goda. Normalt kan inte rådgivaren hållas ansvarig för att en sådan kapitalplacering givit annat resultat än vad man förväntat sig. Annorlunda förhåller det sig om rådgivaren varit sviklig eller gjort utfästelser om faktiska omständigheter som kan sakna grund.”

ARN:s yttrande utgör dock endast oförbindande rekommendationer till parter om hur en tvist i ett enskilt fall enligt nämnden bör lösas. Besluten är inte exigibla. Det är således högst oklart vilken vikt som bör tillmätas dylika

⁶⁹ Kleineman, Tekniska konsulter skadeståndsansvar för vilseledande information, JT 1994/95, s. 703.

⁷⁰ Jfr HD:s uttalande i det s.k. Kone-fallet NJA 1987 s. 692 där tillitens betydelse vid en culpabedömning slås fast.

⁷¹ Heuman, s. 22f. Jfr även Kleineman (1992/93), s. 312.

⁷² Heuman, s. 25f.

⁷³ För att undvika intressekonflikter samt olika former av insiderförehavanden inom bankerna ligger de olika verksamhetsgrenarna avskilda från varandra - man brukar i bankvärlden tala om s.k. ”chinese walls”. Huruvida denna struktur fungerar tillfredsställande i praktiken kan emellertid diskuteras. Detta spörsmål ligger dock utanför ramarna för denna framställning.

uttalanden vid en ansvarsbedömning.⁷⁴ Med hänsyn härtill kommer ARN:s yttranden endast undantagsvis att behandlas i den fortsatta framställningen.

2.5 Informationsansvar

När man talar om bankers och andra finansiella institutioners informationsansvar åsyftas i regel det ansvar den professionella rådgivaren bär för att inga missförstånd uppstår vid rådgivningen, samt den skyldighet denne har att informera kunden om de specifika risker som är förknippade med en viss kapitalplacering. Underlåtenhet att informera om väsentliga förhållanden är den skadestandsgrund som i Sverige oftast åberopas i mål mot rådgivare. Endast en bråkdel av dessa mål rör emellertid, vilket kommer att framgå av ett antal nedan presenterade HD avgöranden, finansiell rådgivning. Även om det i skrivande stund finns ett antal intressanta fall på området som är på väg uppåt i instansordningen, har man de senaste åren inte sett det tillskott av nya fall som många kanske hade förväntat sig.⁷⁵ En orsak kan vara att berörda banker vid klagomål från kunder i större utsträckning försöker göra upp i godo för att på så sätt undvika negativ publicitet. I brist på relevanta undersökningar rör det sig dock endast om spekulationer.

Såsom konstaterats ovan under punkten 2.5.2 är det oklart i vilken utsträckning de principer som genom praxis utvecklats på andra rådgivningsområden kan anses gälla även vid finansiell rådgivning. Eftersom den aktsamhetsnorm som styr olika yrkeskategoriers agerande kan variera, torde i vilket fall stor försiktighet vara påkallad vid denna bedömning. Flera av de rättsfall som i den följande framställningen kommer att behandlas representerar icke desto mindre, i brist på direkt tillämpliga avgöranden, rådgivningsansvar utanför den finansiella sfären. De belyser dock frågan om informationsansvar/plikt och ger i ett flertal fall uttryck för principer vars tillämpningsområde torde sträcka sig utöver respektive rådgivningskategoris gränser.

Vid en analys av informationsansvaret är det - med hänsyn till skillnaderna i funktion och risker - lämpligt att skilja mellan avistainstrument och derivatinstrument. Karaktäristiskt för en investering i förstnämnda instrument är att man i sämsta fall kan förlora hela det satsade kapitalet. Som exempel på avistainstrument kan nämnas aktier och olika former av fondandelar. Den som å andra sidan väljer att investera i derivatinstrument riskerar, under omständigheter, att förlora både det satsade kapitalet och att bli skyldig pengar. Det finns så att säga, rent teoretiskt, inga gränser för hur stor förlusten kan bli.⁷⁶ Samtidigt är det viktigt att ha klart för sig att inte alla derivatinstrument innebär denna höga risk. Snarare är det så att svängningarna i instrumentens värde är kraftigare vilket medför att en eventuell förlust kan infalla efter väldigt kort tid; i vissa fall kan det vara fråga om timmar och

⁷⁴ Heuman, Lars, Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder, Stockholm 1980, s. 636. Kleineman anser att ARN:s uttalanden på rådgivningsansvarets område inte bör tillmätas någon större vikt – Kleineman (1992/93), not 15 s. 297.

⁷⁵ Jfr exempelvis uttalande av Gorton i JT 1998/99, s. 315.

⁷⁶ Lycke, s. 511.

minuter. Bland derivatinstrumenten kan nämnas s.k. ”calls” och ”puts” (köp- respektive säljoptioner) samt terminer.

Den inledande framställningen under punkten 2.5 torde omfatta, om inte annat vad beträffar de allmänna teorierna på informationsansvarets område, båda av de ovan nämnda finansiella instrumenten. Under punkten 2.5.1 följer en genomgång av rättsläget specifikt för derivatinstrument.

Vid tidpunkten för denna uppsats färdigställande kan konstateras att det fortfarande saknas HD-avgöranden beträffande bankers ansvar för brister i informationen vid placeringsrådgivning avseende avistainstrument. Lycke menar i ”Banks ansvar vid placeringsrådgivning” att bakgrunden till detta troligen står att finna i gällande rätt avseende ”fel” i finansiella instrument.⁷⁷ Huruvida så verkligen är fallet måste emellertid betraktas som oklart.⁷⁸ Hans fortsatta resonemang om informationsansvarets gränser är icke desto mindre mycket intressant och ska därför kort presenteras. Lycke konstaterar, mot bakgrund av NJA 1914 s. 219⁷⁹, att ett felansvar endast undantagsvis kan göras gällande mot säljaren eller kommissionären för det fall en köpare köpt en aktie som senare visar sig vara värdelös. Detta medför enligt Lycke att det i normalfallet bör vara köparen som bär risken för att aktiens värde, och därmed värdeutveckling, inte motsvarar förväntningarna. Vidare är det enligt Lycke ”allmänt veterligt” att finansiella instrument är förenade med ett visst risktagande, varför en skadeståndssanktionerad skyldighet att informera om dessa risker i normalfallet inte kan åvila rådgivaren.

Lyckes resonemang innebär således en presumtion för att kunden är medveten om att handel med finansiella instrument är förenad med ett risktagande. Denna ståndpunkt tycks även ARN ha anammat i det ovan nämnda ärendet 1994-0670 där nämnden alltså framhöll att ”Det ligger i sakens natur att råd som lämnas i samband med kapitalplaceringar i värdepapper, fonder och liknande i efterhand kan visa sig ha varit mindre goda. Normalt kan en rådgivare inte hållas ansvarig för att en sådan kapitalplacering givit ett annat resultat än man förväntat sig. [...]” Ett undantag från den uppställda huvudregeln kan enligt Lycke aktualiseras i det fall banken med hänsyn till sina kunskaper om kunden borde förstå att denne inte är medveten om riskerna med en viss kapitalplacering.⁸⁰ Något direkt belägg för denna sista

⁷⁷ Lycke, s. 509. Lycke framhåller, mot bakgrund av relevanta avsnitt i Christina Hultmarks bok ”Kontraktsbrott vid köp av aktie” (Stockholm 1992), att man vid köp av en marknadsnoterad aktie direkt av ägaren normalt inte kan åberopa värdefel som ett köprättsligt fel i aktien. Vidare konstaterar han att av säljaren lämnade uppgifter om aktiens värde endast undantagsvis är felansvarsgrundande. För vidare information beträffande detta spörsmål hänvisas till ovan nämnda arbete av Hultmark. Räckvidden av hennes resonemang är emellertid, vilket bör noteras, något oklar.

⁷⁸ Pålsson och Samuelsson har en annan förklaring till det begränsade antalet domstolsavgöranden på området. Man hänvisar till ARN:s roll som en slags ”första instans” vid en prövning av ansvar för ekonomisk rådgivning. Då ARN endast i ett fåtal av sina avgöranden har gett kunden rätt fungerar nämnden enligt Pålsson/Samuelsson som ett ”processfilter” – en kund som förlorar i ARN går i allmänhet inte vidare till allmän domstol.

⁷⁹ I NJA 1914 s. 219 ansåg HD att värdelösa aktier sålda under beteckningen ”värdepapper” inte varit föremål för en ”felaktig beteckning” enligt gamla köplagens §48.

⁸⁰ Lycke, s. 509ff.

slutsats har Lycke emellertid inte. Den förefaller enligt min mening dock, inte minst mot bakgrund av de skyldigheter banker har att informera sig om sina kunders erfarenheter av värdepappersmarknaden enligt BRL 1 kap. 7§ samt de principer som HD uppställt för närliggande rådgivningsverksamheter, vara en rimlig konklusion. Rättsläget är dock oklart.

En ytterligare aspekt på informationsansvaret som bl. a. i viss mån uppmärksammats av Pålsson/Samuelsson är frågan om intressekonflikter.⁸¹ Samtidigt som det – mot bakgrund av den för uppdragsavtal i allmänhet gällande lojalitetsplikten - åligger banken att ta tillvara kundens intressen och i linje härmed stå till förfogande med för den enskilda kunden lämpliga placeringsråd och information, är banken såsom ett vinstdrivande företag intresserad av en maximering av intäkterna - vilka såsom ovan konstaterats till stor del består av courtage i samband med förmedlingsverksamhet. Risken att en placeringsrådgivare i sin verksamhet tänker mer på bankens siffror än på kundens bästa torde under omständigheter, inte minst med hänsyn till den tilltagande konkurrensen på bankmarknaden, vara beaktansvärd. En rådgivare kan exempelvis medvetet ge kunden ett suboptimalt råd för att det på ett eller annat sätt gynnar banken. Med hänsyn till bankens starka ställning framstår dessutom kundens möjlighet att kontrollera rådgivningens kvalitet och rådgivarens kompetens såsom högst begränsade. Såvida inte reglerna om förbud mot insiderhandel eller lagen (1985:354) om förbud mot yrkesmässig rådgivning aktualiseras, är spörsmålet onekligen svårbemästrat. Behovet av klagande lagstiftning är beträffande detta spörsmål, inte minst med hänsyn till konsumentskyddsaspekten, betydande.

För att bringa klarhet i omfattningen av informationsansvaret i allmänhet följer nu en genomgång av relevant praxis. I vilken utsträckning analogier kan göras till den finansiella rådgivningens område kan inte med säkerhet sägas utan torde få avgöras från fall till fall.

Ett intressant fall beträffande tekniska konsulter ansvar är NJA 1994 s. 532.⁸² Det var här fråga om ett möbelföretag som avsåg att inköpa tyger till sittdynor för utomhusbruk. För att få en sakkunnig bedömning av att det aktuella tyget uppfyllde vissa kvalitetskrav bl. a. avseende ljuskänslighet, anlätades Statens Provningsanstalt för genomförande av erforderliga tester. De av Anstalten redovisade testresultaten utvisade att det aktuella tyget hade ljushårdighet klass 3-4 på en skala från 1-8. För att få en lämplig referensram lät man Anstalten testa ett liknande tyg, vilket möbelföretaget hade goda erfarenheter av från tidigare. Detta tillställdes Anstalten med en direkt hänvisning till det första tyget. Tyget visade sig i detta test vara av klass 4. För möbelföretaget föreföll testresultatet utvisa att de båda tygerna var av ungefär likvärdig kvalitet varför man bestämde sig för att göra slag i sak. Sedan möbelföretaget fått reklamationer på att tyget blektes i solljus, anlätades Anstalten för ytterligare tester av tyget. Man upplystes då om att skalan för testen var logaritmisk, dvs. ett stegs förbättring på skalan innebar en fördubbling av ljuskänsligheten. HD slog i sina domskäl fast följande om kraven på upplysningsplikt:

⁸¹ Pålsson/Samuelsson, s. 535f.

⁸² NJA 1994 s. 532 är föremål för en utförlig analys av Kleineman i JT 1994/95, s. 702ff.

”Det måste anses åligga den uppdragstagare som mot betalning åtar sig att utföra en tekniskt komplicerad analys att redovisa resultaten av denna analys på ett sätt som tillåter uppdragsgivaren att dra rimliga och korrekta slutsatser av dessa resultat. Av särskild vikt är att analysresultaten inte framläggs på ett sätt som är ägnat att skapa missförstånd om deras innebörd. Behovet av klarläggande uttalanden kan dock variera beroende på omständigheterna, varvid särskilt den kunskap som antas föreligga hos uppdragsgivaren framstår som betydelsefull.”⁸³

HD konstaterar i detta fall att en informationsförmedlare kan göra sig skyldig till oaktsamt vilseledande trots att han håller sig till sanningen. Det räcker alltså inte att rådgivaren presenterar en fullständig analys i förhållande till uppdragsgivaren. Han måste dessutom försäkra sig om att denne även har förstått innebörden av den förmedlade informationen.⁸⁴ HD ger i detta avgörande således uttryck för ett ”metodliknande” ansvar. Då det emellertid föreligger vissa icke oväsentliga skillnader mellan tekniska konsulter rådgivningsverksamhet och bankers finansiella rådgivning, låter sig långtgående slutsatser av detta avgörande knappast göras. Samtidigt kan man konstatera att det under alla omständigheter enligt svensk rätt åligger bankerna att vid sin rådgivning förvissa sig om sina kunders kunskaper och behov enligt den ovan nämnda 1kap. 7§ lag om värdepappersrörelse.

Ett betydligt strängare synsätt tillkännager HD i rättsfallet NJA 1997 s. 65 där det var fråga om en besiktningsmans informationsansvar vid ett villaköp. Besiktningsmannen i fråga hade vid husbesiktningen påtalat för köparna att ventilationsöppningar saknades i takfoten men upplyste inte särskilt att detta medförde en risk för rötskador. HD fastställde Hovrättens dom där det bl. a. konstaterades att bristen i takkonstruktionen innebar en uppenbar risk för rötskador och att det under sådana förhållanden bör åligga en besiktningsman att särskilt upplysa om denna risk. Även detta fall rörde dock en yrkesgrupp vars informations- och rådgivningsverksamhet uppvisar betydande skillnader jämfört med den finansiella rådgivningen. Huruvida ett motsvarande strängt informationsansvar med stöd av nämnda avgörande kan anses åligga banker och andra finansinstituts rådgivare förefaller därför tveksamt.

I NJA 1994 s. 598 som rörde en banks ansvar vid skatterådgivning gjorde HD en något mildare bedömning av informationsansvaret. En företagare hade på inrådan av banken genomfört vissa transaktioner för att på så sätt undgå reavinstbeskattning. Det visade sig emellertid att transaktionerna stred mot lagen (1995:575) mot skatteflykt. HD kritiserade i sina domskäl banken och menade att ”den borde ha insett att bedömningen var behäftad med osäkerhet”. Banken undgick dock ansvar då kunden närvarit vid ett möte i bankens lokaler där rekvisiten i generalklausulen mot skatteflykt redovisades. Kunden ansågs mot bakgrund av denna information ha informerats tillräckligt om riskerna i detta hänseende. Det centrala ställningstagandet i detta rättsfall gör HD dock på sidan 606 i domen, där man slår fast

⁸³ NJA 1994 s. 532 (s. 541).

⁸⁴ Kleineman myntar i sammanhanget uttrycket ”den pedagogiska plikten”. Härmed förstås en skyldighet för rådgivaren att först analysera vad informationsmottagaren kan tillgodogöra sig och därefter tillhandahålla en information anpassad till kundens förmåga att tolka densamma.

följande princip för bedömning av ”komplicerade rättsfrågor:

”Allmänt sett är det påkallat att den som lämnar rådgivning i komplicerade rättsfrågor fäster uppdragsgivarens uppmärksamhet på om prejudikat saknas och om rättsläget av denna eller någon annan anledning kan vara osäkert. Behovet av om sådan information lämnas måste dock vara beroende av vem uppdragsgivaren är, vilka kvalifikationer han har och om han redan känner till problematiken. Fall kan tänkas då det framstår som så uppenbart att rättsläget är osäkert att ett särskilt påpekande härom får anses onödigt.”⁸⁵

Även om HD:s uttalande gäller vad man kallar ”komplicerade rättsfrågor”, torde principen kunna ges en mer allmän räckvidd.⁸⁶ Applicerad på finansiell rådgivning skulle detta innebära att behovet av en riskanalys får avgöras i det enskilda fallet med hänsyn till kundens professionella bakgrund, tidigare erfarenheter på området samt de sakkunskaper denne besitter. Det torde vara rådgivarens uppgift att själv bedöma en klients förmåga att tillgodogöra sig viss finansiell information samt, om så visar sig vara nödvändigt, upplysa denne om i sammanhanget relevanta risker.

Avslutningsvis kan även ett nyare avgörande av ARN nämnas – ärende 1999-3266. Två makar hade här på inrådan av sin bank fört över tillgångar från en allemansfond till en Skandia Link försäkring. Banken informerade emellertid inte kunderna om att en dylik överföring har en differens tid på 5 dagar mellan försäljning och köp, vilket på kursförändringar resulterade i en utebliven vinst. ARN slog fast att banken genom att inte informera om transaktionstiden och att kursrörelser i negativ riktning kunde förekomma hade agerat oaktsamt. Här gör ARN en något mer konsumentvänlig bedömning av bankens informationsplikt. I brist på mer bakgrundsfakta samt med hänsyn till nämndsavgörandens rättsliga status i allmänhet, kan avgörandet dock inte tillmätas någon större tyngd.

Den av HD formulerade allmänna principen i NJA 1994 s.598 uppvisar stora likheter med samma instans uttalande beträffande tekniska konsulter informationsansvar i det ovan nämnda NJA 1994 s. 532. Av detta torde man med viss försiktighet kunna sluta sig till nämnda principers allmänna karaktär och räckvidd. För att sammanfatta genomgången beträffande informationsansvar i samband med handel i avistainstrument, tycks bankens skyldighet att tillhandahålla en riskanalys variera beroende på den enskilda kundens erfarenheter och sakkunskaper inom området. Under alla omständigheter torde det emellertid åligga rådgivaren att försäkra sig om att kunden har förstått innebörden av de förmedlade råden. Denna skyldighet förefaller innebära att bankens rådgivare kan anses ha brustit i informationsplikten trots att en professionell standard iakttagits vid uppdragets utförande. För direkt felaktiga uppgifter torde en rådgivare under alla omständigheter bära det fulla ansvaret.

All handel med finansiella instrument är förenad med någon form av risktagande. Detta faktum torde i sig vara allmänt känt, varför det normalt inte kan föreligga någon skadeståndssanktionerad plikt för rådgivaren att infor-

⁸⁵ NJA 1994 s. 598 (s. 606).

⁸⁶ Jfr Kleineman (1998), s. 192. Fallet behandlas även i korthet av Gorton i ”Finansiella institutioners rådgivningsansvar” s. 312.

mera kunden härom. Om emellertid den finansiella rådgivaren med hänsyn till sina kunskaper om kunden borde inse att denne inte är medveten om riskerna med en viss placering, torde denna presumtion brytas. Vidare förefaller det rimligt att anta att informationsansvarets omfattning kan variera med hänsyn till om kunden är en privatperson eller en kommersiell aktör. Vid handel med derivatinstrument intar man dock i svensk rättspraxis, vilket kommer att framgå av framställningen under 2.5.1, en något strängare syn på bankers och andra finansinstituts informationsansvar.

2.5.1 informationsansvar vid handel med derivatinstrument

Placeringar i derivatinstrument är förenade med vissa särskilda risker som på ett avgörande sätt skiljer sig från avistainstrument. Såsom konstaterats tidigare kan en investering i ett derivatinstrument innebära att placeraren förlorar både det investerade kapitalet och blir skyldig pengar.⁸⁷ Det förefaller därför rimligt att bankers och andra finansinstituts rådgivare som deltar i sådana affärer bär ett särskilt ansvar att informera kunden om dessa risker.

Enligt 1 kap. 7§ Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 1998:21) om handel och tjänster på värdepappersmarknaden är banken skyldig att, innan affärer första gången får genomföras, skriftligen informera kunden om de särskilda risker som handeln med derivatinstrument är förenade med. Endast i de fall det är uppenbart obehövt får banken underlåta att informera kunden i detta hänseende. Finansinspektionens föreskrifter är emellertid av näringsrättslig karaktär varför ett brott mot dem inte är direkt skadeståndgrundande för banken. Föregångarna till FFFS 1998:21 – BFFS 1988:7 – har dock, vilket kommer att framgå i det följande, i praxis använts som utgångspunkt för culpabedömningen vid finansiell rådgivning.

Ett intressant fall som belyser bankers informationsansvar vid handel med derivatinstrument är NJA 1995 s. 663. Ett fondkommissionsbolag lät en slutkund inleda och fortsätta handel med indexoptioner utan att upplysa denne om riskerna vid handel med dylika finansiella instrument. Kunden gjorde gällande att fondkommissionsbolaget hade gjort sig skyldigt till skadeståndgrundande oaktsamhet genom att inte beakta Bankinspektionens -numera upphävda – allmänna råd BFFS 1987:7 som bl. a. i punkten 6.2 uppställer ett krav på att en kund, innan denne tillåts ställa ut optioner, informeras och fått fullt klart för sig vilka risker som är förenade härmed. HD slog i sina domskäl fast att enbart det förhållandet att Bankinspektionens allmänna råd i ett visst fall inte efterföljts inte kunde grunda skadeståndsskyldighet. Däremot kan allmänna råd allt efter sin karaktär ha betydelse för en bedömning av om omständigheterna i ett fall är sådana att skadeståndgrundande vållande skall anses föreligga. Mot denna bakgrund konstaterar HD att en fondkommissionär för att anses ha fullgjort sitt uppdrag med tillräcklig omsorg, måste förvissa sig om att en kund har fått fullt klart för sig

⁸⁷ Riskerna vid utställande av optioner och genomförande av s.k. blankningsaffärer begränsas dock av kundens skyldighet att ställa säkerhet för sin förpliktelse samt bankens rätt att tvångsavveckla affären om säkerheten visar sig vara otillräcklig. Lycke, s. 511.

vilka risker som är förenade med att ställa ut optioner. Då fondförvaltaren enligt HD emellertid haft fog för uppfattningen att kunden var tillräckligt medveten om de särskilda riskerna vid handel med indexoptioner ansågs fondförvaltaren inte ha förfarit vårdslöst.⁸⁸

1 kap. 7§ FFFS 1998:21 innehåller till skillnad från motsvarande bestämmelse i BFFS 1988:7 inget uttryckligt krav på att kommissionären ska förvissa sig om att kunden har fått villkor och risker fullt klart för sig. Den av HD uppställda aktsamhetsnormen i NJA 1995 s. 693 torde emellertid trots denna formella ändring fortfarande äga giltighet såsom utgångspunkt vid en culpabedömning.⁸⁹

I hovrättsavgörandet RH 1995:136 hade en bank med stöd av en generell förvaltningsfullmakt åtagit sig att förvalta en kvinnas värdepapper. Med anledning av ett antal mindre goda investeringar i indexoptioner uppstod stora förluster. Hovrätten gjorde i sina domskäl följande intressanta uttalande beträffande bankens informationsskyldighet:

”Indexoptionen som sådan men också handeln med dessa optioner är komplicerad och handeln är också förenad med betydande förlustrisker. En kommissionär som åtar sig att för en uppdragsgivares räkning bedriva handel med indexoptioner har – som alla kommissionärer – en plikt att tillvarata uppdragsgivarens intresse och utföra uppdraget med omsorg. Denna plikt till omsorg blir särskilt uttalad när, som i förevarande fall, uppdraget är riskfyllt och komplicerat. Omsorgsplikten måste anses omfatta en skyldighet att tillse att uppdragsgivaren, innan handel inleds, är fullt införstådd med villkor och risker.”⁹⁰

Hovrätten konstaterade i sina domskäl att kvinnan varken hade erhållit tillräcklig riskinformation eller på ett klart sätt informerats av banken om deras syn på uppdragsförhållandet räckvidd, varför skadeståndstalan bifölls.

Domstolen tillkännager i detta avgörande ett motsvarande strängt synsätt som HD intog i NJA 1995 s. 693. Sammanfattningsvis torde man av de två rättsfallen med viss försiktighet kunna sluta sig till att banker och andra finansinstitut som är verksamma på derivatmarknaden har en långtgående skyldighet att informera kunderna om de specifika risker som är förenade härmed. Till skillnad från vad som ovan konstaterats beträffande avistainstrument, kan banken vid handel med derivatinstrument inte utgå från att kunden är medveten om riskerna med instrumenten ifråga. Stöd för denna ståndpunkt finner man även i Finansinspektionens föreskrifter FFFS 1998:21 som i 1 kap 7§ uppställer en skyldighet för bankerna att skriftligen informera kunderna om de särskilda riskerna med derivatinstrument. Vidare kan konstateras att informationsplikten inte är undantagslös. För det fall kunden har, eller borde ha haft, kunskap om de med handel med derivativa finansiella instrument förenade riskerna torde informationskravet bortfalla eller i vart fall reduceras.⁹¹

⁸⁸ Fallet har behandlats av bl. a. Johansson, Options- och terminsavtal. En rättslig studie av handeln med standardiserade derivativa instrument, Stockholm 1998, s. 153f. Jfr även Lycke, s. 612 och Gorton, s. 313.

⁸⁹ Jfr Lycke, s. 613.

⁹⁰ RH 1995:136 (s. 376).

⁹¹ Johansson, s. 154f.

2.6 Metodansvar

Metodansvaret kan definieras som det ansvar en rådgivare bär för att de av honom lämnade råden grundar sig på sådana undersökningar som man skäligt kan kräva av en yrkesutövare av det aktuella slaget.⁹² Det gäller således att fastställa den norm eller handlingsregel som professionsutövaren har åsidosatt för att sedan bedöma om avvikelserna är av en sådan grad att vårdslöshet kan anses föreligga. Inom vissa professioner har det utvecklats auktorisationsregler samt olika former av yrkesetiska regler.⁹³ Så är som bekant exempelvis fallet för revisorer och advokater. I brist på dylika branschnormer blir emellertid frågan om metodansvaret trätts för när inte sällan problematisk att ta ställning till.

I den svenska juridiska doktrinen går åsikterna isär vid frågan huruvida det även vid finansiell rådgivning ska anses föreligga ett metodansvar.⁹⁴ Problematiskt här är att finansiell rådgivning, i likhet med exempelvis en värderingsmans uppskattningar, till sin karaktär torde betraktas som subjektiv. Samtidigt kan man dock konstatera att det inom den finansiella ekonomin under de senaste decennierna vuxit fram olika former av ”ekonomiska analysinstrument”, vars beaktande medger en mer objektiv bedömning av den finansiella marknaden och dess instrument. I skrivande stund finns det inga avgöranden från högsta instans som behandlar finansiella rådgivares metodansvar. Beträffande vissa andra närliggande yrkeskategorier har dock metodansvaret varit föremål för prövning. Det är emellertid högst tveksamt i vilken omfattning - om över huvud taget - dessa avgöranden kan tillmätas betydelse utanför det specifika rådgivningsområdet.

Ett klassiskt rättsfall utgör NJA 1957 s. 621 som gällde en talan om skadestånd mot en praktiserande jurist för försummelse vid fullgörande av ett uppdrag för en klient. HD, som för övrigt fastställde tingsrättens dom, konstaterade i sina domskäl bl. a. följande:

”Det framgår icke klart av lagtexten, att förmånsrätten går förlorad vid företaget flyttning, och 1904 års avgörande av HD, vari denna princip fastslås, fanns icke anmärkt i 1952 års lagedition. Trots detta borde H., därest han ägnat frågan tillbörlig akksamhet, kunnat skaffa sig tillfredsställande kunskap i saken bl. a. därför att, såsom Gyllin påpekat, frågan är klarlagd i Östen Undéns år 1927 utgivna, bland jurister allmänt kända arbete i Svensk saksakrätt.”⁹⁵

HD betraktade i detta avgörande således juristens underlåtenhet att beakta doktrinen såsom en skadestandsgrundande vårdslöshet i förhållande till kli-

⁹² Lycke, s. 519.

⁹³ Jfr Gorton, s. 305 samt Kleineman (1998), s. 189.

⁹⁴ Frågan har under senare tid framför allt diskuterats av Pålsson och Samuelsson som i sin artikel ”Banks ansvar för ekonomisk rådgivning” (SvJT 1999) hävdar att det redan idag, trots avsaknad av lagregler, bör föreligga ett metodansvar för finansiella rådgivare. Bankjurist Lycke är emellertid av en annan uppfattning. Även Gorton berör spörsmålet i sin artikel ”Finansiella institutioners rådgivningsansvar [...]” (JT 1998/99).

⁹⁵ NJA 1957 s. 621 (s. 623).

enten. Domstolen har emellertid beträffande advokater och juridiska biträden i §23 advokatsamfundets vägledande regler för god advokatsed, en norm vilken tjänar som utgångspunkt vid en prövning av metodansvaret för denna yrkesgrupp.⁹⁶

I NJA 1992 s. 58 var det fråga om en revisors ansvar för rådgivning. Revisorn hade i detta fall med anledning av en ändring i aktiebolagslagen givit en klient rådet att byta bolagsform från aktiebolag till handelsbolag. Då revisorn i samband med rådgivningen emellertid underlåtit att kontrollera det aktuella värdet av varulagret, debiterades klienten en icke obetydlig utskiftningsskatt. HD konstaterade i sina domskäl att revisorns bristande kontroll av varulagret inneburit att uppdraget utförts utan att uppdragsgivarens intressen med tillbörlig omsorg tillvaratagits och befann således revisorn skadeståndsskyldig. I likhet med advokaters rådgivning är även revisorers verksamhet föremål för särskild reglering. Vad gäller en revisors skyldighet att införskaffa underlag för sin bedömning av ett varulager finns det exempelvis en särskild rekommendation upprättad av FAR.⁹⁷

Ett tredje fall beträffande metodansvaret – det kanske mest intressanta i förhållande till den finansiella rådgivningen – utgörs av NJA 1987 s. 692, det s.k. Kone-fallet. Det var här fråga om en värderingsmans ansvar för ett felaktigt värderingsutlåtande över en fastighet. HD uttalade härom bl. a. följande:

”Vid fastighetsvärdering går det knappast att komma fram till ett värde, som blir lika högt oavsett vilken kunnig värderingsman som utför värderingen. Värdering av fast egendom är nämligen i mycket avhängig av värderingsmannens uppfattning av marknaden och om den aktuella fastigheten. Ett avsevärt utrymme måste därför finnas för värderingsmannens egen bedömning. Betydande avvikelse mellan värderingsmannens uppskattning och vad som i efterhand visar sig vara fastighetens faktiska värde måste tillåtas utan att en värderingsman kan anses ha förfarit försumligt. I förevarande fall är det emellertid inte fråga om ett uppskattningsfel utan om en oriktig och vilseledande uppgift beträffande ett faktiskt förhållande [...]. För en värderingsman är det knappast förenat med någon större omgång att förvissa om rätten att bebygga en fastighet.”⁹⁸

Mot bakgrund av dessa konstateranden ansåg HD att värderingsmannen förfarit vårdslöst vid fullgörandet av uppdraget. Även om det i detta fall främst var fråga om en värderingsmans ansvar mot annan än uppdragsgivaren torde avgörandet vara relevant även för förhållandet mellan rådgivare och uppdragstagare.⁹⁹ Det intressanta med HD:s uttalande är att domstolen slår fast att det inte är en mer eller mindre god subjektiv bedömning som utlöser ett skadeståndsansvar. Såsom framgår av citatet ovan är utgångspunkten för en ansvarsbedömning istället de krav på efterforskningar som kan ställas på en yrkesutövare av det aktuella slaget. Huruvida paralleller kan dras mellan detta rättsfall och vad som ska anses gälla vid finansiell rådgivning är osäkert.

I de ovan analyserade fallen - med undantag för NJA 1987 s. 692 - har ett

⁹⁶ Jfr även NJA 1981 s. 1091.

⁹⁷ Fallet har behandlats av bl. a. Lycke, s. 520.

⁹⁸ NJA 1987 s. 692 (s. 702).

⁹⁹ Lycke, s. 521.

metodansvar aktualiserats i de fall den metod rådgivaren har haft att beakta direkt kunnat utläsas ur regler eller rekommendationer för den berörda yrkesgruppen. I sistnämnda avgörande grundade sig skadeståndsskyldigheten emellertid på att rådgivaren lagt direkt felaktiga sakuppgifter till grund för de förmedlade råden. Lycke framhåller i sin artikel "Banks ansvar vid placeringsrådgivning" att det torde vara en förutsättning för att ett metodansvar ska aktualiseras, att metoden i fråga direkt framgår av någon form av forskrifter alternativt att de förmedlade råden grundats på felaktiga sakuppgifter. Då utgångspunkten för placeringsrådgivning alltid är den enskilde kundens behov, önsknings och riskpreferens, vilket även stipuleras i 1 kap 7§ lag om värdepappersrörelse, är det enligt Lycke inte möjligt att uppställa ett metodansvar för finansiell rådgivning. Kravet på individuellt anpassade råd skulle i kombination med ett metodansvar enligt honom bli en "omöjlig ekvation".¹⁰⁰ Att dra så långtgående slutsatser mot bakgrund av endast ett fåtal rättsfall förefaller dock vanskligt.

Frågan om ett metodansvar vid finansiell rådgivning har diskuterats även av Pålsson, som i sin uppsats "Marknaden för finansiell rådgivning – en probleminventering"¹⁰¹ konstaterar att det redan idag – utan ny lagstiftning – torde vara möjligt för domstolarna att komma fram till ett skadeståndsgrundande metodansvar för banken. Hon hänvisar till ett antal på den finansiella marknaden väl etablerade teoribildningar vilka förklarar marknadens funktionssätt.¹⁰² Enligt Pålsson bör ett metodansvar under omständigheter aktualiseras om rådgivaren underlåtit att beakta tillgänglig empirisk kunskap och allmänt vedertagna och accepterade teorier på området.¹⁰³ Hon menar att domstolar genom att inte ta hänsyn till elementära forskningsrön från finansiell ekonomisk teori löper risken att avdöma mål på ett sätt som, på bekostnad av småspararna, gynnar banker och emittenter.¹⁰⁴ Ett metodansvar enligt Pålssons modell ger emellertid upphov till en hel del obesvarade frågor. Vad krävs till exempel för att en ekonomisk teori ska anses vara så etablerad, att den bland professionella rådgivare utgör allmängods? Något entydigt svar torde vara svårt att fastställa.

Sammanfattningsvis kan konstateras att den finansiella placeringsrådgivningen till sin natur är subjektiv. Frågan om metodansvar vid denna typ av rådgivning har, vilket konstaterats ovan, varit föremål för diskussion i den svenska doktrinen. Även om Lyckes och Pålssons/Samuelssons synsätt i detta spörsmål fundamentalt skiljer sig åt, tycks båda vara överrens om att utgångspunkten för en skadeståndsbedömning ska vara att finna i någon form av regler / rekommendationer alternativt allmänt vedertagna teorier på ett visst område. Vad man söker är alltså en metod eller aktsamhetsstandard som den berörda yrkesgruppen i sin rådgivning har att beakta. Det torde

¹⁰⁰ Lycke, s. 521f.

¹⁰¹ Pålsson, Anne-Marie, Marknaden för finansiell rådgivning – en probleminventering. Report no 4, Lund 1997.

¹⁰² Det är framför allt fyra teorier som i detta sammanhang enligt Pålsson är av centralt intresse: 1) Capital Asset Pricing Model, CAPM, 2) Teorin om effektiva marknader, 3) Arbitragepristeorin samt 4) Optionspristeorin. För en närmare analys av dessa teorier hänvisas till Pålsson, s.25ff.

¹⁰³ Pålsson, s. 25.

¹⁰⁴ Pålsson/Samuelsson, Tvister på de finansiella marknaderna, JT 1999/00, s. 99.

enligt mig vid fastställande av en sådan vara oväsentligt om denna framgår av en regel eller av en allmänt accepterad teori.¹⁰⁵ I dagsläget saknas det i Sverige speciella regler beträffande finansiell rådgivning. Frågan som då ställer sig är om det trots detta - vilket utgör en förutsättning för ett eventuellt metodansvar - kan anses finnas en etablerad metod för denna yrkeskategoris verksamhet. 1 kap. 7§ lag om värdepappersrörelse ger uttryck för en allmän skyldighet för banken att vid handel med värdepapper sätta sig in i kundens ekonomi, kunskaper och riskpreferens. Även om denna regel tveklöst torde spela in vid en culpabedömning, förefaller den alltför vag och allmänt hållen för att kunna konstituera en aktsamhetsnorm. Dessutom utgör den grunden för en subjektiv bedömning vars innehåll kan variera beroende på den enskilda kunden. Såsom nämnts ovan har Svenska fondhandlareföreningen utarbetat ett licensieringsprogram med vissa kompetenskrav för anställda inom den svenska värdepappersmarknaden. Då denna planeras tas i bruk först under 2001 är frågan om en eventuell branschsedvana ett framtida spörsmål.

Rättsläget framstår alltså även beträffande metodansvaret, i brist på vägledande praxis, såsom oklart. Med stöd av NJA 1987 s. 692 torde man emellertid kunna sluta sig till att ett ansvar kan uppstå i den mån rådgivaren lägger direkt felaktiga sakuppgifter till grund för ett råd. Huruvida detta är att betrakta som ett metodansvar kan dock diskuteras. Vad slutligen gäller de ekonomiska teoriernas status råder det viss osäkerhet. Vad som i dagsläget framför allt talar mot dem såsom utgångspunkter för en culpabedömning, torde vara deras ännu relativt begränsade genomslag bland de finansiella rådgivarna. En ändring av detta förhållande förefaller emellertid endast vara en tidsfråga. Som Pålsson konstaterar i sin analys blev de finansiella teorierna kända i Sverige först under 1980-talet och det kan därför förväntas dröja ännu ett antal år innan de bland rådgivarna kan betraktas som allmängods. För ett resonemang de lege ferenda är Pålssons slutsatser således ytterst intressanta.

2.7 Adekvat kausalitet

En problematisk - icke desto mindre central - aspekt på rådgivningsansvaret som i princip lämnats oberörd i den juridiska doktrinen är frågan hur kravet på adekvat kausalitet bedöms vid denna form av verksamhet, dvs. i vilken utsträckning rådgivaren genom sitt beteende kan anses ha orsakat kunden skada. För finansiell rådgivning finns det i skrivande stund inga domstolsavgöranden som behandlar detta spörsmål. Kleineman uppmärksammar i sin artikel "Rådgivares informationsansvar [...]" mot denna bakgrund emellertid ett par rättsfall beträffande skatterådgivares ansvar, i vilka HD gjort uttalanden om adekvansbedömningen.¹⁰⁶ Det mest centrala torde vara

¹⁰⁵ Det kan konstateras att en domare i brist på en reglerad metod själv kan skapa en aktsamhetsnorm. För mer härom se Rodhe, Knut, Lärobok i obligationsrätt, 6:e upplagan, Stockholm 1986, s. 145ff.

¹⁰⁶ Kleineman (1998), s.199ff.

NJA 1991 s. 625 som gällde en fastighetsmäklares ansvar för felaktiga råd avseende beskattning av en realisationsvinst.¹⁰⁷ Angående frågan om adekvat orsakad skada samt **bevisbördans placering** fastställer HD följande:

”För att en felaktig upplysning rörande möjligheterna till uppskov med en realisationsvinstbeskattning skall kunna medföra rätt till skadestånd torde i princip krävas att uppdragsgivaren visar att han inte skulle ha sålt fastigheten vid den tidpunkt då så skedde, om han hade fått riktiga uppgifter. [...] ...utgångspunkten för skadebedömningen måste vara, att mäklaren faktiskt har orsakat uppdragsgivaren en viss utgift som denne inte skulle ha haft. Att det har inträffat är uppdragsgivarens sak att visa.”¹⁰⁸

Det förefaller högst tveksamt huruvida detta avgörande ska anses ge uttryck för en allmän princip vars räckvidd sträcker sig utanför det specifika rådgivningsområdet. Kleineman menar att fallet är typiskt för skatterådgivning. Rättsläget är oklart.

För att något ytterligare beröra bevisbördans placering, kan rent allmänt konstateras att det vid tvistemål inte sällan är oklart hur denna bör se ut. I de fall bevisbördan inte direkt är bestämd i lag, har man i praxis tillmätt de stridande parternas möjligheter att säkra bevisning stor betydelse. Om den ena parten är betydligt svagare än den andra, vilket exempelvis inte sällan är fallet i relationen konsument/näringsidkare, kan detta vara av avgörande betydelse för bevisbördans placering. Praxis beträffande bevisbördan i mål om skadestånd är rik. I likhet med vad HD kom fram till i ovan nämnda NJA 1991 s. 625, är det i normalfallet den skadelidande som har att visa att en skada infunnit sig samt skadans art och omfattning. För vissa konsumentavtal har HD emellertid formulerat en något snällare bevisregel som innebär att konsumentens förklaring vid en helhetsbedömning ska framstå såsom mer sannolik än motpartens. Denna bevisregel har främst använts i förhållande till försäkringstagare men även i samband med konsumenttjänster.¹⁰⁹ I vilken omfattning den kan vinna tillämpning vid finansiell rådgivning är i dagsläget osäkert.¹¹⁰

2.8 Friskrivningar

Såsom konstaterats ovan kan en professionell rådgivare under omständigheter inom ramen för sitt yrkesutövande åläggas att betala en kund/klient skadestånd. Frågan ställer sig då vilka möjligheter - om överhuvud - det finns för denna yrkesgrupp att begränsa eller eliminera detta ansvar. I doktrinen nämner man angående detta spörsmål framför allt två instrument, nämligen friskrivningar och försäkringsskydd.¹¹¹ Den fortsatta framställningen under 2.8 kommer endast att behandla möjligheten till friskrivningar

¹⁰⁷ Jfr även NJA 1992 s. 58.

¹⁰⁸ NJA 1991, s. 625 (s. 631f.).

¹⁰⁹ SOU 2000:29, s. 155f. Jfr härtill bl. a. NJA 1984 s. 501, NJA 1986 s. 358 och NJA 1991 s. 481.

¹¹⁰ Konsumentpolitiska kommittén har emellertid i SOU 2000:29, s. 158 föreslagit en liknande mild bevisbörderegler för finansiell rådgivning. Jfr 2.8 nedan!

¹¹¹ Jfr Kleineman (1998), s. 205.

samt därmed sammanhängande problematik. För en analys av försäkringskydd i rådgivningssituationer hänvisas till Kleinemans i SvJT publicerade artikel ”rådgivares informationsansvar [...]”.

Syftet med en friskrivningsklausul är att ge den ena parten i ett avtalsförhållande en möjlighet att helt undgå alternativt begränsa det ansvar och de förpliktelser som annars skulle ha åvilat honom.¹¹² Den speciella relation som råder mellan uppdragstagaren och kunden i ett rådgivningsförhållande komplicerar emellertid frågan om en eventuell ansvarsbegränsning. Som konstaterats under 2.4 hyser kunden, med hänsyn till bankernas ställning i samhällsekonomi, inte sällan en speciell tillit till rådgivaren och dennes verksamhet varför ett rådgivningsuppdrag ofta har karaktären av ett förtroendeuppdrag. Klenieman hävdar att rådgivaren mot denna bakgrund - av etiska och konkurrensmässiga skäl - inte torde ha en praktisk möjlighet att skydda sig med en friskrivning.¹¹³ En annan intressant aspekt i sammanhanget är dessutom det faktum att det stora flertalet rådgivningsförhållanden inte konstitueras av ett formellt avtalslut. Det kan således även rent fysiskt uppstå problem med att stipulera nödvändiga klausuler.

Rättsläget beträffande friskrivningsklausuler vid rådgivning är i avsaknad av vägledande praxis osäkert. HD gjorde emellertid i NJA 1987 s. 692 ett uttalande som försiktigt låter antyda att man inte ställer sig avvisande till friskrivningar för professionsutövare. I detta fall, som även behandlats i samband med tillitsprincipen och metodansvaret, var det fråga om en värderingsmans ansvar mot tredje man. HD konstaterade i sina domskäl att skadeståndsskyldighet för den som yrkesmässigt åtar sig fastighetsvärderingar kan inträda mot såväl uppdragsgivaren som mot tredje man ”såvida inte förbehåll om frihet från sådant ansvar gjorts i intyget”. Det förefaller dock högst tveksamt huruvida detta uttalande ska kunna tillskrivas en generell giltighet för rådgivare. Skillnaderna, inte minst vad gäller syfte och funktion, mellan olika rådgivningsverksamheter gör att generaliseringar framstår som vanskliga. Den omsorgs- och lojalitetsplikt som åvilar banken i förhållande till kunden vid finansiell rådgivning torde vara svårförenlig med en möjlighet till ansvarsfriskrivningar. Då informations- och metodansvarets dessutom i det närmaste kan betraktas som en form av ”garanti” eller förutsättning för en väl fungerande marknad för finansiell rådgivning, skulle en möjlighet till friskrivningar på detta område sannolikt riskera att rubba hela fundamentet för verksamheten. Detta konstaterande utesluter enligt min mening ett bruk av friskrivningsklausuler vid finansiell rådgivning.

I vissa avseenden måste en professionell rådgivare dock kunna låta kunden/klienten själv ta ansvaret. När en finansiell rådgivare har informerat kunden om de risker och övriga omständigheter som bör beaktas i samband med en viss placering, är det sedan upp till kunden hur han vill agera. Här torde en ansvarsfrihet för rådgivaren inträda med den motiveringen att en eventuell skada som åsamkats kunden har sin grund i kundens egen skuld; någon vårdslöshet kan under dylika omständigheter inte läggas på rådgivaren

¹¹² Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, 6:e upplagan, Stockholm 1995, s. 15.

¹¹³ Kleineman (1987), s. 565.

till last.¹¹⁴ Denna ansvarsfrihet inträder emellertid inte, vilket är viktigt att betona, med stöd av en friskrivningsklausul.

2.9 Avslutande kommentarer – det finansiella rådgivningsansvaret de lege ferenda

Frågan om bankers och andra finansiella institutioners informations- och rådgivningsansvar vid handel med finansiella instrument, har under de senaste åren varit föremål för stort intresse både i juridisk och ekonomisk doktrin. Bakgrunden till detta torde framför allt vara att finna i den struktur- och verksamhetsförändring som bankmarknaden det senaste decenniet genomgått. Såsom konstaterats ovan är rättsläget i Sverige på detta område, i avsaknad av lagstiftning och vägledande praxis, till stora delar oklart. En ändring torde emellertid vara i sikte. Som en följd av bankmarknadens successiva avreglering torde den idag dominerande offentligrättsliga regleringen efter hand ersättas med och kompletteras av regler med ett större privaträttsligt inslag. En sådan utveckling förefaller i sin tur medföra att nya krav kommer att ställas på bankerna i deras relation till kunderna, inte minst vad gäller inbördes rättigheter och skyldigheter.¹¹⁵

Den av regeringen tillsatta Konsumentpolitiska kommittén avlämnade under 2000 ett slutbetänkande med titeln ”Starka konsumenter i en gränslös värld” (SOU 2000:29). Syftet med utredningen var bl. a. undersöka behovet av en reglering beträffande ansvar vid finansiell rådgivning.¹¹⁶ I sina överväganden konstaterar kommittén att det oklara rättsläget främst torde vara till nackdel för konsumenterna samt att de befintliga reglerna på området är otillräckliga ur en konsumentskyddsaspekt. Mot denna bakgrund förespråkar man en ny - till konsumentens förmån tvingande - lagstiftning vars syfte framförallt bör vara inställt på avtalsförhållandet mellan rådgivaren och kunden. För att komma åt de idag rådande missförhållandena i denna relation, bör rådgivarens skyldigheter framgå direkt av lagtexten. Såsom viktiga exempel på rådgivarens skyldigheter nämner kommittén framför allt kravet på upprätthållande av en god yrkessed samt att rådgivaren lämnar de råd och den information som skäligen kan förväntas av en fackman. Ett annat sätt att skapa önskad balans i rådgivare/kund relationen är enligt kommittén att åstadkomma en ordning som ger incitament till parterna att dokumentera uppdragets innehåll. I linje med detta konstaterande förespråkar man i sina överväganden en regel enligt vilken konsumentens uppgifter om vilken information och vilka råd denne har erhållit, bör godtas om uppgifterna framstår såsom sannolika och rådgivaren inte visar något annat. Kommitténs uttalanden på denna punkt innebär således en form av presumtion för kundens uppfattning om innehållet i rådgivningen. Denna bevisbörderegeln framstår som än mer konsumentvänlig än den som idag tillämpas av HD i

¹¹⁴ Jfr motvarande resonemang beträffande advokaters ansvar i Heuman, s. 32f.

¹¹⁵ Se Gorton, s. 303.

¹¹⁶ SOU 2000:11, p. 6.2.10, s. 150ff.

vissa konsumentförhållanden.¹¹⁷

Konsumentpolitiska kommittén gör i SOU 2000:29 även vissa uttalanden beträffande påföljden vid felaktig rådgivning. Såsom lämplig påföljd förordar man skadestånd även om förutsättningarna därför måste övervägas. Utgångspunkt bör enligt kommittén emellertid vara att den oriktiga eller vårdslösa rådgivningen föranlett konsumenten en ekonomisk skada. Vid denna bedömning torde en jämförelse kunna göras med den situation kunden hade varit i om rådet aldrig hade förmedlats alternativt den situation denne hade varit i om det omtvistade rådet hade varit korrekt. Frågan om bevisbördans placering såvitt gäller kvalitén på ett lämnat råd uppmärksammas endast - utan ställningstagande - i utredningen.

Avslutningsvis konstaterar kommittén att det vid det fortsatta arbetet med att stärka skyddet för konsumenterna vid finansiell rådgivning bör övervägas att ge Finansinspektionen rätt att ställa krav på att samtliga som utövar dylik verksamhet har dokumenterad praktisk och teoretisk utbildning. Huruvida de av Konsumentpolitiska kommittén föreslagna lagstiftningsåtgärderna även kommer att leda till en lagstiftning på området är svårt att sja om. Mycket torde emellertid, med hänsyn till den totala ovisshet som för tillfället råder på området, tala för att vi även i Sverige inom en snar framtid berikas med någon form av reglering.

¹¹⁷ Jfr angående bevisbördans placering och räckvidd resonemanget ovan under punkten 2.6.

3. Rättsläget i Tyskland

3.1 Allmänt om kraven på bankens placeringsrådgivare

I takt med det stigande intresset för kapitalplaceringar bland privatpersoner kan konstateras att utbudet av finansiella instrument under den senaste tioårsperioden har ökat kraftigt. De finansiella innovationerna erbjuder således kunderna en mångfald av placeringsalternativ, vilket för många emellertid kan vara svårt att hantera. Vid sidan av de för det stora antalet placerare bekanta placeringsformerna aktier, obligationer och fonder, träder numera olika varianter av dessa finansiella instrument in.¹¹⁸ För att bankerna över huvud taget ska kunna erbjuda sina kunder en placeringsrådgivning beträffande dessa nya instrument, krävs emellertid en relativt omfattande och fortlöpande skolning av de anställda. Detta innebär i sin tur icke oväsentliga kostnader för banken, vilka måste vägas mot frekvensen av denna typ av förmedlingsuppdrag samt den möjlighet och det intresse banken har av att förmedla dylika finansiella instrument till sina kunder.¹¹⁹ Av tysk domstolspraxis framgår, vilket närmare kommer att behandlas nedan, att bankerna inte är skyldiga att tillmötesgå kunden med placeringsrådgivning. Samtidigt åligger det emellertid banken en relativt långtgående informationsplikt enligt §31 WpHG. Denna informationsplikt kan dock under vissa omständigheter helt eller delvis falla bort.¹²⁰

3.1.1 Kundens önskemål

En studie av praxis på kapitalplaceringsområdet visar att intresset för nya finansiella instrument är stort bland privata investerare i Tyskland; en icke obetydlig nyfikenhet tycks vara för handen. Kunderna är över lag relativt riskbenägna och fascinerade över möjligheten till snabba vinster. Måhända hänger detta samman med en generell ökning av privata förmögenheter i samhället. I vilket fall kan konstateras att placerare som tidigare intagit en konservativ placeringsstrategi, nu i allt större utsträckning ägnar sig åt mer offensiva spekulationer. Framför allt har antalet placeringar i olika former av optioner och terminer ökat kraftigt.¹²¹ Anmärkningsvärt är att dessa spekulationer inte sällan företas av personer vars erfarenheter av värdepappershandel är högst begränsade.¹²² Det ursprungliga syftet med terminer, dvs att

¹¹⁸ Som exempel kan nämnas s.k. ”penny stocks”; aktier med ett begränsat kursvärde vilket medför att redan förhållandevis små kurssvankningar leder till höga procentuella förändringar. Dylika aktier förekommer främst på de nordamerikanska, australiska och asiatiska marknaderna. Källa: http://aktienfinder.consors.de/lexikon/ak_penny_stocks.html.

¹¹⁹ Horn, Norbert, *Anlageberatung im Privatkundengeschäft der Banken. Rechtsgrundlagen und Anforderungsprofil*, WM 1999, s. 1ff.

¹²⁰ Jfr den fortsatta framställningen under 3.3.6.

¹²¹ Horn, s. 1.

¹²² Jfr här exempelvis BGH beslut från 15. april 1997 - XI ZR 215/96, Kammergericht. Publicerat i WM 1997, s. 1014.

utesluta risker genom att företa motaffärer ("hedging"), har således vänts till sin motsats. En bidragande faktor till denna utveckling är säkerligen den börsrättsliga lagreform som genomfördes i Tyskland 1990 och som bl. a. medförde att privatpersoner i stor utsträckning fick tillgång till marknaden för terminer och optioner. Lagändringarna innebar emellertid endast en anpassning till en internationellt vedertagen standard.

3.1.2 Bankens verksamhetsmål

Bankens placeringsrådgivare och värdepappersförmedlare konfronteras emellertid inte endast med ett brett utbud av finansiella instrument och därmed sammanhängande önskemål från kunderna; man arbetar även ständigt under förväntningar från bankens sida om en hög produktivitet i form av intjänade courtage. Dessa förväntningar formuleras vanligtvis konkret i bankens budget eller i form av målsättningar. Liksom är fallet vid andra företag, bedriver även bankerna i tider av rationaliseringar och fusioner en stram personalpolitik. Kostnadssänkningar sker i linje härmed bl. a. genom personalnedskärningar, vilket medarbetarna är väl medvetna om. Likaså är man medveten om det faktum att en fortsatt anställning på banken är beroende av det resultat som presteras. Till detta kommer den tilltagande konkurrensen om kunderna som föränletts inte minst av de nya nischbankerna, framför allt av s.k. discountbrokers - en verksamhetsgren som för övrigt flera av de större affärsbankerna under de senaste åren har utökat sin verksamhet med.¹²³

Mot bakgrund av detta är bankens rådgivare/placeringsförmedlare numera inte sällan tvungna att själva aktivt söka upp sina kunder i värdepapperssäljningen för att sedan genom rådgivning föreslå kunden lämpliga dispositioner, vilket i förlängningen givetvis innebär courtage-intäkter för banken. Även om rådgivaren i de allra flesta fall torde ha kundens bästa för ögonen, är risken för intressekonflikter av förklarliga skäl överhängande.¹²⁴ Denna problematik gör sig framför allt gällande i gränsfall, dvs i fall då det är tveksamt huruvida den föreslagna dispositionen eller omstruktureringen av portföljen verkligen framstår som nödvändig eller ens lämplig med hänsyn till de därmed sammanhängande kostnaderna för kunden. Sannolikheten att rådgivaren i dylika fall, med hänsyn till de av banken uppställda målsättningarna, rekommenderar kunden till en disposition framstår såsom icke obetydlig. Den juridiska aspekten på detta spörsmål kommer att behandlas i sitt sammanhang senare i denna framställning.

3.2 Rådgivningsförhållandet

Affärsrelationen mellan kund och bank kännetecknas ofta av ett kunskaps-

¹²³ Som exempel kan nämnas Comdirect Bank, en på direct brokerage specialiserad dotterbank till Tysklands näst största affärsbank Commerzbank.

¹²⁴ Beträffande intressekonflikter se 3.3.2 nedan.

och informationsförspång till förmån för banken. För kunden kan det vara av stor vikt att kunna ta del av bankens kunskaper. Man kan då fråga sig när och hur ett rådgivningsförhållande uppstår. I Tyskland har man såsom ovan nämnts, vilket kommer att behandlas vidare nedan, sedan 1995 en lag om handel med värdepapper – Wertpapierhandelsgesetz, WpHG. Denna lag uppställer i §§31 och 32 ett antal allmänna förhållningsregler vilka banker och övriga värdepappersinstitut har att beakta i samband med värdepappershandel. Enligt WpHG:s regler föreligger det dock ingen allmän rådgivningsplikt för bankerna.¹²⁵ Detta understryks även av den tyska lagstiftaren.¹²⁶ Placeringsrådgivning regleras i Wertpapierhandelsgesetz endast såtillvida att §32 WpHG, i fall då en intressekonflikt mellan bank och kund föreligger, förbjuder banken att ge kunden rekommendationer eller placeringsråd.

Ett rådgivningsförhållande uppstår vanligtvis genom att bank och kund genom ett avtal kommer överens om att banken skall stå till förfogande med viss rådgivning. Ett sådant avtal innebär en förpliktelse för banken att inom ramen för rådgivningsavtalet, gentemot kunden, stå till förfogande med en saklig och omfattande rådgivning. Om denna visar sig vara bristfällig och inte svarar mot vad som kan förväntas av en på området kunnig bankman, kan kunden vid en eventuell förlust kräva ersättning av banken.¹²⁷ Även utan en uttrycklig överenskommelse kan ett rådgivningsavtal komma till stånd. Ett konkludent rådgivningsavtal anses enligt domstolspraxis föreligga i det fall banken rent faktiskt ger en kund råd och det för banken är tydligt att den konkreta rådgivningen är av stor vikt för kunden samt att den kommer att utgöra grunden för väsentliga dispositioner från kundens sida.¹²⁸ Huruvida en avgift har betalats eller inte, är utan betydelse.¹²⁹

För det fall ett rådgivningsavtal inte är för handen, föreligger normalt ingen skyldighet för en rådgivare att ge rekommendationer. Banker intar emellertid en speciell ställning i samhället och besitter i normalfallet ett informationsförspång i förhållande till kunderna. Med hänsyn härtill har det i tysk domstolspraxis förekommit att domstolarna under omständigheter, trots avsaknad av rådgivningsavtal, har ålagt bankerna viss rådgivningsplikt gentemot kunden.¹³⁰ Dessa avgöranden är dock från tiden innan WpHG trädde ikraft 1995 och det kan konstateras att BGH i sin senare praxis inte har gett uttryck för en dylik utvidgad rådgivningsplikt. Då inte heller övrig tysk doktrin - förutom von Gerd Sandkühler – nämner en sådan möjlighet, förefaller BGH:s tidigare praxis idag vara överspelad. Spörsmålet kommer därför inte vara föremål för vidare behandling i denna framställning. Ett specialfall av rådgivningsansvar aktualiseras emellertid i det fall då det står klart för banken att en av kunden planerad bankaffär av rättsliga skäl inte är

¹²⁵ Assmann/Schneider, Wertpapierhandelsgesetz, Köln 1995, s. 453.

¹²⁶ Bericht des BT-Finanzausschusses zum Regierungsentwurf eines Zweiten Finanzmarktförderungsgesetzes, BT-Drucksache 12/7918, s. 104.

¹²⁷ Von Gerd Sandkühler, Bankrecht, 2:a upplagan, München 1993, s. 27.

¹²⁸ BGH dom från 17. oktober 1989 - XI ZR 39/89, Düsseldorf. Publicerad i WM 1989, s. 1836.

¹²⁹ Vortmann, Aufklärungs- und Beratungspflicht der Banken, RWS-Skript 226, Köln 1997, s. 156ff.

¹³⁰ BGH dom från 31. mars 1992 - XI ZR 70/91, Köln. Publicerad i WM 1992, s. 901.

genomförbar, samtidigt som en alternativ lösning skulle vara framgångsrik. Banken är då med stöd av §242 BGB – ”tro och heder” – skyldig att upplysa kunden om detta förhållande.¹³¹

3.2.1 Distinktionen mellan informationsplikt och rådgivningsplikt

Rådgivning är både begreppsmässigt och praktiskt att skilja från informationsförmedling. Distinktionen är viktig inte minst vid en eventuell ansvarsbedömning. Att informera innebär att delge en person fakta. Det är härvidlag - applicerat på bankens värdepappersverksamhet - fråga om fakta mot vars bakgrund kunden fattar sitt placeringsbeslut. I så måtto kan man konstatera vissa beröringspunkter mellan förmedlande av information och rådgivning. Rådgivning sträcker sig emellertid längre än så och innefattar således inte endast en vidareförmedling av viss given information, utan även en bearbetning av denna för att sedan utmytna i ett till kunden anpassad konkret placeringsråd.¹³² Såsom konstaterats ovan under 3.2, uppställer Wertpapierhandelsgesetz dock ingen allmän rådgivningsplikt för banker och andra finansinstitut. Enligt §31 st 2 p 2 WpHG åligger det istället banker en skyldighet att ”delge kunden all ändamålsenlig information”¹³³. Tysk lagstiftning uppställer således endast en informationsplikt på detta område.

3.3 Bankers lagstadgade informationsskyldighet enligt Wertpapier- handelsgesetz - WpHG

Den tyska lagen om handel med värdepapper, WpHG, innehåller i §§31-34 vissa förhållningsregler för banker och andra värdepappersinstitut. I sak motsvarar dessa paragrafer i princip tidigare domstolspraxis och branschsedvana beträffande placeringsrådgivning. En viktig skillnad består emellertid i att WpHG:s regler inte endast omfattar de kreditinstitut som avvecklar värdepappersaffärer med sina kunder, utan alla värdepappersinstitut.¹³⁴ Det centrala lagrummet för informations- och rådgivningsansvar utgörs av §31 WpHG, vars innehåll nu i detalj kommer att analyseras.

Kreditinstitut och övriga värdepappersinstitut är enligt tysk lag skyldiga att utföra sina tjänster med erforderlig sakkunskap, noggrannhet och samvetsgrannhet. Värdepappersinstitutet måste även bemöda sig att undvika konflikter mellan kundens intressen och sina egna intressen, §31 st 1 p 1-2 WpHG. Dessa förhållningsregler gäller fr o m det att en placeringsrådgivning påbörjats.¹³⁵ Lagen kräver vidare att rådgivaren, innan han inleder sin rådgivning, informerar sig om kundens kunskaper och erfarenheter beträf-

¹³¹ Von Gerd Sandkühler, s. 29.

¹³² Horn, s. 4.

¹³³ Jfr den tyska lagtexten: ”[...] , seinen Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen.”

¹³⁴ Claussen, Bank- und Börsenrecht, 2:a upplagan, München 2000, s. 191.

¹³⁵ Claussen, s. 191.

fande värdepappershandel, §31 st 2 p 1 WpHG, samt delger denne ändamålsenlig information, §31 st 2 p 2 WpHG. Nämnade skyldigheter gäller dock endast i den utsträckning de tillvaratar kundens intresse samt är nödvändiga med hänsyn till den tänkta placeringens art och omfattning, §31 st 2 WpHG in fine. Genom §31 WpHG har den tyska lagstiftaren, såsom nämnts ovan, implementerat artikel 11.1 i Rådets direktiv 93/22 EEG om investeringstjänster inom värdepappersområdet.¹³⁶

3.3.1 Sakkunskap, noggrannhet, samvetsgrannhet - §31 1 st p 1 WpHG

Begreppen ”sakkunskap, noggrannhet och samvetsgrannhet” uppställer en plikt för bankerna att bedriva sin verksamhet med beaktande av kundernas bästa. Denna begreppstriö har övertagits från den tyska versionen av Art 11.1 p 2 Dir 93/22 EEG (”Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit”) och har intagits i §31 1 st p 1 WpHG.¹³⁷ Principen om EG-konform tolkning innebär att det tyska lagrummet ska tolkas i enlighet med direktivet. I linje härmed torde man i §31 WpHG - med hänsyn till direktivets lydelse - kunna inläsa en skyldighet för värdepappersinstitut att agera hederligt och rättvist (”recht und billig”) med kundens bästa samt med marknadens integritet (”der Integrität des Marktes”) för ögonen. Denna inledande, allmänt hållna bestämmelse i §31 WpHG ger således uttryck för en lojalitetsplikt för banker och andra värdepappersinstitut samt en skyldighet att tillvarata kundens intresse. Detta innebär att banker - till skillnad från andra företag - i sin affärsrelation till kunden inte kan utgå från att denne själv är i stånd att tillvarata sina intressen på bästa sätt.¹³⁸

3.3.1.1 Kundens intresse

§31 st 1 p 1 WpHG talar om ”kundens intresse”. Begreppet ”kund” ges i denna bemärkelse en vid tolkning och innefattar således alla personer som med anledning av en värdepapperstjänst har kontaktat eller blivit kontaktad av en bank eller annat finansinstitut. Även de personer vars skyddsvärdhet är begränsad, betraktas i lagens mening som en kund.¹³⁹

Mot bakgrund av de i Dir 93/22 EEG uppställda principerna torde det enligt §31 WpHG - ”i kundens intresse” - åligga värdepappersinstitut att, så långt möjligt är, utföra kundorders till bäst möjliga kurs. Detta följer även av det faktum att banker och andra värdepappersinstitut vid värdepappersaffärer i normalfallet inte själva intar rollen av försäljare, utan istället agerar förmedlare. En förmedlare är, i likhet med kommissionären, skyldig att i alla lägen förhålla sig lojal gentemot uppdragsgivaren.¹⁴⁰ ”Bäst möjliga kurs” är

¹³⁶ Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Köln 1995, s. 795.

¹³⁷ Jfr den engelska versionen där man talar om ”with due skill, care and diligence” samt den franska lydelsen ”avec la compétence, le soin et la diligence”.

¹³⁸ Koller i Assmann/Schneider, s. 415f.

¹³⁹ Ibid, s. 416. Mindre ”skyddsvärd” kan under omständigheter exempelvis en ”erfaren” placeringskund vara. Andra faktorer som spelar in i denna bedömning är kundens placeringsmål och finansiella förhållanden. Jfr härtill 3.3.6 samt 3.3.7 nedan!

¹⁴⁰ Kümpel, Bank und Kapitalmarktrecht, s. 793.

emellertid inte nödvändigtvis den lägsta kursen. Utvecklingen av de finansiella marknaderna har medfört att ett och samma finansiella instrument inte sällan går att inhandla på flera olika börser.¹⁴¹ Liksom kurserna, med hänsyn till bl. a. skillnader i omsättning, kan skifta mellan börserna, kan även courtagen variera. Banken måste därför vid utförande av en kundorder i varje enskilt fall se till den totala kostnaden för kunden.

Såsom huvudregel gäller enligt tysk domstolspraxis att en order ska utföras så snabbt som rimligen - med beaktande av reglerna om intressekonflikter¹⁴² - är möjligt.¹⁴³ Skulle det emellertid visa sig att en senareläggning av utförandet ligger i kundens intresse, kan undantag från denna huvudregel aktualiseras. Således kan det under omständigheter vara klokt att sammanföra en kundorder med bankens egenhandel eller med uppdrag från andra kunder, för att på så sätt erhålla förmånligare kurser. Kunden kan dock inte förvänta sig att ett värdepappersinstitut ska arbeta uteslutande med dennes bästa för ögonen. Så länge en viss fördröjning av verkställigheten inte är till nackdel för kunden, torde den därför vara godtagbar.¹⁴⁴

En order ska utföras på den ort där de bästa förutsättningarna kan förväntas uppnås. Det kan emellertid inte förväntas att ett värdepappersinstitut ska överblicka alla marknader. I regel kan en kundorder således utföras på någon av de nationella börserna. Skulle det emellertid i det enskilda fallet ligga i kundens intresse, är banken även skyldig att utföra en order utomlands. Denna skyldighet torde inte kunna avtalas bort genom bankens standardavtal.¹⁴⁵

3.3.2 Intressekonflikter - §31 st 1 p 2 WpHG

Enligt §31 st 1 p 2 WpHG är värdepappersinstitut skyldiga att i sin verksamhet i görligaste mån undvika intressekonflikter. För det fall en intressekonflikt emellertid är oundviklig, är det värdepappersinstitutets skyldighet att utföra kundens uppdrag under beaktande av dennes intresse.

§ 31 **Allgemeine Verhaltensregeln.** (1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist verpflichtet,

[...] 2. sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen und dafür zu sorgen, daß bei unvermeidbaren Interessenkonflikten der Kundenauftrag unter der gebotenen Wahrung des Kundeninteresses ausgeführt wird.

Denna bestämmelse medför ett indirekt förbud för banker att i sin rådgivningsverksamhet förmedla placeringsråd i strid med kundens intresse. Det är således exempelvis förbjudet för en bank att rekommendera en eller flera kunder till köp eller försäljning av ett visst värdepapper i syfte att påverka köpkursen i en riktning som är fördelaktig för bankens egenhandel. Närhe-

¹⁴¹ Enbart i Tyskland finns det för tillfället 6 värdepappersbörser; Frankfurt, Stuttgart, Düsseldorf, Hamburg, Berlin och München.

¹⁴² §31 st 1 p2 WpHG.

¹⁴³ Jfr OLG Oldenburg dom från 22. Maj 1992 – 17 U 14/94. Publicerad i WM, 1993, s. 1879f.

¹⁴⁴ Koller i Assmann/Schneider, s. 418.

¹⁴⁵ Ibid, s. 419.

ten till det för banker och andra finansinstitut gällande förbudet mot insiderhandel är, vilket med tydlighet framgår av nämnda exempel, påtaglig.¹⁴⁶ I linje härmed är det därför inte tillåtet för banker att - med kännedom om kundorders - bedriva egenhandel som för kunderna kan medföra nackdelar i form av sämre köp- eller säljkurser, s.k. "front-running".¹⁴⁷

Av punkten 5.1 st 2 i BAW:s riktlinjer från 1997, vars innehåll utgör en form av förarbete till §§31 och 32 WpHG, framgår vidare att det för banker och andra finansinstitut är förbjudet att - i syfte att öka sina courtage - rekommendera placeringar i en sådan omfattning att de avgifter kunden påförs står i ett klart missförhållande till det satsade kapitalets storlek och förväntad avkastning ("churning"). Ett placeringsråd måste således orientera sig efter kundens intresse och får under inga omständigheter grunda sig i den rådgivande bankens subjektiva intresse.

För att undvika intressekonflikter vid rådgivning uppställer den tyska lagstiftaren i §33 WpHG ett antal organisatoriska skyldigheter som ett värdepappersinstitut har att beakta. Den relativt vidlyftiga bestämmelsen föreskriver emellertid endast att banken för detta ändamål ska avsätta nödvändiga medel och förfaranden.

§ 33 Organisationspflichten. (1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen
1. ist verpflichtet, die für eine ordnungsmäßige Durchführung der Wertpapierdienstleistung [...] notwendige Mittel und Verfahren vorzuhalten und wirksam einzusetzen.

§33 WpHG uppställer alltså inget tvingande krav på upprättande av informationsbarriärer, s.k. "chinese walls", mellan rådgivningsverksamheten och bankens egenhandel.¹⁴⁸ I avsaknad av konkreta uppgifter från lagstiftarens sida om hur de organisatoriska plikterna i här aktuellt hänseende ska fullgöras av bankerna, leder icke desto mindre en ändamålsenlig tolkning av §33 WpHG såsom den samlade kontexten av §§31-37 WpHG till att ett värdepappersinstitut - för att undvika intressekonflikter - torde ha en skyldighet att avgränsa de båda affärsområdena från varandra. Till en liknande slutsats torde man även komma med stöd av förbudet mot insiderhandel i §14 WpHG som uppställer en skyldighet för värdepappersinstitut att företa åtgärder för att försvåra dylik handel.¹⁴⁹

Även för det fall en organisatorisk avgränsning av rådgivningsverksamhet och egenhandel faktiskt är för handen, kan det uppstå situationer då ett brott mot de allmänna förhållningsreglerna i §§31 och 32 WpHG eller insiderreglerna i §§12ff WpHG är i princip oundvikligt. Problematiken låter sig illustreras med ett **exempel**: En placeringsrådgivare har - befintliga "chinese-walls" till trots - via en annan avdelning på banken erhållit information av insiderkaraktär som kan komma att påverka kursen på ett visst finansiellt instrument i negativ riktning. I anslutning till detta frågar en kund

¹⁴⁶ §§12ff WpHG innehåller regler beträffande s.k. insiderhandel. I §14 WpHG uppställer den tyska lagstiftaren ett förbud mot insideraffärer. För en mer ingående analys av tysk insiderlagstiftning hänvisas till Claussen/Schwark, Insiderrecht für Finanzanalysten, 1997.

¹⁴⁷ Claussen, s. 196f.

¹⁴⁸ Eisele, Dieter, Insiderrecht und compliance, WM 1993, s. 1021ff.

¹⁴⁹ Claussen, s. 197.

rådgivaren vad denne tror om en investering i det aktuella värdepappret. Enligt §§31 och 32 WpHG skulle en rådgivare i en dylik situation - med hänsyn till kundens intresse - tveklöst vara skyldig att avråda kunden från en placering. Samtidigt förbjuder emellertid §14 st 1 p 1 och 2 WpHG rådgivaren att delge kunden den insiderinformation han har tagit del av. Enligt Claussen måste vid en dylik konflikt i normalfallet förbudet att vidareförmedla insiderinformation väga tyngst.¹⁵⁰ Detta torde dock inte innebära att en rådgivare under nämnda omständigheter är tvungen att tyst se på när kunden företar en för honom högst ofördelaktig placering. Det förefaller snarare vara så att rådgivaren har att meddela kunden att viss information är för handen - vars innehåll denne dock är förhindrad att yppa - och att han med anledning av detta avråder kunden från en investering i det aktuella värdepappret.¹⁵¹ Frågan är emellertid om denna konstruktion för att i kundens intresse kringgå den tyska insiderlagstiftningen kan godtas. Att med hänvisning till viss information avråda kunden från en placering torde under omständigheter i princip kunna likställas med en vidareförmedling av de aktuella uppgifterna. Hur de tyska domstolarna ställer sig till detta spørsmål är i brist på vägledande avgöranden oklart.

3.3.3 Kundens erfarenheter och kunskaper, placeringsstrategi samt finansiella förhållanden - §31 st 2 p 1 WpHG

Ett placeringsråd måste vara anpassat till den enskilda kundens personliga förhållande.¹⁵² Engelsmännen brukar säga att en rådgivare "has to know his customer". För att säkerställa detta måste banken/rådgivaren, innan en affär genomförs, informera sig om kundens erfarenhet och kunskaper i värdepappershandel samt om dennes placeringsstrategi och finansiella förhållanden, §31 st 2 p 1 WpHG.¹⁵³ Denna regel utgör en nyhet i tysk kapitalplaceringsrätt och bygger på den i anglo-amerikansk rätt vanligt förekommande "suitability investigation".

Utforskande av en kunds **finansiella förhållanden** var tidigare ett okänt fenomen i tysk rätt och har varit föremål för en hel del reservationer, främst med anledning av skyddet för persondata och privatsfären.¹⁵⁴ Den tyska lagstiftaren ansåg dock skyddsaspekten och möjligheten att fastställa kundens informationsbehov väga tyngre i sammanhanget. Bankens skyldighet att utröna kundens ekonomi behöver emellertid inte ske uttryckligen; det räcker om denna information framgår av den bild av kundens förhållanden som växer fram under rådgivningssamtalet.¹⁵⁵ Med kundens "finansiella förhållanden" åsyftas för övrigt inte endast dennes förmögenhet. Även arbetsinkomst, karriärutsikter och kundens eventuella skulder faller under

¹⁵⁰ Claussen, Insiderhandelsverbot und Ad hoc-Publizität, Köln 1996, s. 98.

¹⁵¹ Koller i Assmann/Schneider, s. 457.

¹⁵² Vortmann, s. 151.

¹⁵³ I förarbetena till §31 WpHG preciserar man denna skyldighet genom att konstatera att upplysningarna ska vara "passande, fullständiga samt gestaltade på ett ändamålsenligt sätt". Jfr BAW-Wohlverhaltensrichtlinie punkt 3.1 a.

¹⁵⁴ Claussen, s. 192.

¹⁵⁵ LG München I, dom från 23. februari 1995 - 12 O 6149/94. Publicerad i WM 1995, s. 1308ff.

detta uttryck och ska således beaktas av banken.¹⁵⁶ I den mån det är frågan om finansiella instrument med låg risk kan banken, utan att riskera ett senare ansvar, avstå från att informera sig om kundens finansiella situation.¹⁵⁷

Kundens **erfarenhet** av samt **kunskaper** om värdepappershandel framgår av omfånget och frekvensen av hans tidigare affärer. För det fall en kund låter sig företrädas genom fullmakt vid sina värdepappersaffärer med en bank, är det fullmäktigens kunskaper man fokuserar på. Det är fullmäktigen som fattar placeringsbeslutet i den konkreta situationen. Vid bedömningen av placeringsstrategi och finansiella förhållanden är det emellertid kundens person som är avgörande eftersom det är han som får bära de ekonomiska följderna av en eventuell affär.¹⁵⁸

Genom att ta del av kundens placeringsstrategi och **målsättning** är det möjligt för banken att bestämma dennes riskbenägenhet samt att fastställa i vilken omfattning kundens ekonomi tillåter förluster i de av honom planerade värdepappersaffärerna. Som utgångspunkt gäller att ju högre risk de av en kund tänkta placeringarna innebär, desto större krav ställs på värdepappersinstitutets upplysnings- och informationsplikt. Obligationer betraktas normalt såsom en relativt riskfri placering¹⁵⁹ medan spekulationer i aktier fordrar en något högre riskbenägenhet från kundens sida. Det är även viktigt att skilja mellan kortsiktiga och långsiktiga placeringar. En långsiktig placering i ett avistainstrument är således i normalfallet förenad med en betydligt lägre risk än en kortsiktig placering i samma finansiella instrument.¹⁶⁰ BGH har i ett avgörande från 1997 slagit fast betydelsen av kundens målsättning vid bedömningen av ett rådgivningsansvar. Det var här fråga om en egen företagare som hade vänt sig till en bank för rådgivning beträffande en placering av 80 000 DEM. Bankens placeringsrådgivare föreslog köp av tyska standardaktier men passade samtidigt på att informera företagaren om möjligheten att genom upptagande av krediter företa mer omfattande placeringar. Kunden följde detta råd och upptog i linje härmed en värdepapperskontokredit med variabel ränta på ett belopp om 1,2 miljoner DEM. Spekulationerna medförde emellertid höga förluster. BGH konstaterade i sina domskäl att banken brustit i sin informationsplikt genom att inte upplysa kunden om de höga risker som är förenade med kreditfinansierade värdepappersaffärer. Vidare konstaterade man att anledningen till att kunden över huvudtaget upptog de aktuella krediterna i banken var det faktum att bankens placeringsrådgivare inte beaktade kundens mål, dvs att placera 80 000 DEM i aktier. Banken ansågs således även i detta hänseende ha brustit i sina skyldigheter enligt §31 st 2 p 1 WpHG.¹⁶¹

Med hänsyn till skyddet för persondata är bankens rätt att inhämta upplysningar begränsad till den information som är relevant för rådgivningen. Det

¹⁵⁶ Koller i Assmann/Schneider, s. 449.

¹⁵⁷ Claussen, s. 192 ff.

¹⁵⁸ Claussen, s. 194.

¹⁵⁹ Här måste man emellertid skilja mellan företagsobligationer - vilka under omständigheter är förenade med betydande risker - och statliga obligationer; jfr härtill 3.4 nedan.

¹⁶⁰ Horn, s. 8.

¹⁶¹ BGH dom från 28. januari 1997 - XI ZR 22/96, Zweibrücken. Publicerad i WM 1997, s. 662.

består emellertid ingen skyldighet för rådgivaren att pröva riktigheten av de av kunden angivna uppgifterna. Kunden har dessutom en lagstadgad rätt till att vägra lämna ut uppgifter, §31 st 2 p 2 WpHG in fine. Kreditinstitutet får trots en sådan vägran genomföra affären. Kunden måste dock först ha upplysts om den specifika placeringsformens egenskaper och risker.¹⁶²

3.3.4 Inskränkningar i bankens skyldighet att inhämta upplysningar från kunden - "Angaben verlangen, soweit erforderlich"

Av §31 st 2 p 2 WpHG framgår att banken endast är skyldig att inhämta upplysningar av kunden i den utsträckning detta är nödvändigt. Nödvändighetskriteriet måste emellertid i det enskilda fallet vägas mot bankens skyldighet att förse kunden med ändamålsenlig information, §31 st 2 p 2 WpHG. Ändamålsenlig är all information som möjliggör för kunden att företa en för honom optimal placering. Det åligger således ett värdepappersinstitut att inhämta upplysningar av kunden i en sådan omfattning, att man är i stånd att bedöma huruvida en viss kapitalplacering med hänsyn till kundens målsättning och finansiella förhållanden även ligger i dennes intresse.¹⁶³ Begreppet "nödvändighet" konkretiseras således genom en intresseavvägning. Undantag från nämnda principer kan emellertid aktualiseras i förhållande till kunder som - av en eller annan anledning - kan betraktas som mindre "skyddsvärda" än andra.

Av Art 11.1 Dir 93/22 EEG framgår, vilket med hänsyn till principen om EG-konform tolkning även torde gälla för §31 WpHG, att kundens **professionalitet** har betydelse för omfattningen av informationsplikten. En person vars erfarenheter med värdepappershandel är omfattande, är således för sina förhållanden på de finansiella marknaderna inte i behov av ytterligare information från bankens sida. I förhållande till dylika kunder torde därför banken även kunna avstå från att inhämta upplysningar enligt §31 st 2 p 1 WpHG. Undantag från bankens skyldighet att inhämta upplysningar aktualiseras även i fall då banken sedan tidigare är informerad om kundens erfarenheter, mål och finansiella förhållanden och dessa uppgifter fortfarande kan betraktas som aktuella. Noteras bör emellertid att §31 st 2 p 2 WpHG inte endast tjänar konsumentskyddet utan även syftar till att skydda värdepappersinstituten från insolventa kunder. Inhämtande av upplysningar ligger under omständigheter således även i bankernas intresse.

3.3.5 Ändamålsenlig information - §31 st 2 p 2 WpHG

§31 st 2 p 2 reglerar bankens informationsskyldighet och innebär således ingen skyldighet för banken att stå till förfogande med bedömningar eller råd. Den uppställer en skyldighet för värdepappersinstitut att delge kunden eller dennes ställföreträdare all ändamålsenlig information; dock endast i den utsträckning detta är nödvändigt med hänsyn till placeringens art och

¹⁶² Claussen, s. 193.

¹⁶³ Koller i Assmann/Schneider, s. 450.

omfattning samt för att tillvarata kundens intresse. Mot bakgrund av Art 11.1 p 5 Dir 93/22 EEG torde emellertid informationsplikten inskränka sig till de fall då kunden kan betraktas såsom ”skyddsvärd”.¹⁶⁴

3.3.5.1 Sanningsplikt

Banken är skyldig att vid sin information och placeringsrådgivning förmedla sanningsenliga/korrekta uppgifter.¹⁶⁵ Kunden ska delges all information som är nödvändig för att denne ska kunna avgöra lämpligheten av en viss placering. Detta innefattar uppgifter om det ekonomiska läget, courtage, vinstutsikter, möjlighet att sälja ett visst finansiellt instrument samt marknads- och affärsrelaterade risker. En placeringsrådgivare måste alltså vara väl insatt i finansmarknaden och besitta goda kunskaper om de olika finansiella instrumenten.¹⁶⁶

Bankens sanningsplikt är vidsträckt. Den omfattar framför allt till kunden förmedlade faktauppgifter och bedömningar, men även olika av banken uppställda prognoser. Att konstatera om en bank verkligen har uppfyllt sina skyldigheter enligt ovan är emellertid inte oproblematiskt, inte minst då prognoser och bedömningar ofta utgör resultatet av subjektiva överväganden. Avgörande är därför inte i vad mån den av banken förmedlade informationen till sin bokstav är korrekt. Istället fokuserar man på hurvida den helhetsbild av kapitalplaceringen som kunden har fått också stämmer överens med verkligheten. Oväsentliga felaktigheter i bankens framställning tillmäts i normalfallet ingen betydelse.¹⁶⁷

Ett bank har rätt att förlita sig på sina informationskällor om dessa av erfarenhet har visat sig pålitliga eller om ett överprövande av uppgifterna skulle vara förenat med orimligt höga kostnader.¹⁶⁸ Kraven på ett värdepappersinstitut i detta hänseende ökar, ju större och sannolikare eventuella förluster för kunden framstår.

Vad beträffar utländska finansiella instrument, kräver dessa normalt en mer omfattande information från bankens sida. De ökade kostnader införskaffandet av dylik information i regel medför, avspeglar sig normalt sett i form av högre courtage. Det faktum att många placeringskunder, med hänsyn till de höga courtagen, undviker utländska värdepapper rättfärdigar emellertid inte att bankerna - för att på så sätt få ner kostnaderna - förmedlar bristfällig eller inkorrekt information.¹⁶⁹ Falsk information legitimeras inte heller av den omständigheten, att en viss placering på goda grunder kan antas vara fördelaktig.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Beträffande begreppet ”skyddsvärd” hänvisas till 3.3.4 ovan.

¹⁶⁵ BGH dom från 6. juli 1993 - XI ZR 12/93, Celle. Publicerad i WM 1993, s. 1455.

¹⁶⁶ Claussen, s. 194.

¹⁶⁷ Vortmann, s. 161.

¹⁶⁸ Jfr OLG Karlsruhe, dom från 23. november 1988 - 6 U 224/87. Publicerad i WM 1989, s. 1380f.

¹⁶⁹ Jfr härtill Raeschke-Kessler, Bankenhaftung bei der Anlageberatung über neue Finanzprodukte, WM 1993, s. 1833.

¹⁷⁰ Koller i Assmann/Schneider, s. 456.

3.3.5.2 Klarhet och fullständighet

Skyldigheten för värdepappersinstitut att förmedla sanna uppgifter gentemot kunderna innefattar därutöver en plikt att uttrycka sig klart. Kunden skall erhålla råd och information beträffande en kapitalplacering på ett för honom begripligt sätt.¹⁷¹ Detta innebär att rådgivaren måste anpassa informationen till kunden individuellt efter dennes bildningsnivå och uppfattningsförmåga. Skulle det i det enskilda fallet visa sig vara nödvändigt, åligger det således rådgivaren att förklara eventuella utländska eller finanstekniska termer för kunden. Likaså är banken skyldig att vid behov upprepa lämnad information. Banken kan inte med ansvarsbefriande verkan åberopa att kunden av sina egna uttalanden själv kunnat dra de korrekta slutsatserna.

Banken är vidare skyldig att delge kunden alla omständigheter som är väsentliga för dennes val av placeringsform. Detta gäller oavsett om de aktuella omständigheterna är till fördel eller till nackdel för banken eller värdepappersinstitutet ifråga.¹⁷² Såsom ”ändamålsenlig” betraktas nämligen *all* information som den enskilde kunden behöver för att avgöra huruvida en planerad placering ligger i dennes intresse eller ej. Om viss information utesluts består risken att kunden får en felaktig bild av situationen och därför företar en för honom mindre fördelaktig kapitalplacering. Banken är dessutom inom ramen för §31 st 2 p 2 WpHG skyldig att utförligt informera kunden om marknads- och bonitetsrelaterade risker¹⁷³, affärsrelaterade risker samt övriga risker såsom exempelvis valutarisker eller speciella risker vid handel med derivatinstrument¹⁷⁴. Härvid får värdepappersinstitutet inte nöja sig med ”säkra” fakta.¹⁷⁵ Man är således även skyldig att delge kunden relevanta marknadsrykten i den utsträckning sådana är för handen.¹⁷⁶

Plikten att förmedla fullständig information gäller lika oavsett om det är fråga om ”små” eller ”stora” bankkunder. Likaså är det oväsentligt om kunden är spekulativt orienterad eller om denne intar en mer konservativ hållning. Såsom nämnts ovan kan emellertid informationsplikten helt eller delvis bortfalla i förhållande till speciellt erfarna kunder.

Ett värdepappersinstitut kan såsom huvudregel inte befria sig från sina skyldigheter enligt §31 st 2 p 2 WpHG genom att uppmärksamma kunden om att man inte förfogar över ändamålsenlig information. Bankens skyldighet att inhämta ändamålsenlig information är emellertid inte obegränsad. Det måste

¹⁷¹ Av den tyska versionen av Dir 93/22 framgår i Art 11.1 p 5 att informationen ska förmedlas i ”in geeigneter Form”, dvs i lämplig form. Jfr även den engelska avfattningen som talar om ”adequate disclosure”.

¹⁷² Jfr BGH dom från 31. juni 1990 - VII ZR 341/88, Saarbrücken. Publicerad i WM 1990, s. 1658ff. Se även Vortmann, s. 162ff.

¹⁷³ Exempelvis statsrelaterade risker (Ryssland, Kina m.fl.), konjunktur, utvecklingen på finansmarknaden samt konkurrenssituation.

¹⁷⁴ Speciellt hävstångseffekt, löptidens betydelse, marknadens likviditet, betydelsen av pristillägget på optionspremien etc.

¹⁷⁵ Exempelvis en ratingagenturs klassificering av ett visst värdepapper; jfr härtill det nedan analyserade ”Bond- fallet” från 1993.

¹⁷⁶ Koller i Assmann/Schneider, s. 459.

således exempelvis vara tillåtet för ett värdepappersinstitut att specialisera sig på vissa finansiella instrument. Om en kundorder hänför sig till ett finansiellt instrument som ligger utanför ett värdepappersinstitutets specialisering, måste värdepappersinstitutet ifråga endast förmedla ändamålsenlig information i den utsträckning det förfogar över sådan. I övrigt kan man hänvisa till sin specialisering.¹⁷⁷

Om en placeringsrådgivare i ett enskilt fall inte anser sig vara kompetent nog eller inte är säker på huruvida de av honom lämnade uppgifterna är fullständiga eller riktiga, är han skyldig att meddela kunden detta.¹⁷⁸ Vill kunden efter genomförd rådgivning utföra en för honom olämplig affär, torde det åligga rådgivaren att avråda honom från detta.¹⁷⁹ Står kunden, trots bankens avrådan, kvar vid sitt placeringsbeslut, får banken ändå genomföra affären. En generell plikt för banken att vägra utföra en dylik order föreligger inte.¹⁸⁰

3.3.5.3 Konkreta köp- eller försäljningsråd från banken

Banken är enligt §31 WpHG inte skyldig att ge konkreta rekommendationer beträffande köp eller försäljning av specifika värdepapper. Likväl förväntar sig kunden inte sällan mer än endast fakta beträffande intressanta placeringsobjekt. För att en rådgivningsplikt ska aktualiseras krävs emellertid ett rådgivningsavtal mellan bank och kund. Ett dylikt avtal kan, såsom ovan konstaterats, även ingås konkludent. För det fall en kund efterfrågar konkreta placeringstips och rådgivaren inte uttryckligen avstår från att lämna sådana, har man således i tysk domstolspraxis slutit sig till ett rådgivningsförhållande mellan parterna. Lämnar rådgivaren ett råd, svarar han därför även för eventuella felaktigheter förbundna med detta. Ansvar omfattar emellertid inte riskerna med placeringen som sådan.¹⁸¹ Nämda förhållande låter sig illustreras med ett **exempel**: En kund köper på inrådan av bankens placeringsrådgivare 500 aktier ur en nyemission. Emissionspriset betraktades av analytikerna som billigt mot bakgrund av företagets fundamentaldata. Tre månader efter aktieaffären offentliggör företaget sin verksamhetsberättelse som utvisar en förlust. Med anledning av detta faller aktiekursen. På grund av mindre bra prognoser för kommande verksamhetsår, vilka också redovisas i verksamhetsberättelsen, sjunker kursen dagen därpå ytterligare. Kunden vill nu erhålla skadestånd av placeringsrådgivaren då denne vid den första kursnedgången inte rekommenderat en försäljning. Något sådant anspråk tillkommer dock inte kunden. Det åligger inte en placeringsrådgivare att efter avslutad värdepappersaffär varna en kund för allmänna kursrisker eller att, utan en särskild förfrågan därom, råda kunden till avyttrande av

¹⁷⁷ Ibid, s. 461.

¹⁷⁸ BGH WM 1993, s. 1455.

¹⁷⁹ På denna punkten är emellertid den tyska doktrinen splittrad. Koller menar att det **inte** föreligger någon skyldighet för banker att avråda kunderna från en viss placering. Detta följer enligt Koller av det faktum att WpHG inte uppställer en generell rådgivningsplikt, utan endast en informationsplikt. Claussen är beträffande denna fråga av motsatt åsikt, jfr Claussen s. 195.

¹⁸⁰ Claussen, s. 195.

¹⁸¹ Ibid, s. 195 ff.

aktier.¹⁸² Annorlunda förhåller det sig endast i det fall då banken har slutit ett långsiktigt rådgivningsavtal med kunden; exempelvis i form av ett kapitalförvaltningsavtal, s.k. diskretionär förvaltning.¹⁸³

3.3.6 Begränsad informationsplikt - avsaknad av skyddsbehov

Av förarbetena till den tyska WpHG framgår att banken får ta hänsyn till kunders olika skyddsbehov; informationspliktens omfång och innehåll kan således variera i det enskilda fallet.¹⁸⁴ Banken är, såsom nämnts ovan, skyldig att anpassa informationen efter den enskilde kundens kunskaper och tidigare erfarenheter. I förhållande till kunder som är ”tillräckligt” erfarna, kan informationsplikten därför under omständigheter helt falla bort.¹⁸⁵ Enligt Claussen torde ett sådant undantag från §31 st 2 WpHG inte endast aktualiseras i förhållande till placerare som erhållit sina kunskaper i samband med sitt yrkesutövande, utan även i förhållande till erfarna privata placerare.¹⁸⁶ Är det oklart huruvida kunden besitter erforderliga sakkunskaper, är rådgivaren skyldig att informera sig om detta. Det faktum att en person är juridiskt skolad eller verksam advokat, medför enligt domstolspraxis ingen presumtion för att denne även är förmögen att bedöma riskerna med specifika värdepappersaffärer. Informationsplikten faller således inte automatiskt bort beträffande denna yrkeskategori.¹⁸⁷

En kunds skyddsbehov framgår vidare i viss utsträckning av dennes placeringsmål och finansiella förhållanden.¹⁸⁸ En spekulativt inriktad placerare är således i regel varken intresserad eller i behov av information beträffande finansiella instrument med en typiskt sett låg risk. Samtidigt kan konstateras att det i förhållande till en kund vars ekonomiska förhållanden är knappa, åligger banken att förstärkt upplysa kunden om de finansiella konsekvenserna av en viss placeringsstrategi. Här utökas alltså informationsplikten.¹⁸⁹ Det faktum att en kund är förmögen innebär ingen presumtion för att denne är i mindre behov av ändamålsenlig information.

Även om kundens informationsbehov de facto kan variera, utesluter inte detta att bankerna i sin verksamhet använder sig av standardiserade formulär.¹⁹⁰ I tysk bankpraxis delas därför kunderna i regel in i olika riskklasser beroende på kunskapsnivå och tidigare erfarenheter. Varje riskklass tillförs sedan ett antal, i bankens ögon, lämpliga finansiella instrument, över vilka den aktuella gruppen placerare informeras. Banken är emellertid skyldig att

¹⁸² Vortmann, s. 164.

¹⁸³ Claussen, s. 196.

¹⁸⁴ Beschlußempfehlung und Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drucksache 12/7918, s. 205.

¹⁸⁵ Kümpel, WM 1995, s. 691.

¹⁸⁶ Claussen, s. 192.

¹⁸⁷ Jfr dom av LG Düsseldorf från 24. januari 1996 - 14 O 271/95. Publicerad i EWIR 1996, s. 297.

¹⁸⁸ Jfr även 3.3.5.2 ovan.

¹⁸⁹ Koller i Assmann/Schneider, s. 466.

¹⁹⁰ Kümpel, WM 1995, s. 691.

meddela den enskilde kunden hur denne har klassificerats.¹⁹¹

3.3.7 Kundens möjlighet att avstå från information

§31 st 2 p 2 WpHG är med hänsyn till sin karaktär av tillsynsnorm tvingande och kan därför inte avtalas bort av parterna. Härav torde emellertid inte nödvändigtvis följa att en kunds skyddsbehov och därmed bankens informationsplikt består, även i det fall kunden väljer att avstå från bankens information. Vissa uttalanden i förarbetena till Wertpapierhandelsgesetz antyder att ett avstående från information från kundens sida ska beaktas.¹⁹² Samtidigt kan emellertid konstateras att Art 11.1 Dir 93/22 EEG, mot vars bakgrund §31 WpHG ska tolkas, inte innehåller någon hållpunkt för en dylik slutsats. En möjlighet att avstå från information skulle snarare stå i strid med den konsumentskyddsaspekt som ligger till grund för Dir 93/22. Det aktuella direktivet medger endast en inskränkning av informationsplikten i förhållande till kunder, vars professionalitet gör ytterligare information överflödig. Endast kunder som är medvetna om vad de avstår från och som är i lag att överblicka de risker eventuellt otillräcklig information kan medföra, är enligt Art 11.1 93/22 EEG inte skyddsvärda. Dessa principer torde med stöd av en EG-konform tolkning av WpHG gälla även för §31 st 2 p 2.¹⁹³

§31 st 2 p 2 WpHG innebär dock ingen skyldighet för banker att ägna sig åt ”meningslösa” informationsförsök. Vägrar kunden eller dennes ställföreträdare att låta sig informeras, framstår eventuella försök att påtvinga denne information i vilket fall såsom överflödiga eftersom kunden under dylika omständigheter i regel inte tar till sig informationen ifråga. Banken varken måste eller kan tvinga på sina kunder information.¹⁹⁴

Det faktum att en kund meddelar en order via brev eller fax behöver inte innebära att han för den skull avsäger sig all form av information eller rådgivning enligt WpHG. Möjligheten består att kunden ogenomtänkt, på inrådan exempelvis av någon bekant, snabbt fattat det aktuella placeringsbeslutet. I förhållande till dylika kunder består således bankens informationsplikt oinskränkt. Banken får inte heller underlåta att informera en kund med motiveringen att kunden i fråga tillhör kategorin ”hopplösa” börsspekulanter (lycksökare etc). Även denna grupp placerare är i regel intresserade av ändamålsenlig information.¹⁹⁵ Annorlunda förhåller det sig om kunden ger till känna att han endast är intresserad av att få sin order förmedlad av banken. I detta fall torde det inte åligga banken en informationsplikt. Denna åsikt vinner även stöd i förarbetena till WpHG.¹⁹⁶

¹⁹¹ Claussen, s. 194.

¹⁹² BT-Drucksache 12/7918, s. 104.

¹⁹³ Koller i Assmann/Schneider, s. 468.

¹⁹⁴ Såsom Koller med all tydlighet uttrycker det i Assmann/Schneider's

”Wertpapierhandelsgesetz” ställer varken WpHG eller Dir 93/22 EEG några hinder i vägen för kunden att göra sig själv till narr.

¹⁹⁵ Jfr härtill OLG Düsseldorf, dom från 27. september 1994 - 4 U 264/93. Publicerad i ZIP 1994, s. 1765f.

¹⁹⁶ Se BAW-Wohlverhaltensrichtlinie som i punkt 3.6 uppställer ett antal principer för

Det är tydligt att de tyska värdepappersinstituterna beträffande informationsplikten enligt WpHG står inför ett dilemma. Å ena sidan åligger det dem en lagstadgad skyldighet att inhämta upplysningar om den enskilda kundens erfarenheter och ekonomiska förhållanden för att på så sätt i sin tur kunna delge kunden ändamålsenlig information och - i den mån ett rådgivningsförhållande är för handen - prestera en fullgod rådgivning. Å andra sidan har kunden möjligheten att varken tillmötesgå banken med upplysningar om sina personliga förhållanden eller låta sig informeras beträffande för honom ändamålsenliga uppgifter. Frågan om banken i det enskilda fallet har uppfyllt sina informations- respektive rådgivningsskyldigheter är således av förklarliga skäl inte sällan problematisk att avgöra. Denna oklarhet drabbar framför allt banken; det är nämligen banken som i förlängningen får bära de ekonomiska följderna av en eventuellt bristfällig information. Ett värdepappersinstitut har givetvis alltid möjligheten att avböja en förmedling av en kundorder - någon plikt i detta hänseende föreligger således inte. Samtidigt står förmedlingsverksamheten och därmed sammanhängande courtage samt provisioner idag för den största delen av bankernas intäkter och tendensen är stigande. Bankerna har därför med hänsyn till den kraftigt tilltagande konkurrensen inte minst från s.k. discountbrokers, sällan råd att säga nej till en kund.

3.4 Avgränsning mellan lagstadgad informationsplikt och på avtal vilande rådgivningsplikt

Redan innan WpHG trädde ikraft 1995 var tyska banker och finansinstitut med stöd av domstolspraxis och doktrin skyldiga att vid värdepappersaffärer stå till förfogande med ändamålsenliga upplysningar och rådgivning gentemot sina kunder.¹⁹⁷ Det var emellertid först i och med det s.k. "Bond-fallet" från 1993 som man fick en enhetlig praxis på området.¹⁹⁸ De principer som Tysklands högsta domstol - Bundesgerichtshof (BGH) - i detta avgörande slog fast beträffande det på avtal vilande rådgivningsansvaret är fortfarande, om än med vissa tillägg och preciseringar, vägledande för de tyska domstolarna.

Bakgrunden till Bond-fallet kan sammanfattas enligt följande: I mars månad 1989 kontaktade ett äkta par sin bank med önskemålet att placera 20 000 DM; om möjligt på så vis att den då gällande källskatten undveks. Makarnas tillgodohavande hos den aktuella banken uppgick vid denna tidpunkt till ca 55 000 DM och bestod uteslutande av säkra placeringsformer utan någon kursrisk. Bankens placeringsrådgivare föreslog med anledning av makarnas förfrågan ett köp av en företagsobligation emitterad av australienska Bond

värdepappersinstitut som endast förmedlar kundorders, s.k. discountbrokers ("execution only").

¹⁹⁷ Kümpel, Siegfried, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Köln 1995, s. 796.

¹⁹⁸ BGH WM 1993, s. 1455.

Corporation¹⁹⁹. Enligt rådgivaren var en dylik placering inte förenad med någon kursrisk. En kort tid senare visade sig emellertid obligationen vara värdelös. Redan 1988 hade Australiens ledande rating agentur klassat det aktuella värdepapperet såsom spekulativt. Vidare hade det under det sista kvartalet 1988 i fackpress publicerats ett antal artiklar av vilka bl. a. framgick att Bond-koncernen varit inblandad i ett antal ”tveksamma” transaktioner samt att koncernen kämpade med höga skulder. Den specifika företagsobligationen var emellertid officiellt noterad på börsen i Frankfurt i mars 1989.

Makarna krävde sedemera banken på skadestånd under åberopande av bristfällig rådgivning. Banken försvarade sig med att värdepapperet faktiskt var officiellt noterat på värdepappersbörserna i Frankfurt. BGH konstaterade i sina domskäl att banken genom att ta del av allmänt tillgängliga källor, inte minst publicerade ratings och yttranden i fackpress, borde ha uppmärksammat att placeringen var förenad med höga risker varför det i det aktuella fallet ålegat banken att beakta detta vid sin rådgivning. För det fall banken av organisatoriska skäl inte var i stånd att löpande hålla sig informerad om samt bearbeta relevanta nyheter från världens alla kapitalmarknader - vilket vid mindre filialer under omständigheter kan vara fallet, hade det enligt domstolen varit bankens skyldighet att informera kunden om dessa omständigheter. Så hade i det aktuella fallet inte skett. Istället hade banken genom sina uttalanden givit kunden den felaktiga uppfattningen att placeringen var riskfri.

Banken är enligt BGH, i den mån ett rådgivningsavtal upprättats, skyldig att gentemot kunden stå till förfogande med en noggrann placeringsrådgivning baserad på i rättspraxis utvecklade principer. Ett rådgivningsavtal kan såsom ovan nämnts även slutas konkludent. Rådgivningsplikten enligt Bond-fallet baseras alltså på ett avtal mellan kunden och banken, medan informationsplikten framgår direkt av den tyska lagstiftningen och återfinns i den ovan analyserade §31 WpHG. Till sitt innehåll skiljer sig den på avtal baserade rådgivningsplikten endast marginellt från den lagstadgade informationsplikten. Det framgår tydligt av domskälen i Bond-fallet att BGH vid sitt avgörande i stor utsträckning har orienterat sig efter informationsplikten enligt Art 11.1 i direktivet 93/22 EEG. Detta förklarar varför den tyska lagstiftaren i samband med implementeringen av det aktuella direktivet i princip utgick från domskälen i Bond-fallet.

3.4.1 Innehåll och omfattning

Såsom ovan nämnts skiljer sig den på avtal grundade rådgivningsplikten endast i liten omfattning från den lagstadgade, vilket också är naturligt då båda bygger på ett och samma EG-direktiv. Följande framställning återger i komprimerad form vad BGH konstaterade i sina relativt omfattande domskäl i Bond-fallet.

¹⁹⁹ Företagsobligationer erbjuder i normalfallet en högre fast räntesats än statliga obligationer, men är samtidigt förenade med icke obetydliga risker. Det är inte för intet dylika finansiella instrument i finanskretsar går under beteckningen ”junk bonds”.

Innehåll och omfattning av bankens rådgivningsplikt är enligt BGH beroende av en rad olika faktorer relaterade framför allt till värdepapperskundens person samt kapitalplaceringens karaktär. Rådgivningen måste således vara "individ- och objektanpassad".²⁰⁰ Framför allt fokuserar man på kundens kunskaper om olika finansiella instrument samt hans riskbenägenhet. Vidare fäster man särskild vikt vid kundens tidigare erfarenheter och vilka mål han har med placeringen. Om kunden är oerfaren i värdepappershandel föreligger en ökad informationsplikt. Banken måste, om så skulle visa sig behövt, höra sig för om kundens kunskapsnivå och målsättning. Detta gäller i synnerhet för att utröna huruvida den planerade kapitalplaceringen är tänkt att vara spekulativ eller om den ska utgöra en säker placering (jmf §31 st 2 p 1 WpHG). Det rekommenderade värdepapperet måste vidare vara anpassat till kunden. Den konkreta utformningen av bankens rådgivningsplikt är emellertid till avgörande del beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.²⁰¹

3.4.2 Bankens sakkunskap

Banker och andra värdepappersinstitut är enligt BGH:s uttalanden i Bond-fallet, med hänsyn till rådgivningsplikten, skyldiga att informera sig om de rekommenderade värdepappernas kvalitet, framför allt emittentens bonitet. Det räcker inte med att man konstaterar att det bedrivs officiell handel med ett värdepapper på den tyska börsen. Banken är vidare skyldig att ta del av och utvärdera uppgifter i affärstidningar. Detta står i överensstämmelse med de allmänna förhållningsreglerna i Wertpapierhandelsgesetz, enligt vilka värdepapperstjänster skall utföras med erforderlig sakkunskap, noggrannhet och samvetsgrannhet i kundens intresse (§31 st 1 p 1 WpHG).

Kravet på sakkunskap från bankens sida blir enligt BGH inte lägre då det är fråga om ett utländskt värdepapper. Även i sådana fall måste information i in- och utländska affärstidningar utvärderas. Rådgivningsbehovet vid handel med utländska värdepapper är normalt sett högre eftersom kunden, om överhuvudtaget, endast i mycket begränsad omfattning kan antas ha tillgång till utländska informationskällor.²⁰² Om banken i ett särskilt fall är oförmögen att införskaffa tillräckligt med information till kunden och därför riskerar att endast kunna förmedla bristfällig sådan, skall banken upplysa kunden om detta förhållande samt avstå från att ge eventuella rekommendationer.²⁰³

3.4.3 Formkrav

Rådgivningen kan enligt principen om formfrihet även ske muntligen. I Bond-fallet fastslår BGH emellertid ett skriftlighetskrav vid vissa former av

²⁰⁰ Arendts, Aufklärungs- und Beratungspflichten bei der Anlageberatung, DZW 1994, s. 185.

²⁰¹ Kümpel, WM 1995, s. 692.

²⁰² Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, s. 798.

²⁰³ Arendts, s. 187. Likhetera med den allmänna informationsplikten i §31 är här slående. Jfr härtill punkten 3.4.5.2 ovan.

kapitalplaceringar där risken för en totalförlust av det investerade kapitalet är stor. Som exempel nämner man handel med optioner och terminer.²⁰⁴ Genom en skriftlig upplysning underlättas enligt BGH möjligheterna för en i värdepappershandel oerfaren person att förstå de ofta komplicerade ekonomiska sambanden. Vissa röster har höjts i den tyska doktrinen om att skriftlighetskravet borde utsträckas till att omfatta alla former av moderna finansiella instrument. Något stöd för en sådan utvidgad tillämpning av kravet på skriftlighet finns dock inte i tysk rättspraxis.²⁰⁵

Avslutningsvis kan konstateras att de av BGH i Bond-fallet fastslagna grundprinciperna, vilka delvis har intagits i WpHG och som alltså fortfarande är bestämmande för tysk rättspraxis på området, inte på något sätt innebär att det numera är fritt fram för missnöjda värdepapperskunder att med hänvisning till bristfällig rådgivning övervältra sina spekulationsförluster på bankerna - vilket på sina håll befarades. BGH har istället i sin senare praxis, efter Bond-fallet, vid ett flertal tillfällen preciserat och förtydligat omfattningen av bankernas rådgivningsansvar.²⁰⁶

3.5 Bankens ansvar vid brott mot informations- och rådgivningsplikten

De nya reglerna i Wertpapierhandelsgesetz är till sin karaktär sådana att de inte direkt kan åberopas till stöd för en skadeståndstalan. Banker och andra värdepappersinstitut svarar därför för en korrekt genomförd upplysnings-, informations- och rådgivningsplikt enligt de för avtal i allmänhet gällande principerna i BGB. För att ett ansvar skall aktualiseras krävs uppsåt eller vårdslöshet från bankens sida enligt §276 st 1 BGB och §347 HGB.²⁰⁷ Ett bedrägligt alternativt moraliskt förkastligt beteende är inte nödvändigt. Avgörande är vilken omsorg och noggrannhet som kan krävas av banken vid varje värdepappersaffär. Den konkreta omsorgsplikten avgörs dock i det enskilda fallet mot bakgrund av de aktuella omständigheterna.²⁰⁸ Banken ansvarar inom ramen för ett bestående avtalsförhållande även för handlingar företagna av dess organ (§31 BGB) och dess medarbetare (§278 BGB). Detta ansvar förutsätter emellertid att medarbetaren agerar inom ramen för bankens skyldigheter.²⁰⁹ Därvidlag spelar det ingen roll om banken har in-

²⁰⁴ Arendts, s. 187.

²⁰⁵ Drygala, Termingeschäftsfähigkeit und Aufklärungspflicht beim Handel mit Optionscheinen, ZHR (159) 1995, s. 729ff.

²⁰⁶ Som exempel kan nämnas ett avgörande av OLG München (dom från 16. september 1993 - 6 U 4724/92) publicerat i WM 1994, s. 236ff. Här gjorde en privatperson, som själv var erfaren på värdepappersområdet, gällande att banken brustit i sin rådgivningsplikt genom att inte förutse en samhällskris - i det aktuella fallet oljekrisen - och krävde därför banken på ersättning för sina förluster. Domstolen såg emellertid annorlunda på saken och konstaterade att erfarna placerare endast kan förvänta sig en mindre ingående rådgivning samt att bankerna i normalfallet inte kan hållas ansvariga för bedömningar beträffande eventuella kriser inom näringslivet eller politiken.

²⁰⁷ Se bilaga 2.

²⁰⁸ Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrecht-Handbuch, band 1, München 1997, s. 781.

²⁰⁹ BGH beslut från 28. januari 1992 - XI ZR 201/90, Köln. Publicerat i WM 1992, s. 602

struerat sina medarbetare fel eller brustit i översynen. Även om banken inte kan klandras i detta hänseende, svarar den alltså för eventuella ekonomiska förluster som uppstått på grund av en medarbetares försummelser avseende informationsplikten.²¹⁰

3.5.1 Kausalitet och skyddsändamål

För att grunda ett ansvar för banken måste det föreligga kausalitet mellan den underlåtna, felaktiga eller otillräckliga informationen och den konkreta skadan en kund har lidit. Banken svarar inte för ekonomisk skada som hade uppstått även vid en korrekt lämnad information.²¹¹ Vid fastställande av ett eventuellt ansvar beaktas endast omständigheter som varit kända eller borde varit kända för banken vid rådgivningstillfället.²¹² Bevisbördan för huruvida kausalitet föreligger mellan den felaktiga rådgivningen och den förlustbringande placeringen, underlättas i viss mån av att ett orsakssamband som huvudregel presumeras föreligga. Det åligger sedan banken att bevisa motsatsen, d v s att den aktuella ekonomiska skadan skulle ha uppstått även om bankens rådgivning hade varit oklanderlig.

Answarets omfattning begränsas av skyddsändamålet bakom den specifika informationsplikten. Detta innebär att skadan måste stå i ett direkt samband med de faror och risker som informationsplikten är tänkt att undanröja. Om banken i ett enskilt fall endast är skyldig att informera och rådgiva kunden beträffande en viss omständighet, så aktualiseras bankens ansvar endast i förhållande till skador som uppstår med anledning av denna omständighet.²¹³

3.5.2 Medvållande - §254 BGB

Bankens ersättningsplikt med anledning av bristfällig eller felaktigt förmedlad information kan enligt §254 BGB reduceras vid medvållande från kundens sida. I vilken omfattning en invändning om medvållande beaktas, avgörs vid utebliven information med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet.²¹⁴

Vid rådgivning eller rekommendationer träffas kunden i normalfallet inte av ett medvållandeansvar såvida denne fäst tilltro till bankens sakkunskap och inte betvivlat riktigheten av den erhållna informationen. Ett medvållandeansvar kan emellertid undantagsvis aktualiseras, om exempelvis yttre omständigheter talar för att ett av banken lämnat råd är felaktigt eller varningar från tredje man eller banken inte i tillräcklig utsträckning har beaktats av

f.

²¹⁰ Schimansky/Bunte/Lwowski, s. 781.

²¹¹ Ibid, s. 780.

²¹² Arendts, s. 188.

²¹³ Schimansky/Bunte/Lwowski, s. 780. I förhållande till erfarna placeringskunder kan informationsplikten - samt även omfattningen av rådgivningsplikten - således inskränkas eller helt bortfalla; jfr härtill 3.3.6 ovan.

²¹⁴ BGH dom från 25. november 1981 - IV a ZR 286/80, Frankfurt. Publicerad i NJW 1982, s. 1095.

kunden.²¹⁵

3.5.3 Ersättningskyldighet

Vid brott mot informationsplikten uppstår en skyldighet för banken att ersätta kunden för ekonomisk skada. Den förfördelade kunden kan dock inte kräva att bli försatt i samma situation som om de av banken förmedlade uppgifterna varit korrekta (det positiva kontraktssintresset), d v s han kan inte kräva den av banken teoretiskt beräknade avkastningen för ett visst värdepapper. Istället skall kunden, enligt §249 BGB, sättas i samma ställning som om han inte hade erhållit den felaktiga informationen (det negativa kontraktssintresset). Banken måste således ersätta den fulla köpeskillingen. Till de ersättningspliktiga skadorna hör enligt §252 BGB vidare utebliven vinst, vilket medför att kunden kan kräva kompensation för utebliven ränta motsvarande den vid kapitalplaceringen marknadsmässiga bankräntan.

Om det med anledning av värdepappersköpet finns anspråk mot tredje man, är kunden enligt §255 BGB skyldig att avträda dessa till banken. Ett skadeståndsanspråk mot banken kan i ett dylikt fall endast göras gällande ”Zug um Zug” mot avträdande av nämnda anspråk. Samma sak gäller för det berörda värdepapperet. Förutsatt att denna placering fortfarande innehar ett värde, är kunden skyldig att överföra den till banken för att kunna erhålla eventuell ersättning. Endast vid en totalförlust krävs ingen överföring av kapitalplaceringen.²¹⁶

3.5.4 Preskription

Skadeståndsanspråk med anledning av en banks brott mot rådgivnings- och informationsplikten preskriberas enligt §37 a WpHG tre år efter det att anspråket uppstod.²¹⁷ Denna regel är ny och gäller sedan 1997. Tidigare tillämpades den för avtal i allmänhet gällande preskriptionstiden på 30 år i §195 BGB.²¹⁸ Den nya regeln i §37 a WpHG innebär en anpassning till en internationell standard på området.

3.6 Discountbrokers

Frågan huruvida de ovan nämnda rättsgrundsatserna i §§31 och 32 WpHG även ska gälla för s.k. discountbrokers, dvs värdepappersinstitut som bedriver sin verksamhet via telefon eller internet och som därvid endast förmedlar kundens order utan att tillhandahålla placeringsrådgivning, är fortfarande omtvistad i den tyska doktrinen. Inte heller de rättsfall som finns på området ger något entydigt svar. Syftet med de nya tjänsterna är att sänka courtagen

²¹⁵ Schimansky/Bunte/Lwowski, s. 782.

²¹⁶ Arendts, s. 188.

²¹⁷ Claussen, s. 199.

²¹⁸ Schimansky/Bunte/Lwowski, s. 784.

till förmån för värdepapperskunden. För att möjliggöra detta reducerar banken i gengäld sina egna insatser; man låter så att säga kunden själv göra jobbet. Med hänsyn till de låga courtagen faller således den kostnadsintensiva och för banken - ur ansvarshänseende - inte sällan riskfyllda placeringsrådgivningen bort.²¹⁹

Enligt de allmänna förhållningsreglerna - vilka gäller för **alla** värdepappersinstitut - är en bank endast skyldig att delge placeringskunden ändamålsenlig information i den utsträckning detta med hänsyn till de planerade kapitalplaceringarnas "art och omfattning" är erforderligt, §31 st 2 WpHG. Vid placeringar via en discountbroker har kunden själv valt att avstå från all form av rådgivning till förmån för ett lägre courtage. Dyliga investeringar torde därför med hänsyn till art och omfattning medföra ett bortfall av rådgivningsplikten och därmed inte innebära att discountbrokers bryter mot förhållningsreglerna i WpHG.²²⁰ Denna i tysk doktrin förhärskande tolkningen av §31 WpHG står i samklang med den tyska lagstiftarens vilja samt med ovan nämnda direktiv 93/22 EEG, av vilket framgår att rådgivningsplikten omfattning är beroende av "de tjänster som efterfrågas".²²¹ Den principiella tillåtligheten av affärer via discountbrokers bekräftas dessutom av BAW:s riktlinjer.²²²

Även om dyliga kapitalplaceringar principiellt är tillåtna innebär det för den skull inte att kunden står helt skyddslös. Av §31 st 2 p1 WpHG och BAW-Wohlverhaltensrichtlinie punkt 3.6 framgår att en discountbroker - innan det att kunden tillåts utföra sina affärer - har att informera sig om dennes kunskaper och erfarenheter. Mot bakgrund av dessa uppgifter åligger det sedan brokern att informera kunden över de av honom planerade kapitalplaceringarna. Denna information får ske i standardiserad form och behöver endast vara av grundläggande karaktär.²²³ Viktigt är emellertid att informationen, med hänsyn till kundens förkunskaper, gör det möjligt för denne att bedöma de specifika risker som de aktuella kapitalplaceringarna är förenade med. Endast för det fall kunden trots dessa upplysningar inte har placeringens funktion och risker klara för sig och detta i samband med mottagandet av kundens order framstår som uppenbart för discountbrokern, bör kunden avrådas från den tänkta affären.²²⁴

Det åligger även brokern att klart och tydligt uppmärksamma kunden om att ordern utförs utan någon form av rådgivning.²²⁵ Om en discountbroker trots allt tillmötesgår en kund med råd så gäller, oavsett om brokern har förklarat att någon rådgivning inte ges, de allmänna reglerna för placeringsrådgivning, dvs att rådgivningen ska vara "individ- och objektanpassad".²²⁶ Detta

²¹⁹ Kümpel, WM 1995, s. 692f.

²²⁰ Claussen, s. 200.

²²¹ Jfr BT-Drucksache 12/7918, s. 104 samt Rådets Direktiv 93/22 EEG om investerings-tjänster inom värdepappersområdet, Art 11 st 1 p 4.

²²² Se BAW-Wohlverhaltensrichtlinie punkt 3.6 "Regelung für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, soweit sie Kundenaufträgen ausführen ("Execution-Only").

²²³ Kümpel, WM 1995, s.694.

²²⁴ Claussen, s. 201.

²²⁵ BAW-Wohlverhaltensrichtlinie punkt 3.6 1 men.

²²⁶ Jfr 3.3.1 ovan.

medför även att brokern under dylika omständigheter svarar för eventuella placeringsråd.

Inom ramen för discountbrokerage får även mer riskfyllda placeringar genomföras. Detta förutsätter emellertid att brokern beaktar den speciella informationsplikt som dylika investeringar i vissa fall för med sig.²²⁷ Härutöver åligger det brokern att, i den utsträckning detta är nödvändigt med hänsyn till kundens kunskaper och tidigare erfarenheter, informera kunden om det specifika placeringsobjektets funktion och risker.²²⁸

²²⁷ Jfr exempelvis §53 st 2 Börsengesetz som uppställer en långtgående informationsplikt vid handel med terminer.

²²⁸ Jfr BAW-Wohlverhaltensrichtlinie punkt 3.6 2 men.

4. Komparativa aspekter

4.1 Allmänt om likheter och skillnader mellan olika rättssystem

Den kanske intressantaste och viktigaste uppgiften vid en jämförande studie är att försöka förklara eventuella likheter och skillnader mellan rättssystemen. För att en jämförelse rent allmänt ska te sig meningsfull, krävs emellertid att de två jämförelseobjekten uppvisar något gemensamt drag - en gemensam nämnare²²⁹. Vid en jämförelse av rättsregler från olika länder bör man därför eftersträva att jämföra regler som reglerar samma situation i människors liv. Härvid är det således inte rättsreglernas eller rättsinstitutens benämning som är intressant, utan deras funktion. Huruvida rättsreglerna har samma rättspolitiska syfte är i detta sammanhang ovidkommande.²³⁰

För att förklara likheter och skillnader mellan rättsordningarna - i förlängningen även mellan specifika rättsregler - har man i litteraturen uppställt ett antal faktorer. Normalt anses således, för att nämna de mest centrala, ett lands ekonomiska och politiska system, religion, historia samt geografiska förhållanden i hög grad påverka utformningen av en rättsordning. Faktorerna är dock inte oberoende av varandra utan måste ses i sitt inbördes samband. Deras inflytande på en viss rättsordning kan dessutom variera från fall till fall. Vid en jämförelse mellan två nära besläktade rättsordningar kan man emellertid under omständigheter förbigå dessa faktorer för att istället koncentrera sig på eventuella olikheter.²³¹

4.2 Sammanfattande jämförelse beträffande bankers informations- och rådgivningsansvar enligt svensk och tysk rätt

Mot bakgrund av framställningen ovan kan konstateras att rättsläget beträffande bankers och andra finansinstituts informations- och rådgivningsansvar vid handel med finansiella instrument uppvisar icke obetydliga skillnader vid en jämförelse mellan Sverige och Tyskland. Med hänsyn till den osäkerhet som på detta specifika område överskuggar framför allt rättsläget i Sverige, torde det dock vara vanskligt att dra några långtgående slutsatser beträffande eventuella likheter eller skillnader mellan de båda rättsordningarna. I den fortsatta framställningen har jag valt att lyfta fram ett antal aspekter som icke desto mindre, inte minst för rättsläget i Sverige de lege ferenda, torde vara av intresse att kort uppmärksamma.

²²⁹ S.k. "tertium comparationis".

²³⁰ Jfr härtill Bogdan, s. 61ff.

²³¹ Ibid, s. 71ff.

Både Sverige och Tyskland har sedan ett antal år tillbaka implementerat det s.k. investeringstjänstdirektivet – Dir 93/22 EEG – i respektive lands lagstiftning. Såsom framgått tidigare i uppsatsen innehåller direktivets artikel 11.1 ett antal ”uppföranderegler” (rules of conduct) som värdepappersföretagen vid varje tidpunkt ska efterleva. Direktivet uppställer således bl. a. en informationsplikt i förhållande till kunderna och en skyldighet för värdepappersinstitut att inhämta uppgifter om kundernas erfarenheter och ekonomiska förhållanden. Den svenska lagstiftaren valde att införliva artikel 11.1 genom att tillföra 1 kap. 7§ lag (1991:981) om värdepappersrörelse ett nytt andra stycke. Paragrafen är emellertid av administrativrättslig karaktär och har således inte använts av de svenska domstolarna för att grunda ett civilrättsligt skadeståndsanspråk i samband med finansiell rådgivning. Bestämmelsen har inte heller i doktrinen tillmätts någon nämnvärd betydelse för frågan om bankers och andra finansinstituts informations- och rådgivningsansvar.²³² En bank som i sin verksamhet underlåter att agera i enlighet med bestämmelsen riskerar endast att bli föremål för kritik från Finansinspektionens sida – någon vitessanktion finns i dagsläget inte att tillgå.

Den tyska lagstiftaren har å sin sida införlivat artikel 11.1 Dir 93/22 genom den sedan 1995 gällande §31 Wertpapierhandelsgesetz. I likhet med den svenska regeln i 1 kap. 7§ lag om värdepappersrörelse, är §31 WpHG av administrativrättslig karaktär. De tyska domstolarna har emellertid, vilket utgör en väsentlig skillnad i förhållande till svensk domstolspraxis på området, använt den administrativrättsliga bestämmelsen i §31 WpHG för att utforma ett privaträttsligt skadeståndsanspråk. Denna divergens vad beträffar tillämpningen torde i viss mån även förklara varför svensk respektive tysk doktrin på området tagit helt olika utgångspunkt vid frågan om informations- och rådgivningsansvar för banker och andra finansinstitut.

Till sitt innehåll skiljer sig de båda paragraferna dock endast marginellt åt. Noteras kan emellertid att den tyska lagstiftaren i §31 st 2 WpHG begränsat bankernas informations- och upplysningsplikt såtillvida att en dylik plikt endast består i den utsträckning informationen, med hänsyn till den tänkta placeringens art och omfång, är nödvändig för att tillvarata kundens intresse. Någon motsvarande begränsning återfinns inte i 7§ lag om värdepappersrörelse. Vidare kan konstateras att §31 WpHG - till skillnad från den svenska bestämmelsen - föreskriver en valmöjlighet för kunden, dvs. kunden har ingen skyldighet att delge banken uppgifter om sina tidigare erfarenheter, målsättning, finansiella förhållanden etc. Huruvida samt, om så skulle visa sig vara fallet, i vilken utsträckning dessa skillnader har påverkat rättsläget i Sverige respektive Tyskland är svårt att säga. Helt klart är dock att man i tysk domstolspraxis, inte minst beträffande frågan om eventuella inskränkningar av informationsplikten, utgått från nämnda formuleringar i §31

²³² Noteras bör i sammanhanget emellertid att HD i det ovan behandlade rättsfallet NJA 1995 s. 693 de facto använt sig av vissa administrativrättsliga regler för att bedöma huruvida förhållandena i det enskilda var sådana att ett skadeståndsgrundande vållande kunde läggas banken till last. Det var här dock inte fråga om 1 kap 7§ lag om värdepappersrörelse, utan Banksinspektionens allmänna råd BFFS 1987:7. Ställningstagandet från HD i detta specifika fall har inte bekräftats av senare praxis. Huruvida NJA 1995 s. 693 kan ses som en trendvändning inom rättstillämpningen på detta område är därför oklart.

WpHG.²³³ Samtidigt torde man, om än med viss försiktighet, kunna konstatera att även svensk rätt - trots tystnad från lagstiftarens sida - medger en viss anpassning av informationen och således även räckvidden av denna beroende på den enskilda värdepapperskundens sakkunskaper och professionalitet. Rättsläget i Sverige är emellertid, såsom konstaterats tidigare i denna uppsats, något oklart på denna punkt.²³⁴ Frågan om kundens möjlighet att vid förfrågan från en banks eller annat värdepappersinstituts sida våga lämna ut uppgifter om sin person, har lämnats oberörd i den svenska doktrinen. Att en sådan möjlighet består framstår icke desto mindre såsom högst troligt, inte minst med hänsyn till principen om privatautonomi. Frågan man kanske istället bör ställa sig är vilka konsekvenser ett dylikt agerande från kundens sida får för omfattningen av bankens informationsplikt samt - i förlängningen - för ansvarsfrågan. Något säkert svar på denna fråga kan emellertid i brist på domstolspraxis och uttalande i doktrinen för närvarande inte ges.

En annan intressant aspekt som kort ska beröras är betydelsen av kundens tillit för informations- och rådgivningsansvaret. Såsom framgått av utredningen ovan har både svensk och tysk domstolspraxis tillmätt kundens befogade tillit en avgörande betydelse, inte minst då det gäller att - i brist på ett formellt rådgivningsavtal - fastställa huruvida ett rådgivningsförhållande mellan bank och kund är förhanden. Enligt svensk överrättspraxis förefaller således kundens befogade tillit till den av banken förmedlade informationen vara utslagsgivande i sammanhanget.²³⁵ Denna ståndpunkt vinner ett brett stöd även i den svenska doktrinen.²³⁶ Tysk domstolspraxis intar här en liknande ståndpunkt. BGH slår i ett avgörande från 1989 fast att ett konkludent rådgivningsavtal föreligger om en bank eller annat finansinstitut rent faktiskt ger en kund råd och det för banken är tydligt att den konkreta rådgivningen är av stor vikt för kunden samt att den kommer att utgöra grunden för väsentliga dispositioner från kundens sida.²³⁷ Även om BGH inte uttryckligen talar om kundens "tillit", förefaller det vara just tilliten till vissa av banken förmedlade råd som under omständigheter konstituerar ett rådgivningsförhållande. Vid själva culpabedömningen tycks emellertid tilliten enligt tysk rätt inta en, om överhuvud, starkt underordnad betydelse.²³⁸ Man fokuserar istället främst på den enskilda värdepapperskundens person, den tilltänkta placeringens art och omfång samt placeringsrådgivarens skyldighet att förmedla fullständiga och korrekta uppgifter. På denna sistnämnda punkt kan vissa skillnader mellan tysk och svensk rätt noteras. Till skillnad från rättsläget i Tyskland, tillmäter man i svensk rättspraxis och doktrin kundens/uppdragsgivarens tillit en central roll vid culpabedömningen.²³⁹

²³³ Jfr härtill framställningen under punkterna 3.3.4 - 3.3.7 ovan!

²³⁴ Spörsmålet behandlas på s. 16ff samt s. 19f (2.6 samt 2.6.1).

²³⁵ Denna ståndpunkt intog Högsta domstolen i rättsfallet NJA 1992 s. 243. Även om detta avgörande rörde ekonomisk rådgivning i form av skatterådgivning förefaller HD:s uttalande kunna ges en vidare räckvidd. Jämför härtill framställningen under punkten 2.3 ovan!

²³⁶ Se not 47 ovan.

²³⁷ Se not 128 ovan.

²³⁸ Frågan om tillitens relevans för informations- och rådgivningsansvaret får inte blandas ihop med den lojalitetsplikt och skyldighet att tillvarata kundens intresse som åligger banker och andra finansinstitut med stöd §31 1 st p 1 WpHG.

²³⁹ I det s.k. Kone-fallet - NJA 1987 s. 692 - slår HD fast tillitens betydelse vid en culpabe-

Bankens ansvar i det enskilda fallet bedöms således mot bakgrund av den tillit kunden med fog kunnat fästa vid uppdraget. Den befogade tilliten kan emellertid variera beroende på yttre omständigheter vid den specifika rådgivningssituationen.

Avslutningsvis vill jag så peka på ett antal allmänna iakttagelser som gjorts under studiens gång. För det första kan således noteras att den svenska juridiska diskussionen kring bankers och andra finansinstituts informations- och rådgivningsansvar vid handel med finansiella instrument tagit fart först under senare delen av 1990-talet; detta trots det faktum att de svenska hushållens sparande redan sedan slutet av 1980-talet i allt större utsträckning utgörs av olika former av finansiella instrument och problematiken kring informations- och rådgivningsansvaret således redan tidigare gjort sig gällande i Sverige. Såsom framgår av presentationen av rättsläget i Tyskland har den tyska juridiska diskussionen på området pågått betydligt längre, vilket även avspeglar sig i tillgången till relevant material. Man ska då ha klart för sig att Tyskland tillhör de länder i Europa där genomslaget för finansiella instrument bland hushållen låtit vänta längst på sig.²⁴⁰ Icke desto mindre kan konstateras att domstolspraxis hänförlig till bankers informations- och rådgivningsansvar i Tyskland är betydligt rikare än vad som är fallet i Sverige. Någon enkel förklaring härtill låter sig inte finnas. Förutom rättskulturella skillnader torde enligt min mening även processbenägenheten vara en bidragande faktor. Man kan således konstatera att tyskarna rent allmänt räknas till de mer processbenägna nationaliteterna i Europa. Även tyska banker och finansinstitut torde emellertid vara intresserade av uppgörelser "i godo", inte minst ur good will synpunkt. Hur stort "mörkertalet" - dvs. antalet fall som aldrig kommer upp i domstol - är, kan man endast spekulera om.

En annan intressant aspekt som även tidigare berörts i denna uppsats är de skillnader i lagtillämpning som en studie av respektive lands domstolspraxis på området ger vid handen. I Tyskland liksom i Sverige kan - vilket bör betonas - administrativrättslig lagstiftning, om än med vissa undantag, inte direkt åberopas av enskilda för att grunda ett privaträttsligt skadestånd. De tyska domstolarna har dock använt de administrativrättsliga reglerna i §§31f WpHG för att skapa ramarna för samt precisera innehållet av informations- och rådgivningsansvaret vid handel med finansiella instrument. Den rättsliga grunden för ett eventuellt privaträttsligt skadeståndsanspråk finner man icke desto mindre, såsom konstaterats ovan under punkten 3.5, i BGB. De svenska domstolarna har här valt en annan linje. 1 kap 7§ lag om värdepappersrörelse, vilken till sitt innehåll i stort motsvarar §31 WpHG, har således i svensk rättspraxis överhuvudtaget inte beaktats vid frågan om ett privaträttsligt skadeståndsanspråk. Med hänsyn till det högst begränsade antalet rättsfall som för närvarande finns på området bör man emellertid vara försiktig med att dra alltför långtgående slutsatser av detta konstaterande. HD har dessutom i ett avgörande från 1995 rörande ett fondkommissionsbolags informationsansvar vid handel med derivatinstrument, slagit fast att administrativrättslig reglering - allt efter sin karaktär - kan ha betydelse för

dömning. För vidare resonemang runt frågan om kundens befogade tillit hänvisas till punkterna 2.3, 2.4.2.1 och 2.6 ovan samt till Kleineman.

²⁴⁰ Jmf not 6 ovan!

en bedömning av om omständigheterna i det enskilda fallet är sådana att skadeståndsgrundande vållande ska anses föreligga.²⁴¹ Den av HD här inslagna linjen har dock inte bekräftats av senare praxis varför rättsläget på denna punkt fortfarande måste betraktas såsom oklart.

Bankers informations- och rådgivningsansvar vid handel med finansiella instrument är idag ett högaktuellt tema både i Sverige och Tyskland. Det senaste årets börsnedgångar har slagit hårt både mot institutionella och privata placerare. Inte sällan är det emellertid den sistnämnda gruppen som i brist på aktuell information drabbas hårdast av kursfallen. Med hänsyn till att hushållens sparande numera till stor del består av finansiella instrument, talar mycket för att vi nu - i Sverige liksom i Tyskland - står inför en ny våg av domstolsavgöranden på området. För Sveriges del vore en dylik utveckling, inte minst med hänsyn till det juridiska tomrum som för tillfället råder på informations- och rådgivningsansvarets domäner, mer än önskvärd.

²⁴¹ NJA 1995 s. 663. Fallet behandlas ovan under punkten 2.5.1.

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

Offentligt tryck - Sverige

Regeringens proposition 1986/87:12 om ny banklagstiftning

SOU 1997:22, *Aktiebolagets kapital*. Delbetänkande av Aktiebolagskommittén

SOU 2000:11, *Finanssektorns framtid*. Betänkande av finansmarknadsutredningen

SOU 2000:29, *Starka konsumenter i en gränslös värld*. Slutbetänkande av Konsumentpolitiska kommittén

SOU 2001:1, *Ny aktiebolagslag*. Slutbetänkande av Aktiebolagskommittén

Offentligt tryck - Tyskland

BAW, *Richtlinie zur Konkretisierung der §§ 31 und 32 WpHG für das Kommissions-, Festpreis- und Vermittlungsgeschäft der Kreditinstitute*
BT-Drucksache 12/7918, s. 104, *Bericht des BT-Finanzausschusses zum Regierungsentwurf eines zweiten Finanzmarktförderungsgesetzes*

EG-rättsligt material

Rådets Direktiv (93/22 EEG) av den 10 maj om investeringstjänster inom värdepappersområdet

Rättsfall - Sverige

HD

NJA 1914 s. 219

NJA 1957 s. 621

NJA 1981 s. 1091

NJA 1984 s. 501

NJA 1986 s. 358

NJA 1987 s. 692

NJA 1991 s. 481

NJA 1991 s. 625

NJA 1992 s. 58

NJA 1992 s. 243

NJA 1993 s. 163

NJA 1994 s. 532

NJA 1994 s. 598

NJA 1995 s. 663

NJA 1995 s. 693

NJA 1997 s. 524

NJA 1997 s. 65

Hovrätt

RH 1995:136

Rättsfall - Tyskland

BGH

Beslut 28 januari 1992 – XI ZR 201/90, Köln
Beslut 15 april 1997 – XI ZR 215/96, Kammergericht
Dom 25 november 1981 – IV a ZR 286/80, Frankfurt
Dom 31 juni 1990 – VII ZR 341/88, Saarbrücken
Dom 31 mars 1992 – XI ZR 70/91, Köln
Dom 17 oktober 1992 – XI ZR 39/89, Düsseldorf
Dom 6 juli 1993 – XI ZR 12/93, Celle
Dom 28 januari 1997 – XI ZR 22/96, Zweibrücken

OLG

Dom 23 november 1988 – 6 U 224/87, Karlsruhe
Dom 21 maj 1992 – 17 U 14/94, Oldenburg
Dom 16 september 1993 – 6 U 4724/92, München
Dom 27 september 1994 – 4 U 264/93, Düsseldorf

LG

Dom 23 februari 1995 – 12 O 6149/94, München I
Dom 24 januari 1996 – 14 O 271/95, Düsseldorf

Allmänna Reklamationsnämndens avgöranden

ARN, ärende 1994-0670
ARN, ärende 1999-3266

Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 11:e upplagan, Lund 2000
Assman/Schneider, *Wertpapierhandelsgesetz*, Köln 1995
Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper I*, 2:a upplagan, Stockholm 1976
Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 6:e upplagan, Stockholm 1995
Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, Stockholm 1993
Claussen, Carsten, *Insiderhandelsverbot und Ad hoc – Publizität*, Köln 1996
Claussen, Carsten, *Bank- und Börsenrecht*, 2 upplagan, München 2000
Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II. Kontraktssrätt, 1:a häftet, särskilda avtal*, 2:a upplagan, Stockholm 1993
Hellner, Jan, *Skadeståndsrätt*, 5:e upplagan, Stockholm 1995
Heuman, Lars, *Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder*, Stockholm 1980
Heuman, Lars, *Advokatens rättsutredningar – metod och ansvar*, Stockholm 1987
Jansson, Per-Ola, *Regelbildningen på värdepappersmarknaden*, Stockholm 1995
Johansson, Svante, *Options- och terminsavtal. En rättslig studie av handeln med standardiserade derivata instrument*, Stockholm 1998
Kleineman, Jan, *Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, doktorsavhandling, Stockholm 1987
Kümpel, Siegfried, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Köln 1995
Rodhe, Knut, *Lärobok i obligationsrätt*, 6:e upplagan, Stockholm 1986
Schimansky/Bunte/Lwowski, *Bankrecht-Handbuch* Bd 1, München 1997

Svenska Akademin, *Ordbok över svenska språket*, 23:e bandet, Lund 1962
von Sandkühler, Gerd, *Bankrecht*, 2 upplagan, München 1993
Vortmann, Jürgen, *Aufklärungs- und Beratungspflicht der Banken*, RWS-Skript 226, Köln 1997

Tidskriftsartiklar

Gorton, Lars, *Finansiella institutioners rådgivningsansvar – kommentarer i anslutning till nyare litteratur*, JT 1998/99, s 300
Jørgensen, Stig/Wanscher, Torben, *Professionelt ansvar i skandinavisk ret*, Juristen 1967, s 425
Kleineman, Jan, *Lender Liability – ett skadeståndsrättsligt perspektiv på 1990-talets finansiella kris*, JT 1992/93, s 289
Kleineman, Jan, *Tekniska konsulter skadeståndsansvar för vilseledande information*, JT 1994/95, s 702
Kleineman, Jan, *Rådgivares informationsansvar – en probleminventering*, SvJT, 1998, s 185
Lycke, Johan, *Banks ansvar vid placeringsrådgivning*, SvJT 2000, s 507
Pålsson, Ann-Marie, *Marknaden för finansiell rådgivning – en probleminventering. Report no 4*, Lund 1997
Pålsson, Ann-Marie/Samuelsson, Per, *Banks ansvar för ekonomisk rådgivning*, SvJT 1999, s 529

Horn, Norbert, *Anlageberatung im Privatkundengeschäft der Banken. Rechtsgrundlagen und Anforderungsprofil*, WM 1999, s 1
Eisele, Dieter, *Insiderrecht und compliance*, WM 1993, s 1021
Raeschke-Kessler, *Bankenhaftung bei der Anlageberatung über neue Finanzprodukte*, WM 1993, s 1833
Arendts, Martin, *Aufklärungs- und Beratungspflichten bei der Anlageberatung*, DZWir 1994, s 185
Drygala, Tim, *Termingeschäftsfähigkeit und Aufklärungspflicht beim Handel mit Optionsscheinen*, ZHR (1959) 1995, s 729
Kümpel, Siegfried, *Die allgemeinen Verhaltensregeln des Wertpapierhandelsgesetz*, WM 1995, s 689

Elektroniska källor

www.fondhandlarna.se/licensiering/index.html
http://aktienfinder.consors.de/lexikon/ak_penny_stocks.html

Bilaga 1

RÅDETS DIREKTIV 93/22/EEG av den 10 maj 1993 om investeringstjänster inom värdepappersområdet

Artikel 11

1. Medlemsstaterna skall uppställa uppföranderegler som värdepappersföretagen vid varje tidpunkt skall efterleva. Reglerna måste innebära att åtminstone de principer hävdas som anges i följande strecksatser och måste tillämpas på ett sådant sätt att de beaktar yrkesmässigheten hos den åt vilken tjänsten tillhandahålls. Medlemsstaterna skall också där så är lämpligt tillämpa dessa regler på de sidotjänster som anges i avsnitt C i bilagan. Principerna skall säkerställa att ett värdepappersföretag
 - bedriver sin verksamhet på ett hederligt och rättvist sätt med beaktande av kundens bästa och marknadens integritet,
 - handlar med vederbörlig skicklighet, omsorg och skyndsamhet med beaktande av kundens bästa och marknadens integritet,
 - innehar och effektivt använder sådana resurser som behövs för att rörelsen skall kunna bedrivas på ett tillfredsställande sätt,
 - från sina kunder inhämtar uppgifter om deras ekonomiska situation, erfarenhet av värdepappersmarknaden och målsättningen med de tjänster de efterfrågar,
 - vid sina kontakter med kunder lämnar tillräcklig information om sådana omständigheter som är väsentliga i sammanhanget,
 - försöker undvika intressekonflikter och när sådana inte kan undvikas ser till att kunderna behandlas rättvist, och
 - uppfyller alla krav i tillämpliga bestämmelser i fråga om hur verksamheten skall bedrivas för att främja kundens intresse och marknadens integritet.
2. Utan att beslut som kan komma att fattas i samband med harmoniseringen av uppföranderegler påverkas, skall ansvaret för införandet och tillsynen av efterlevnaden av dessa regler ligga kvar hos den medlemsstat där en tjänst tillhandahålls.
3. När ett värdepappersföretag verkställer en order skall vid tillämpning av de regler som avses i punkt 1 bedömningen av investerarens yrkesmässighet avse den investerare från vilken ordern härrör, oavsett om ordern har lämnats direkt av denne själv eller indirekt genom ett värdepappersföretag som tillhandahåller en sådan tjänst som avses i avsnitt A.1 a i bilagan.

RICHTLINIE 93/22/EWG DES RATES
vom 10. Mai 1993
über Wertpapierdienstleistungen

Artikel 11

1. Die Mitgliedstaaten erlassen Wohlverhaltensregeln, welche die Wertpapierfirmen fortwährend einzuhalten haben. Diese Regeln müssen zumindest die Beachtung der unter den nachstehenden Gedankenstrichen aufgeführten Grundsätze gewährleisten und so angewandt werden, daß der Professionalität der person Rechnung getragen wird, für die die Dienstleistung erbracht wird. Die Mitgliedstaaten wenden diese Regeln gegebenenfalls auch auf die in Abschnitt C des Anhangs genannten Nebendienstleistungen an. Gemäß diesen Grundsätzen muß die Wertpapierfirma
 - bei der Ausübung ihrer Tätigkeit recht und billig im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden und der Integrität des Marktes handeln;
 - ihre Tätigkeit mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden und der Integrität des Marktes ausüben;
 - über die für einen erfolgreichen Abschluß ihrer Tätigkeit erforderlichen Mittel und Verfahren verfügen und diese wirksam einsetzen;
 - von ihren Kunden Angaben über ihre finanzielle Lage, ihre Erfahrung mit Wertpapiergeschäften und ihre mit den gewünschten Dienstleistungen verfolgten Ziele verlangen;
 - bei den Verhandlungen mit ihren Kunden alle zweckdienlichen Informationen in geeigneter Form mitteilen;
 - sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten bemühen, und, wenn sich diese nicht vermeiden lassen, dafür sorgen, daß ihre Kunden nach Recht und Billigkeit behandelt werden;
 - alle für die Ausübung ihrer Tätigkeit geltenden Vorschriften im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden und der Integrität des Marktes nachkommen.
2. Unbeschadet der im Rahmen der Harmonisierung der Wohlverhaltensregeln zu fassenden Beschlüsse fallen die Durchführung und die Überwachung der Einhaltung dieser Vorschriften weiterhin in die Zuständigkeit des Mitgliedstaats, in dem die Dienstleistung erbracht wird.
3. Führt eine Wertpapierfirma einen Auftrag aus, so bestimmt sich das Kriterium der Professionalität des Anlegers bei der Anwendung der in Absatz 1 genannten Regeln nach dem Anleger, von dem der Auftrag ausgeht, unabhängig davon, ob er direkt vom Anleger selbst oder indirekt über eine Wertpapierfirma, die die Dienstleistung gemäß Abschnitt A Nummer 1 Buchstabe a) des Anhangs anbietet, erteilt wird.

Bilaga 2

Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG)

In der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998

§ 14 Verbot von Insidergeschäften

- (1) Einem Insider ist es verboten,
1. unter Ausnutzung seiner Kenntnis von einer Insidertatsache Insiderpapiere für eigene oder fremde Rechnung oder für einen anderen zu erwerben oder zu veräußern,
 2. einem anderen eine Insidertatsache unbefugt mitzuteilen oder zugänglich zu machen,
 3. einem anderen auf der Grundlage seiner Kenntnis von einer Insidertatsache den Erwerb oder die Veräußerung von Insiderpapieren zu empfehlen.
- (2) Einem Dritten, der Kenntnis von einer Insidertatsache hat, ist es verboten, unter Ausnutzung dieser Kenntnis Insiderpapiere für eigene oder fremde Rechnung oder für einen anderen zu erwerben oder zu veräußern.

§ 31 Allgemeine Verhaltensregeln

- (1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist verpflichtet,
1. Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse seiner Kunden zu erbringen,
 2. sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen und dafür zu sorgen, daß bei unvermeidbaren Interessenkonflikten der Kundenauftrag unter der gebotenen Wahrung des Kundeninteresses ausgeführt wird.
- (2) Es ist ferner verpflichtet,
1. von seinen Kunden Angaben über ihre Erfahrungen oder Kenntnisse in Geschäften, die Gegenstand von Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen sein sollen, über ihre mit den Geschäften verfolgten Ziele und über ihre finanziellen Verhältnisse zu verlangen,
 2. seinen Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen,
- soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist. Die Kunden sind nicht verpflichtet, dem Verlangen nach Angaben gemäß Satz 1 Nr. 1 zu entsprechen.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Unternehmen mit Sitz im Ausland, die Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen gegenüber Kunden erbringen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Geschäftsleitung im Inland haben, sofern nicht die Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung einschließlich der damit im Zusammenhang stehenden Nebenleistungen ausschließlich im Ausland erbracht wird.

§ 32 Besondere Verhaltensregeln

(1) Einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen ist es verboten,

1. Kunden des Wertpapierdienstleistungsunternehmens den Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten oder Derivaten zu empfehlen, wenn und soweit die Empfehlung nicht mit den Interessen der Kunden übereinstimmt;
2. Kunden des Wertpapierdienstleistungsunternehmens den Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten oder Derivaten zu dem Zweck zu empfehlen, für Eigengeschäfte des Wertpapierdienstleistungsunternehmens oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens Preise in eine bestimmte Richtung zu lenken;
3. Eigengeschäfte aufgrund der Kenntnis von einem Auftrag eines Kunden des Wertpapierdienstleistungsunternehmens zum Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten oder Derivaten abzuschließen, die Nachteile für den Auftraggeber zur Folge haben können.

(2) Den Geschäftsinhabern eines in der Rechtsform des Einzelkaufmanns betriebenen Wertpapierdienstleistungsunternehmens, bei anderen Wertpapierdienstleistungsunternehmen den Personen, die nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag mit der Führung der Geschäfte des Unternehmens betraut und zu seiner Vertretung ermächtigt sind, sowie den Angestellten eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens, die mit der Durchführung von Geschäften in Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten oder Derivaten, der Wertpapieranalyse oder der Anlageberatung betraut sind, ist es verboten,

1. Kunden des Wertpapierdienstleistungsunternehmens den Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten oder Derivaten unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Nr. 1 oder zu dem Zweck zu empfehlen, für den Abschluß von Geschäften für sich oder Dritte Preise von Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten oder Derivaten in eine bestimmte Richtung zu lenken;
2. aufgrund der Kenntnis von einem Auftrag eines Kunden des Wertpapierdienstleistungsunternehmens zum Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten oder Derivaten Geschäfte für sich oder einen Dritten abzuschließen, die Nachteile für den Auftraggeber zur Folge haben können.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten unter den in § 31 Abs. 3 bestimmten Voraus-

setzungen auch für Unternehmen mit Sitz im Ausland.

§ 33 Organisationspflichten

(1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen

1. ist verpflichtet, die für eine ordnungsmäßige Durchführung der Wertpapierdienstleistung und Wertpapiernebenleistung notwendigen Mittel und Verfahren vorzuhalten und wirksam einzusetzen;
2. muß so organisiert sein, daß bei der Erbringung der Wertpapierdienstleistung und Wertpapiernebenleistung Interessenkonflikte zwischen dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen und seinen Kunden oder Interessenkonflikte zwischen verschiedenen Kunden des Wertpapierdienstleistungsunternehmens möglichst gering sind;
3. muß über angemessene interne Kontrollverfahren verfügen, die geeignet sind, Verstößen gegen Verpflichtungen nach diesem Gesetz entgegenzuwirken.

(2) Bereiche, die für die Durchführung der Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen wesentlich sind, dürfen auf ein anderes Unternehmen nur ausgelagert werden, wenn dadurch weder die Ordnungsmäßigkeit dieser Dienstleistungen noch die Wahrnehmung der Pflichten nach Absatz 1, noch die entsprechenden Prüfungsrechte und Kontrollmöglichkeiten des Bundesaufsichtsamtes beeinträchtigt werden. Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat sich insbesondere die erforderlichen Weisungsbefugnisse vertraglich zu sichern und die ausgelagerten Bereiche in seine internen Kontrollverfahren einzubeziehen.

§ 37a Verjährung von Ersatzansprüchen

Der Anspruch des Kunden gegen ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf Schadensersatz wegen Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist.

Bürgerliches Gesetzbuch

Vom 18. August 1896

§ 31 Haftung für Organe

Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

§ 242 Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 249 Schadenersatz durch Naturalherstellung

Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

§ 252 Entgangener Gewinn

Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

§ 254 Mitverschulden des Beschädigten

1. Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.
2. Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

§ 255 Abtretung der Ersatzansprüche

Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadenersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen.

§ 276 Haftung für eigenes Verschulden

Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden Anwendung.

1. Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.

§ 278 Haftung für Erfüllungsgehilfen

Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.

Handelsgesetzbuch

Vom 10. Mai 1897

§ 347 Sorgfaltspflicht

1. Wer aus einem Geschäfte, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.
2. Unberührt bleiben die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach welchen der Schuldner in bestimmten Fällen nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten oder nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.