



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Zackaria Zerroug Strömstedt

Advokatens rådgivaransvar vid användandet
av artificiell intelligens i samband med due
diligence

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Boel Flodgren

Termin för examen: Period 1 VT 2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Metod och material	6
1.3 Syfte och frågeställningar	8
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Forskningsläge	9
1.6 Disposition	10
2 RÅDGIVNINGSAANSVAR	12
2.1 Inledning	12
2.2 Definition av begreppet rådgivning	14
2.3 Advokatens rådgivning och ansvar	16
2.3.1 Den pedagogiska plikten	16
2.3.2 Metodansvar	19
2.3.3 Resultatansvar	20
2.3.4 Specialistansvar	21
2.3.5 Särskilt om skadeståndsansvaret	22
2.4 Modern praxis	23
2.4.1 NJA 2018 s. 414	23
2.4.2 NJA 2019 s. 877	25
2.5 Culpabedömningen	28
2.5.1 Sammanfattande inledning	28
2.5.2 Särskilt om bedömningen för skadeståndsansvaret	28
2.5.3 Särskilt om bedömningen för disciplinansvaret	29
2.5.4 Generella anmärkningar	30
2.5.5 God advokatsed	31
2.6 Friskrivningar och ansvarsbegränsningar	33
2.6.1 Friskrivningar från rådgivaransvaret	33

2.6.1.1	Friskrivningars allmänna funktion	34
3	ARTIFICIELL INTELLIGENS	37
3.1	Inledning	37
3.2	Definition	40
3.3	Artificiell intelligens i juridiken	41
3.4	Djupare analys av AI som kunskapsbaserade beslutssystem	42
3.5	Tyst kunskap	46
3.6	Marknadens rättsliga synpunkter	49
4	FÖRETAGSFÖRVÄRV	52
4.1	Inledning	52
4.2	Rättslig reglering	53
4.3	DD i företagsförvärv	55
4.3.1	Skiljedom om DD	56
5	ANALYS OCH SLUTSATSER	59
5.1	Answarets tillämplighet och kausaliteten vid användandet av AI vid DD	59
5.2	Culpabedömningen	60
5.3	AI och den pedagogiska plikten	63
5.4	Slutsatser och överväganden de lege ferenda	64
6	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	67
7	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	72

Summary

Lawyers have long been looking for ways to streamline their work and best serve the client's interest. Artificial intelligence has emerged as the most praiseworthy technique for achieving great efficiencies in the lawyer's duties. A document-reviewing AI tool with greater precision in legal problem solving than most lawyers is now available to some lawyers. These tools are very quick to categorize legal issues and are therefore used where the amount of documents is large. One such area is due diligence, hereinafter referred to as DD, in private company acquisitions. There, these AI tools are used to examine large amounts of documents where the tools categorize potential risks with the company that is about to be acquired. It is conceivable that lawyers using these systems make mistakes in their advice that lead to the client losing money. In these situations, it is possible for the so called adviser's responsibility to enter into force. The lawyer can then reasonably not defend himself by pointing out the shortcomings in the work tool he has used, but is possibly responsible for the result of the work he has done. The assessment in these situations will ultimately be whether or not the lawyer's choice of working method can be said to be negligent. The lawyer's care in using AI must be assessed in these cases, including the entry of initial data for the AI tool, whether the lawyer has maintained the pedagogical duty to explain the system use to a sufficient extent for the client and to what extent the system has actually been used. The lawyer's responsibility is mainly based on which method he has used and whether this can be said to be acceptable or not. The lawyer can not generally be said to be responsible for achieving a certain result. The fact that the use of AI is not an ordinary working method in a lawyer's work must not, after all, mean that the use itself is negligent. An assessment must instead be made between each individual case as to whether the use was negligent or not.

Sammanfattning

Advokater har länge letat efter sätt att effektivisera sitt arbete och på bästa sätt tillvarata klientens intresse. Artificiell intelligens har vuxit fram som den allra mest lovordade tekniken för att åstadkomma stora effektiviseringar av advokatens arbetsuppgifter. Ett dokumentgranskande AI-verktyg med större precision i juridisk problemlösning än de flesta advokater står nu till vissa advokaters förfogande. Dessa verktyg är mycket snabba på att kategorisera juridiska problem och används därför med fördel där dokumentmängden är stor. Ett sådant område är due diligence, hädanefter också förkortat DD, vid privata företagsförvärv. Där används dessa AI-verktyg för att granska stora mängder dokument där verktygen kategoriserar potentiella risker med bolaget som står i begrepp att förvärvas. Det är tänkbart att advokater med hjälp av dessa system gör misstag i sin rådgivning som leder till att klienten lider viss skada. Det är i dessa situationer möjligt att rådgivaransvaret för advokaten aktualiseras. Advokaten kan rimligen då inte försvara sig genom att påpeka bristerna i det arbetsverktyg denne använt utan svarar sannolikt själv för resultatet av uppdraget denne utfört. Bedömningen i dessa situationer kommer ytterst handla om advokatens val av arbetsmetod och hjälpmedel kan sägas vara oaktsam. Advokatens omsorg vid användningen av AI måste i dessa fall bedömas, detta gäller bland annat inmatandet av initiala data för AI-verktyget, huruvida advokaten upprätthållit en pedagogisk plikt att förklara systemanvändningen i tillräcklig utsträckning för klienten samt i vilken utsträckning systemet faktiskt används. Advokatens ansvar bygger främst på vilken metod denne använt och om denna kan sägas vara godtagbar. Advokaten kan inte generellt sägas bära ansvar för att ett visst resultat uppnås. Det faktum att användningen av AI inte är en vedertagen arbetsmetod i advokatens arbete måste trots allt inte innebära att användningen i sig är oaktsam. En bedömning måste göras mellan varje enskilt fall om användningen varit oaktsam eller ej.

Förord

En fantastisk resa finner sitt slut på precis samma sätt som den började, med en förväntansfull nyfikenhet på framtiden. Min tid på juristprogrammet har varit otroligt rolig och ögonöppnande. Examensarbetet har varit fantastiskt roligt att skriva trots att jag inledningsvis knappt visste vad det skulle handla om. Med enbart ett fåtal idéer om ämnet för examensarbetet besökte jag för första gången min fantastiska handledare Boel Flodgren som gav mig en oerhörd motivation i skrivandet. Mitt första tack går därför till min handledare Boel som betytt väldigt mycket för mig under denna sista termin i Lund. Jag vill tacka Boel för alla motiverande ord och avgörande synpunkter men även för hennes tålamod.

Jag vill givetvis tacka min familj och mina vänner som varit livsviktiga för mig under mina år i Lund. Jag är evigt tacksam för det stöd och den kärlek ni givit mig.

Förkortningar

DD	Due diligence
AI	Artificiell Intelligens
COD	Ordinary legislative procedure
SvJT	Svensk Juristtidning
JT	Juridisk Tidskrift
VRGA	Vägledande regler om god advokatsed
HB	Handelsbalk (1736:1232)
Prop.	Proposition
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
HD	Högsta domstolen
CAHAI	Ad hoc Committee on Artificial Intelligence
KöpL	Köplag (1990:931)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Vid förvärv av ett företag ställs höga krav på själva företagsbesiktningen. Stora mängder information tillgängliggörs ofta köparen genom datarum för att denne ska kunna granska relevanta dokument om målbolaget. Tidigare har dessa datarum utgjorts av ett stort antal fysiska pärmar som granskats en efter en tills dess den granskande parten känt sig nöjd.¹ Numera kan denna tidigare tidsödslände process till stor del skötas av datorprogram uppbyggda på algoritmer, artificiell intelligens, fortsättningsvis AI. Skillnaden är enorm mellan att en jurist ombesörjer beslutsfattandet och rådgivningen i förvärvsprocessen i jämförelse med att ett AI till viss del sköter densamma. AI fattar framför allt beslut snabbare och mer effektivt än juristen. Juristens arbetsgång är dock lätt att kartlägga och redovisa samtidigt som ett AI-verktygs arbetsgång är snudd på omöjlig att förklara utan tekniskt kunnande. AI-verktyg har gått från att spela utomordentligt bra schack till mer komplicerade uppgifter såsom att rekrytera personal, bedöma låneansökningar och göra företagsbesiktningar. Problemet med denna förbättrade förmåga är AI-verktygets komplexitet. Jan Dernestam² påpekade att förekomsten av AI kommer vara lika vanlig som förekomsten av datorer för juridiska storbyråer i Sverige senast år 2020. Charlotta Kronblad³ instämmer i detta och förutspår att en stor del av advokatbyrån Vinges verksamhet kan vara automatiserad inom bara några år.⁴ Tidsskriften Financial Times rapporterade att ungefär 114 000 jurister kunde bli av med sitt jobb i Storbritannien inom 20 år på grund av AI-verktyg inom

¹ Forssman, Magnus, Företagsöverlåtelser: en introduktion till den legala processen, Andra upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016, s. 33.

² Jan Ingvar Dernestam är en svensk advokat och verkställande direktör för den affärsjuridiska byrån Mannheimer Swartling.

³ Charlotta Kronblad forskar vid Chalmers på digitaliseringen av juristbranschen. Därigenom studerar hon uppkomsten av nya affärsmodeller och organisationsstrukturer hos juristbyråer.

⁴ Öster, Ulrika, Advokaten Tidsskrift för Sveriges advokatsamfund, *AI nu självklar på advokatbyråerna*, Nr 4 2019 Årgång 85, s. 32 - 39.

juristbranschen.⁵ I takt med att användningen av AI ökar inom advokatbyråerna ökar även frågorna om ansvar kring användningen och rådgivarens roll gentemot klienten. Förändringen kan innebära att rådgivaren till viss del lyfter händerna från ratten då företagsbesiktningen sköts av extremt invecklade AI-verktyg. Denna uppsats syftar till att utreda både dessa frågor om ansvar och även rådgivarens roll.

1.2 Metod och material

Jag använder den rättsdogmatiska metoden i uppsatsen. Genom att använda rättsdogmatiken i dess klassiska mening låter jag rättskällevärdet spegla gällande rätt som förslag till lösningar för de konkreta frågeställningar jag formulerat. Då uppsatsområdet består till viss del av dispositiv avtalsrätt skulle metoden av somliga påstås vara mindre väl lämpad. Detta är dock ett vanligt missförstånd juriststudenter verkar göra när de formulerar sitt metodavsnitt i hopp om att skildra den rättsdogmatiska metoden, ett misstag som även undertecknad tidigare gjort. Rättsdogmatiken får kritik för att vara stelbent och inte lämna utrymme för en slags friare argumentation.⁶ Detta är framför allt en språklig missuppfattning då rättsdogmatiken beskylls representera en dogmatisk inställning. En rättsdogmatisk analys handlar om inget annat än att analysera de element som rättskällevärdet erbjuder och sedan applicera produkten av detta i en konkret situation som på förhand problematiserats. Metoden tillåter således en friare argumentation om de rättsregler som analyserats inbjuder till detta. Trots en viss avsaknad på tvingande rättsregler för ett juridiskt område ter sig rättsdogmatisk metod synnerligen väl lämpad som analysredskap. Detta då undersökningar likt denna uppsats ökar förutsägbarheten i rättslivet trots det faktum att

⁵ Croft, Jane, *Artificial intelligence disrupting the business of law*, Financial Times, nr 6, oktober, 2016.

⁶ Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Lund, Studentlitteratur, 2018, s. 26.

doktrinen som till stor del ligger till grund för undersökningen saknar självständig auktoritet.⁷

Då argument i uppsatsen dels är baserade på hur vissa rättsregler *ska* tillämpas, dels hur vissa rättsregler *bör* tillämpas, eller skapas, uppdragas snabbt kärnan i kritiken mot den klassiska rättsdogmatiska metoden som består i att metoden inte tillåter en friare argumentation om hur rätten *bör* tillämpas. Metoden beskylls således något felaktigt för att inbjuda till argument utifrån *de lege lata* men inte *de lege ferenda*.⁸ Det är sant att rättsdogmatiken i det förra fallet är mer rigid. För det sistnämnda fallet är dock sanningen att metoden tillåter till en friare argumentation som ibland fordras när problemområdet som analyseras inbjuder till detta. Detta innebär förvisso att metoden av andra discipliner sägs sakna en viss vetenskaplighet då den friare argumentationen innebär att ett visst mått av subjektivitet letar sig in i analyserna. Att bemöta denna del av kritiken tjänar dock inget till i detta skede, det är dock viktigt att uppmärksamma för att behålla legitimiteten i argumentet att den rättsdogmatiska metoden tillämpas korrekt i detta fall.⁹

Materialet som uppsatsen bygger på är framför allt doktrin och praxis då lagregleringen är sparsam. I uppsatsens deskriptiva delar är doktrinen dominerande. Viss utländsk litteratur har tagits med då AI är ett ämne inte alltför ofta behandlats inom den svenska juridiska litteraturen. Det förekommer i uppsatsen av uppenbara skäl även regelverk hänförliga till Advokatsamfundet då organisationen erbjuder ledning i tolkningen av aktsamhetsnormen för advokater. Då praxis angående det juridiska rådgivaransvaret är sparsamt har viss praxis avseende andra yrkesgrupper tagits med. Detta för att belysa vissa av rådgivares ansvarsformer och bedömningsgrunder som gäller även för advokater. Beskrivningen av rådgivaransvaret har gjorts till stor del från Lars Heumans bok då denna

⁷ Juridisk metodlära, s. 27.

⁸ Lambertz, Göran, *Nyttig och onyttig rättsvetenskap*, SvJT, 2002, s. 265.

⁹ Juridisk metodlära, s. 30.

avhandlar ämnet utomordentligt systematiskt och pedagogiskt. Vissa juridiska tidskrifter återkommer i uppsatsen då AI är ett relativt nytt fenomen inom juridiken. Av samma anledning har det även varit nödvändigt att söka sig till dessa mer nyhetsorienterade källor för att spegla yrkesgruppens användning av AI.

1.3 Syfte och frågeställningar

Det huvudsakliga syftet med denna uppsats är att utreda advokatens ansvar vid användandet av artificiell intelligens vid privata företagsförvärv. Syftet är närmare att utreda den situation då detta används som hjälpmedel vid DD vid privata företagsförvärv. För att åstadkomma detta har följande frågeställningar formulerats:

- Hur är det juridiska rådgivaransvaret reglerat?
- Hur kompliceras bedömningen av det juridiska rådgivaransvaret av användningen av AI?
- Behövs en mer specifik reglering för användningen av AI för advokater?

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen avhandlar enbart det skadeståndsrättsliga och disciplinära ansvar en advokat kan ådra sig för oaktsamhet vid användningen av AI vid genomförande av en DD. Således avhandlas vad som kan anses vara culpöst vid ett sådant uppdrag och vilka faktorer som får betydelse vid culpabedömningen. Det straffrättsliga ansvaret för advokater vars rådgivning brister behandlas inte. Detta då ansvarsformen inte är den mest relevanta att diskutera i förhållande till AI som rådgivningsstöd. Detta också på grund av hur sällan det straffrättsliga ansvaret aktualiseras men också för att de andra ansvarsformerna av rådgivaransvaret ligger närmare att

tillämpas vid rådgivningen inför ett företagsförvärv. Den enda skadeståndstypen som diskuteras är ren förmögenhetsskada då denna är den enda skadetyper som realistiskt kan komma ur en DD vid ett företagsförvärv i relationen mellan advokaten som rådgivare och klienten.

Ansvarsförsäkringar kan komma att spela en roll i att avlasta skadelidande part när en advokat orsakat ekonomisk skada för en klient.

Ansvarsförsäkringarna och vilken roll dessa spelar har utelämnats främst av den anledningen att de inte är av principiell betydelse för frågeställningarna utan nästan uteslutande av praktisk betydelse för ansvarsutkrävandet.

Skadeståndsrättsliga beräkningar av skadans storlek kommer inte omfattas av uppsatsen. Artificiell intelligens beskrivs enbart till de delar som enligt min egen uppfattning skulle kunna få betydelse vid ansvarsprövningen för rådgivaransvaret. Då ämnet är högst tekniskt avancerat bör reservationer göras då vissa av systemens funktioner beskrivs i förenklade former.

1.5 Forskningsläge

Heuman har skrivit mycket utförligt om rådgivaransvaret och sedan boken *Advokatens rättsutredningar: metod och ansvar* publicerades 1987 har det tillkommit en del nyare praxis. Denna nyare praxis hänvisar flitigt till boken och tillsammans med Kleineman, som också skrivit en del om ämnet finns i min mening mycket god litteratur på ämnet, om än något ålderdomlig sådan. Praxis är dock sparsam vad gäller det juridiska rådgivaransvaret. Detta tillsammans med en näst intill obefintlig doktrin om hur artificiell intelligens påverkar rådgivaransvaret är forskningsläget allt annat än omfattande.

Europeiska kommissionen publicerade den 21 april 2021 förslag till reglering för användningen av artificiell intelligens inom EU. Förslagen avser dock i allra högsta grad annan AI än den som används vid privata

företagsförvärv för utförande av DD.¹⁰ Därmed kvarstår ett starkt behov av forskning kring rådgivaransvaret avseende användningen av AI.

Ämnet, eller närliggande ämnen, har varit föremål för ett flertal examensarbeten vid de juridiska fakulteterna Sverige.¹¹ Trots att dessa uppsatser inte kan ses som ”forskning” i egentlig mening har de varit värdefulla, framför allt vad gäller de hänvisningar arbetena innehåller.

1.6 Disposition

Då det juridiska rådgivaransvaret är komplicerat inleder jag i kapitel 2 med att beskriva detta ingående. Rådgivaransvaret diskuteras inledningsvis där i generell bemärkelse för att skapa en förståelse för ämnesbegreppen och de olika ansvarsmekanismerna som finns att tillgå. Därefter går den generella diskussionen över till en specificerad diskussion med närmare anknytning till ansvarsfrågor närbesläktade med AI som beslutsunderlag i rådgivningen. Detta görs genom att förutsättningarna för ansvar bryts ner och diskuteras separat för att senare i uppsatsen återkopplas till just användningen av AI. Kapitel 2 avslutas med en genomgång av viss modern praxis, en beskrivning av aktsamhetsbedömningen samt en förklararing av möjligheterna till friskrivningar och ansvarsbegränsningar. Uppsatsens efterföljande kapitel, 3, ägnas åt att beskriva artificiell intelligens. Detta görs grundligt då ämnet berör en hel del tekniska aspekter och begrepp som sällan förekommer i juridiska sammanhang. Genomgången av AI övergår i mer juridiskt relevanta aspekter och anknyts i viss del till rådgivaransvaret. Kapitlet om AI innehåller en konkretisering av hur AI används vid företagsförvärv och då framför allt vid DD. Mycket kan sägas om skadestånd i juridisk mening

¹⁰ Europeiska kommissionen, 2021/0106 (COD), 2021, s. 1 – 5.

¹¹ Se exempelvis Magnusson, Mathilda, *Advokaters rådgivningsansvar vid användande av artificiell intelligens Särskilt om due diligence vid privata företagsförvärv*, Examensarbete 2018, Juridiska institutionen vid Uppsala universitet, Örnerstig, Magdalena, *Rådgivares ansvar för ren förmögenhetsskada till följd av vårdslös rådgivning*, Examensarbete 2001, Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, samt Sandy, Mikael, *Advokatens rådgivaransvar vid privata M&A-transaktioner*, Examensarbete 2013, Juridiska institutionen vid Uppsala universitet.

men med hänsyn till uppsatsens frågeställningar avhandlas skadeståndsansvar enbart till de delar i kapitel 2 som jag funnit ytterst relevant för att spegla ansvarsutkrävandets mest centrala delar. Kapitel 3 avslutas med att försöka knyta ihop AI och juridiken genom att spegla några av marknadens rättsliga synpunkter på ämnet. Kapitel 4 behandlar privata företagsförvärv där den rättsliga regleringen först klargörs och DD som uppdrag sedan avhandlas. En skiljedom om DD avslutar kapitlet för att koppla de beskrivande delarna med något mer praktiska omständigheter. I kapitel 5 genomförs en analys där samtliga tidigare kapitel sammanflätas i relevant utsträckning. Analysen besvarar och diskuterar frågeställningarna för uppsatsen till den del de inte redan får anses besvarade. Då vissa ämnen beskrivs utifrån enbart ett fåtal källor förekommer i uppsatsen en del längre stycken där en slutlig fotnot är referens för hela stycket.

2 Rådgivningsansvar

Följande framställning sker med utgångspunkt i doktrin och viss praxis för att sedan övergå i två rättsfall från senare år. Denna indelning görs i hopp om att tydliggöra grunden i rådgivningsansvaret för att sedan precisera denna genom de senare rättsfallen.

2.1 Inledning

Det finns ingen särskild lag som omfattar rådgivares ansvar i allmän mening. Det finns däremot särregleringar avseende vissa professioner såsom finansiella rådgivare eller försäkringsförmedlare.¹² För rådgivning som yrke har lagstiftningstrenden historiskt gått från handelsbalkens mer generella reglering¹³ till att vissa yrkesgrupper fått mer specifik reglering.¹⁴

Ansvar en advokat bär gentemot klienten är framför allt ett ansvar som vilar på kontraktsrättsliga skadeståndsregler.¹⁵ I övrigt kan även ansvar utkrävas genom Advokatsamfundets disciplinära regelsystem. De enda särskilda bestämmelser som gäller för advokater återfinns således i 8 kap. rättegångsbalken. Dessa regler utgör grunden för vad som brukar kallas *professionsansvaret* vilket innebär att advokatycket förknippas med vissa kvalitetsnormer. Dessa bestämmelser hänvisar till kravet på god advokatsed vilket är den kvalitetsnorm som professionen ska upprätthålla.

Advokatsamfundet preciserar vad som utgör *god advokatsed* i sina vägledande regler¹⁶.¹⁷ Någon civilrättslig reglering av rådgivaransvaret för advokater finns dock inte.¹⁸ Detta innebär att ansvarsbedömningen som

¹² Lag (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter, samt Lag (2018:1219) om försäkringsdistribution.

¹³ 18 kap. 3 och 4 §§ HB.

¹⁴ Korling, Fredric, *Rådgivningsansvar – särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning*, 2010, s. 395.

¹⁵ Heuman, Lars, *Advokatens rättsutredningar: metod och ansvar*, 1987 s. 21.

¹⁶ Advokatsamfundets *vägledande regler om god advokatsed*.

¹⁷ Lorentzon, Rättegångsbalk (1942:740) kommentaren till 8 kap. 4 §, Lexino 2018-01-20 (JUNO).

¹⁸ Ingvarsson, Torbjörn, *Rådgivningsansvar och medvållande*, JT 2002, s. 562.

oftast görs är rent kontraktuell och således inom ramarna för inomobligatoriskt skadestånd.¹⁹ Den närmare regleringen av själva *omfattningen* för advokaters rådgivaransvar får dock härledas ur praxis och doktrin.

Det som ska bedömas i rådgivarens ansvar, oavsett om ansvaret härleds genom kontraktsrättsliga skadeståndsregler eller det disciplinära systemet, är vilken kvalitet rådgivningen kan förväntas ha. Således är advokatens ansvar uppbyggt på culpaprincipen.²⁰ Denna bedömningsgrund blir snabbt problematisk då det handlar om att bedöma en branschstandard vilket är en svår uppgift. Kvalitetsnormen för rådgivningen är sällan specificerad i uppdragsavtalen mellan advokaten och klienten vilket gör att rådgivarens ansvar vilar på argument om branschsedvänja och standard.²¹ Det finns många olika yrkesgrupper som bedriver rådgivning och regleringen mellan dessa skiljer sig åt. Det kan finnas ett värde i att analysera andra yrkesgruppers rådgivaransvar då det går att utröna vissa gemensamma krav för rådgivare.²²

I doktrinen återges fem kriterier som ska föreligga för att rådgivaransvaret ska aktualiseras. Det ska 1) vara frågan om att ett *råd givits*, 2) att ett *avtal* förelegat mellan rådgivaren och klienten, 3) att det kan konstateras en *förlust* som mottagaren av rådet lidit, 4) att det var det givna rådet som *orsakat* förlusten samt 5) att det var *vårdslöst* av rådgivaren att ge det specifika rådet.²³

Nedan kommer rådgivaransvaret diskuteras i ljuset av de ovan angivna kriterierna. Detta görs oaktat om ansvaret bygger på skadeståndsrättslig eller disciplinär grund. Uppdelningen av kapitlen sker utifrån vilka separata förpliktelser rådgivaren kan sägas ha vid rådgivningen, med undantag för

¹⁹ Korling, s. 521.

²⁰ Heuman, s.7 - 9.

²¹ Korling, s. 402.

²² Ibid, s. 501.

²³ Ingvarsson s. 562, jfr Kersby, Sara, *Due Diligence – särskilt om advokats ansvar vid dess genomförande*, JT 1997/98, s. 150.

den inledande begreppsdefinitionen av vad som kan anses vara ett *råd*. Detta då det förefaller vara en pedagogisk uppdelningen av vilken bedömning rådgivaransvaret faktiskt fordrar.

2.2 Definition av begreppet rådgivning

Någon definition för *råd* eller *rådgivning* finns inte i lagen vad gäller det juridiska rådgivaransvaret. HD har förvisso i NJA 1995 s. 505 uttalat att ett råd inte enbart innebär rekommenderade handlingssätt utan även att konkreta handlingssätt rekommenderats för att möjliggöra att klienten kan omsätta rådet i praktiken. Ett mer flexibelt sätt att definiera rådgivning kommer dock till uttryck i NJA 1992 s. 243 där det sägs att rådgivningsförhållandet uppstår då klienten kan sägas ha en befogad tillit till rådgivaren. Vissa lagar såsom Lag (1985:354) om förbud mot juridiskt eller ekonomiskt biträde i vissa fall innehåller vissa definitioner av hur rådgivningssituationen uppstår och vad som menas med *råd* eller *biträde*. Lagen anses dock vara en mindre väl lämpad utgångspunkt i definitionen varför ledning ed fördel får sökas i doktrin och i praxis.²⁴ Rådgivning har förvisso definierats i andra rättsområden närbesläktade med den juridiska rådgivningen såsom det gällande finansiell rådgivning. Förarbeten till regleringen om den finansiella rådgivningen talar om rådgivning som en verksamhet som syftar till att lämna förslag om lämpliga tillvägagångssätt i vissa situationer. Detta är en definition som till stor del ringar in även advokaters rådgivande verksamhet.²⁵

Rådgivning kan sägas avse den situationen där någon söker råd om en given situation för att anpassa sitt handlande efter rådgivningen. Rådgivning behöver således särskiljas från den situationen där utväxlingen av information i stället liknar en oförbindande upplysning. Rådgivning, i denna

²⁴ Kleineman, *Rådgivares informationsansvar – en probleminventering*, SvJT 1998, s. 185.

²⁵ Prop. 2002/03:133, s. 45.

mening, sker således inte i partsrelationer som är förutsättningslösa utan enbart de situationer då rådgivningen kan sägas utföras genom ansvarsgrundade råd.²⁶ Detta är en distinktion som är nödvändig att göra då det juridiska språket innefattar begrepp som förekommer i andra vetenskaper men som ofta har en annan bestämd innebörd inom de juridiska ramarna.²⁷

Rådgivare har som utgångspunkt en kunskapsfördel över sin klient. Detta innebär att rådgivare har att beakta denna fördel och omsorgsfullt utföra sin rådgivning till klienten.²⁸ En advokat förväntas som ledamot av Advokatsamfundet besitta specialkunskaper som är specifika för dennes profession. Därav benämns advokatens rådgivaransvar ibland som ett *professionsansvar* vilket syftar till att poängtera vilka specialkunskaper en medlem av Advokatsamfundet förväntas ha. Rådgivaransvaret blir i denna bemärkelse ett mera generellt ansvar och professionsansvaret inbegriper kravet på att arbetet utförts enligt en facklig standard.²⁹ Att utvärdera huruvida en advokat givit juridiska *råd* eller ej till sin klient är oftast relativt oproblematiskt, jämfört med andra yrken. Detta då en stor del av advokaternas huvudsakliga arbete innebär att förse sina klienter med råd.³⁰

För advokater är det vid tvistiga ärenden rörande rådgivning snarare rådgivningens kvalité som ska utrönas, än om rådgivning faktiskt förelegat.³¹ Andra yrkesgrupper har svärdefinierade rådgivningsbegrepp såsom exempelvis revisorer då deras verksamhet ofta går ut på en uppdelad rådgivning där det dels handlar om fristående rådgivning, dels revisionsrådgivning. Dessa olika rådgivningsformer för revisorer har således definierats separat på ett sätt som ej finns definierat för advokater, där talar man i stället enbart om rådgivning i generell mening.³²

²⁶ Heuman, s. 24–26.

²⁷ Ibid, s. 15.

²⁸ Korling, s. 6-10.

²⁹ Heuman, s. 24.

³⁰ Korling, s.225.

³¹ Ibid, s. 226.

³² Ibid, s. 234.

En typisk rådgivarsituation kan se ut så att rådgivaren inledningsvis samlar information om sin klient för att bättre anpassa rådgivningen. Rådgivaren sammansätter sedan information angående omständigheterna i frågan som rådgivningen avser. Slutligen presenterar rådgivaren den information som denne anser vara relevant för fallet tillsammans med vissa specifika rekommendationer. Detta typiska förfarande ska skiljas från det förhållandet som sägs vara kärnan i en *syslomans* verksamhet, nämligen rättshandlande för klienten. Detta är relevant att poängtera då ett rättshandlande trots allt innebär stora likheter med rådgivningen. Exempelvis finns stora likheter mellan en syslomans uppdrag och en rådgivares uppdrag vid själva inhämtandet och bearbetandet av informationen kring både klienten och uppdraget i sig. Trots likheterna regleras alltså dessa former av tjänster olika. Den något ålderdomliga lagstiftningen har i doktrinen föreslagits vara tillämplig på advokaters rådgivande verksamhet samtidigt som den benämns vara uppenbart avsedd för andra typer av uppdrag än rådgivaruppdrag.³³

2.3 Advokatens rådgivning och ansvar

Advokaten har som ovan nämnt ett disciplinärt samt ett kontraktsmässigt ansvar mot klienten. Båda ansvarsformerna bygger på bedömningar av förevarande rådgivnings form och kvalitet som således avgör om advokaten varit oaktsam i sin rådgivning.³⁴ Nedan följer en uppdelning av kraven som ställs på rådgivningen i dess olika delar.

2.3.1 Den pedagogiska plikten

Advokaten kan göras ansvarig om denne uttryckt sig på ett sådant sätt att klienten blivit vilseledd. Det kan vara svårt att avgöra om advokaten bedömt rättsfrågorna felaktigt eller enbart uttalat sig på ett oklart och förvirrande

³³ Ingvarsson, s. 561–573, se även Korling, s. 400.

³⁴ Kersby, s. 150 samt Heuman, s. 21.

sätt men korrekt i sak. Därför ställs ett separat krav på advokatens pedagogiska färdighet som rådgivare. Skyldigheten innefattar ett krav på advokaten att vid komplicerade frågor uttrycka att rådgivningen är förknippad med ett visst mått av osäkerhet. Dessutom bör advokaten i dessa lägen förklara för klienten vilka olika tolkningssätt en rättslig frågeställning har.³⁵

Rådgivarens ansvar kan således vara beroende av uppdragets innebörd för klienten. Ibland uppstår ett uppdrag för att en klient inte har tid att själv söka information om något, ibland för att klienten inte *kan* söka information om något, på grund av sakens komplexitet. Detta innebär att uppdragets innebörd kan uppstå med olika utgångspunkter för vad uppdraget faktiskt innebär för klienten. Detta är viktigt att identifiera då det är rådgivarens ansvar att utreda uppdragets innebörd, kommunicera denna till klienten och ombesörja att klienten förstått innebörden av uppdraget.³⁶

Klart är alltså att det föreligger både en sorts undersökningsplikt för advokaten som rådgivare, undersökning avseende uppdragets innebörd, samt en pedagogisk plikt. Denna senare plikt består i att dels förvissa sig om klientens kunskapsnivå men framför allt att säkerställa att klienten förstår redovisningen av uppdraget.³⁷ Då advokater inte har någon plikt att definiera uppdraget för klienten måste denne på annan väg förvissa sig om att uppfattningen om vad uppdraget innebär överensstämmer med klientens uppfattning. Detta sker genom att advokaten får tolka klientens uppgifter så gott det går. Innan advokaten påbörjar sitt specifika uppdrag måste dock en avstämning ha skett med klienten angående dessa uppfattningar.³⁸

I rättsfallet NJA 1994 s 532 gav en teknisk konsult råd till en möbelhandlare vilket resulterade i skada för möbelhandlaren. Det var fråga om hur ljuskänsligt ett visst material var. Rådgivaren presenterade ett resultat som

³⁵ Heuman, s. 110.

³⁶ Korling, s. 405-406.

³⁷ Ibid, s. 419.

³⁸ Ibid, s. 421.

representerade ljuskänsligheten på en skala mellan 1 - 8 och möbelhandlaren agerade därefter genom att köpa in materialet. Då materialet visade sig vara ljuskänsligare än vad möbelhandlaren trodde väcktes frågan hur resultatet hade presenterats av rådgivaren. Det visade sig nämligen att skalan för ljuskänslighet inte var linjär utan logaritmisk vilket rådgivaren inte förklarat på ett tillräckligt pedagogiskt sätt. Därav missbedömde möbelhandlaren rådet och handlade således i okunskap trots att rådet som givits inte fick anses vara fel i sak.³⁹

Det finns som ovan nämnt en plikt för advokaten i sin roll som rådgivare att klargöra de rättsfrågor som utreds för klienten på ett begripligt sätt. Detta är således till stor del en pedagogisk utmaning som varierar i svårighet beroende av klientens mottaglighet för utredningen som advokaten redogör för. Svårigheten i klargörandeplikten beror då även således av uppdragets svårighetsgrad i sig. En advokat som råder sin klient i högst komplicerade frågor har en svårare uppgift rent pedagogiskt i framställningen inför klienten. Detta innebär att ansvaret är tudelat mellan klienten och advokaten då klienten inte bör överskatta råd baserade på ytterst komplicerade juridiska frågeställningar om advokaten påtalat att rättsläget till viss del måste anses vara oklart. Det går dock inte att överlåta på klienten att välja handlingsväg inom ett uppdrag enbart för det faktum att ett rättsläge är ytterst oklart. Det ankommer då i stället på advokaten att sammanfatta rättsläget, eller uppdraget, på ett sådant sätt att klienten förstår sina handlingsalternativ.⁴⁰ Rådgivaransvaret inbegriper även ett ansvar för advokaten att urskilja rättsfrågor och definiera uppdragets ramar. Ibland när en klient kontaktar en advokat framställs ofta ett konkret juridiskt problem som advokaten kan tänkas börja utreda omgående. Det kan i dessa fall då vara nödvändigt att söka vidga det juridiska problemet i samråd med klienten för att inte förbise mer grundläggande frågor som bör utredas. Detta innebär att en initial rättsfråga kan bli flera om rådgivaren till fullo utreder

³⁹ Se referatet för i NJA 1994 s 532 samt Ramberg, Christina, *Reklamation mot advokater och revisorer*, SvJT 2010, s. 142.

⁴⁰ Heuman, s.114 – 117.

uppdragets ramar.⁴¹ Det handlar på detta sätt till stor del om att minimera risken för att klienten missförstår uppdraget eller resultaten av uppdraget.⁴² Där advokaten sedan känner sig nöjd i arbetet att identifiera relevanta rättsfrågor tar ett annat ansvar vid som innebär att advokaten till viss del är skyldig att söka förutse följdproblem. Advokaten som rådgivare har således en plikt att inte skjuta eventuella problem till framtiden och därmed avvakta exempelvis motargument från en eventuell motpart, utan dessa motargument ska då föregås i störst möjliga mån.⁴³

2.3.2 Metodansvar

Advokaten har ett ansvar att göra tillräckliga undersökningar av gällande rätt innan denne uttalar sig och ger sin klient ett råd. Om uppdraget är svårt till sin natur erfordras mer noggranna och omfattande undersökningar av advokaten. För att advokaten ska anses ha vållat en skada genom sin rådgivning måste därför uppdragets svårighetsgrad bedömas. Bedömningen ska härvid *inte* beakta om advokaten borde haft kunskaper om vissa rättsfrågor utan snarare om advokaten studerat viktiga rättskällor för uppdraget. Metodansvaret innebär vidare att advokaten håller sig uppdaterad under uppdragets gång vad gäller rättsutvecklingen i stort.⁴⁴

Rådgivaren har en plikt att inhämta, bearbeta och sammanställa information för att forma uppdraget. Det bör uppmärksammas att detta rent praktiskt innebär att rådgivaren till stor del formar uppdraget självständigt varför krav måste uppställas på detta inhämtande och bearbetande av information. Kraven som medföljer detta ansvar har formulerats delvis såsom ett *metodansvar*. Ordet fångar innebörden på ett bra sätt då metoden som advokaten som rådgivare använder måste anses fackmannamässig och

⁴¹ Heuman, s. 125.

⁴² Kersby, s. 154.

⁴³ Heuman, s. 126.

⁴⁴ Heuman, s. 26, s. 60.

således överensstämma med god yrkessed. Begreppens svepande natur fyller en funktion då uppdragen är väldigt varierande inom branschen varför ansvarsgrunderna också måste innehålla ett visst mått av flexibilitet.⁴⁵

Gemensamt för alla rådgivningsprofessioner är kravet på att rådgivningen skett på grundval av vetenskap och beprövad erfarenhet vilket blir en god utgångspunkt i den svåra bedömningen.⁴⁶ Det går en skiljelinje mellan de former av ansvar en rådgivare har som bygger på omsorgstagande i avtalsrelationen och ansvar som bygger på vilka resultat rådgivare bör presentera och vilken kvalitet dessa bör ha.⁴⁷ För vissa rådgivare ter sig ett resultatansvar något mindre påtagligt, såsom advokater. I generell mening kan advokater inte sägas bära ett resultatansvar om inte detta utfästs via garantier från advokatens sida. Metodansvaret är det främsta ansvaret advokaten bär i sin roll som rådgivare för klienten.⁴⁸

2.3.3 Resultatansvar

Något generellt ansvar att uppnå ett specifikt resultat i sina uppdrag kan som ovan nämnt inte sägas existera för advokater. Uppdragets natur kan dock ha en avgörande betydelse för hur ansvaret ska bedömas. Det är viktigt att vidhålla skillnaden mellan metodansvaret och resultatansvaret då metodansvaret är det huvudsakliga ansvaret för advokaten. Lämnar en advokat ett felaktigt beslut på en enklare fråga rörande en processuell angelägenhet kan detta dock innebära att ansvar inträder på grundval av resultatansvaret. Detta kan vara fallet då en klient förlorar ett mål och påstår att advokaten agerat felaktigt i rätten. Advokaten kan således anses ha varit vårdslös om denne lämnat felaktiga råd till en klient. Ansvaret inträder dock inte i dessa situationer på grund av att informationen är felaktig i sig, utan enbart om advokaten i samband med den felaktiga informationen också

⁴⁵ Heuman s. 120, Korling, s. 428.

⁴⁶ Korling, s. 500.

⁴⁷ Korling, s. 502.

⁴⁸ Kersby, s. 154.

uttalat sig kategoriskt och på så sätt ingjutit tillit hos klienten på ett sätt som kan anses vara vårdslöst. Resultatansvaret kan motsatsvis undvikas om advokaten förklarar att uttalandet är förenat med viss osäkerhet. Detta ska dock skiljas från enklare fel som uppstår av okunnighet och förbiseenden, vilket föranleder ansvar oavsett advokatens reservationer.⁴⁹

Vid uppdragets utförande är det inte ovanligt att särskilda avtalsvillkor förekommer i avtalet mellan klienten och advokaten som avser reglera advokatens uppdrag. Villkoren syftar till att reglera uppdragets innebörd då rådgivningen i uppdraget kan anses vara godtagbar trots att den innehåller en viss nivå av osäkerhet. Detta sätt att tillåta en något undermålig rådgivning är något som inte går att omsätta på många andra yrkesgrupper. En läkare kan exempelvis inte sägas vara tillåten att genomföra rådgivningen med samma ursäktade osäkerhet. Den tillåtna osäkerheten är dock en nödvändighet inom juridiken så länge rådgivaren kan sägas ha upprätthållit vissa grundläggande kvalitetskrav.⁵⁰

2.3.4 Specialistansvar

Specialiserade advokater bär ett mer omfattande ansvar vid juridisk rådgivning. Ansvar kan kallas för ett specialistansvar men inträder inte enbart när advokaten själv marknadsför sig såsom specialiserad. Ansvar inträder även när klienten haft anledning att uppfatta advokaten som specialiserad från omständigheterna i övrigt. Det omvända gäller även, således att oberoende av vad klienten vet om byrån eller advokatens specialistkunskaper, kan ansvar föreligga. Uppdragets ämnesområde måste för att ansvaret ska anses berättigat givetvis åtminstone tangeras byråns påstådda specialistkunskaper. En yrkesverksam advokat på en specialiserad byrå kan ådra sig detta specialistansvar trots att denne inte själv har specialistkunskaper av erforderlig kvalitet. HD har i NJA 1981 s. 1091

⁴⁹ Heuman, s. 26–27.

⁵⁰ Heuman, s. 29.

befäst att en byrås faktiska specialisering kan få en avgörande betydelse för rådgivaransvarets omfattning. Detta innebär att man vid specialiserade byråers rådgivning ibland kan lyfta ur klientens uppfattning ur ansvarsbedömningen. Detta specialistansvar ska dock inte uppfattas som ett strängt ansvar bara av den anledningen att en byrå har en viss nische inom sin verksamhet. Ansvaret ska inträda för de situationer då byrån explicit uttryckt utåt att det föreligger en särskild specialisering för byrån.⁵¹ Specialistansvarets omfattning är något som står i kontrast till vad man har att förvänta sig av en specialiserad advokat i dess rådgivning. Det blir i bedömningen viktigt att fokus placeras på advokatens val av litteratur och bredden av det valda beslutsunderlaget. I kontrast till specialistens tillvägagångssätt kan det konstateras att rådgivare generellt har att skaffa sig så mycket kunskap inför ett rådgivaruppdrag så att uppenbara felaktiga råd undviks. Specialisten kan då alltså sägas vara tvungen att skaffa sig bredare kunskaper än den icke specialiserade rådgivaren. Det är viktigt att åter igen poängtera att det således inte är advokatens intelligens eller analytiska förmåga som bedöms utan metoden denne använder i sitt uppdrag.⁵²

2.3.5 Särskilt om skadeståndsansvaret

Av skadeståndslagens 1 kap. 1 § framgår det att advokatens avtalsförhållande med sin klient omfattas av lagen för de delar av avtalet som inte stadgar annat. Enligt samma lag framgår att den som orsakat sin avtalspart ekonomisk skada genom oaktsamt, eller vårdslöst, agerande blir ersättningsskyldig.⁵³ Rådgivaransvaret är således som framgått ovan ett kontraktuellt ansvar. Skadeståndsansvaret som advokaten bär gentemot klienten är ett ansvar som utkrävs vid vårdslös rådgivning. En särskild omständighet gällande culpaansvar för advokatens skadeståndsansvar är att

⁵¹ Heuman, s. 88 f.

⁵² Ibid, s.91.

⁵³ 1 kap. 1 § SkL, se även Kersby, s. 150 samt Korling, s. 521

hänsyn kan tas till syftet med skadeståndsansvaret vid bedömningen.⁵⁴ Detta betyder att bedömningen kan breddas till att omfatta regleringens reparativa funktion. Detta kan dock visa sig problematiskt då skadeståndskrav för förmögenhetsskador ibland gäller mycket stora belopp. Med hänsyn till att ansvaret för en enskild advokat skulle bli alltför betungande i dessa fall bör ansvarsbedömningen i skadeståndsmål särskilt beakta proportionaliteten i ansvaret.⁵⁵

2.4 Modern praxis

I det följande avsnittet återges två relativt nya rättsfall som handlar om advokatens skadeståndsansvar. Rättsfallen ställs med pedagogisk fördel i kontrast till vad som ovan framgått av doktrin och praxis.

2.4.1 NJA 2018 s. 414

NJA 2018 s. 414 behandlar en advokats skadeståndsansvar mot sin klient. Det bakomliggande målet handlar kort om Bostadsrättsföreningen Havsbrisen som biträtts av en advokat i en entreprenadvist. Entreprenadvisten gällde en hävning av ett avtal från Bostadsrättsföreningens motpart Mjögäck Entreprenad. Hävningen påstods ha orsakat skada för Bostadsrättsföreningen som sökte ersättning för densamma. Motparten Mjögäck upprättade ett genkärsmål där man sökte ersättning från Bostadsrättsföreningen. Tingsrätten fann att Bostadsrättsföreningen inte visat att man lidit skada och lämnade således kärålet utan bifall. Genkärålet gillades dock av tingsrätten vilket lämnade Bostadsrättsföreningen ersättningsskyldiga gentemot Mjögäck. Efter överklagan från båda parter gavs enbart motparten Mjögäcks genkärsmål prövningstillstånd i hovrätten varför tingsrättens dom vann lagakraft gällande Bostadsrättsföreningens talan. Bostadsrättsföreningen

⁵⁴ Heuman, s.21.

⁵⁵ Heuman, s. 22.

yrkade om att få kvitta en fordran mot Mjölby. hovrätten fann dock att talan var utformad på ett sådant sätt att den omfattades av den lagakraftvunna domen från tingsrätten.⁵⁶

Bostadsrättsföreningen väckte sedermera talan mot den advokatbyrå som advokaten var verksam för under tiden då denne bistod Bostadsrättsföreningen i ovanstående tvist. Bostadsrättsföreningen hävdade att advokaten utfört sitt uppdrag vårdslöst då ingen talan angående kvittningsyrkandet framställdes i tingsrätten. Advokatbyrån försvarar sig och hävdar att advokaten inte varit vårdslös i utförandet av uppdraget. Efter att tingsrätten avslagit Bostadsrättsföreningens talan mot advokatbyrån gav hovrätten talan bifall. Detta då man fann att advokaten borde framställt yrkandet om kvittning i tingsrätten eftersom yrkandet skulle nått framgång där. Advokatbyrån överklagade och HD konstaterar i sin dom att en advokat på kontraktsrättslig grund bär ett ansvar för skador denne orsakat genom vårdslöshet. Detta ansvar sägs präglas av de specialkunskaper en advokat förväntas ha som ledamot av advokatsamfundet. HD går vidare och poängterar att det enligt 8 kap. 4 § RB sägs att advokaten därmed är skyldig att utföra sina uppdrag redbart och nitiskt samt iaktta god advokatsed. HD förklarar att advokaten efter bästa förmåga ska tillvarata klientens intressen. Detta förklaras innebära att advokaten gör erforderliga undersökningar av gällande rätt och även vid kontakt med klienten ska undersöka uppdragets natur och omständigheter. Uppdragets omfattning är något som benämns som särskilt viktigt för att avgöra om advokaten förfarit vårdslöst eller inte.

HD fortsatte förklara att omständigheterna i det enskilda fallet ska specifikt uppdragets omfattning och de juridiska frågornas komplexitet bedömas för att avgöra den eventuella vårdslösheten. Även vilken tid advokaten haft till sitt förfogande, de värden som står på spel och klientens egna instruktioner spelar roll för bedömningen. Har den enskilde advokaten särskilda erfarenheter i överensstämmelse med uppdragets ämne ska detta spela in på

⁵⁶ NJA 2018 s. 414 – 426.

bedömningen. Det konstateras vidare i bedömningen att skadeståndsansvar föreligger vid uppenbara fel. Är det fråga om mer komplicerade juridiska frågeställningar eller överväganden ska bedömning gå ut på om advokaten kan sägas ha varit tillräckligt omsorgsfull. Mynnar en av advokaten genomförd rättsundersökning ut i ett flertal handlingsalternativ ska dessa presenteras för klienten innehållande för- och nackdelar. Underlåter advokaten att lägga fram dessa alternativ med för- och nackdelar ska dock inte skadeståndsskyldighet inträda annat än i uppenbara fall. En anmärkningsvärd punkt i domskälet, framför allt då avseende ordvalen, är punkt 26. Där beskrivs det att det krävs att advokaten är talanglös, svag eller dålig i sin processföring för att processföringen ska anses vara utförd vårdslöst. HD diskuterar och anmärker på det faktum att advokaten faktiskt underlåtit att framställa kvittningsyrkandet. Man säger att det kan ifrågasättas om advokaten analyserat avtalen som låg till grund för yrkandet med tillräcklig omsorg. I den allra sista punkten i domskälen kommer man dock till slutsatsen att misstaget inte är av sådan natur att det borde vara skadeståndsgrundande. Advokaten hade i fallet inte fått ta del av all rättslig information vilket enligt HD grundade för slutsatsen att advokaten inte varit vårdslös i sitt uppdrag. Advokaten hade gjort ansträngningar för att få ta del av all information utan framgång. HD ändrade hovrättens dom och avslog Bostadsrättsföreningens talan.⁵⁷

2.4.2 NJA 2019 s. 877

Målet, som kom att kallas ”Advokatens skatterådgivning”, handlar om en fastighetstransaktion som utförts av fastighetsbolaget HSB under rådgivning av en advokat. Upplägget på fastighetstransaktionen var ett skattedrivet upplägg genom ett bolag i Nederländerna som kallas Sundsfastigheter. Transaktionen ansågs genom råd av advokaten vara ett relativt riskfritt upplägg skattemässigt. Ett annat bolag hade genomfört ett liknande upplägg med en fastighetstransaktion genom Cypern, en tid efter HSB:s transaktion.

⁵⁷ NJA 2018 s. 246 ff.

Denna transaktion kom att underkännas av Skatteverket. Det var efter detta uppmärksammade underkännande som HSB tog kontakt med advokaten i målet för att kontrollera om HSB:s egen transaktion riskerade samma skattetillägg. Advokaten uppgav efter genomförda granskningar som ovan nämnt att risken för detta var låg. HSB rekommenderades således inte vidta särskilda åtgärder på grund av transaktionen. Då HSB sedermera dömdes att betala 65 miljoner kr i skattetillägg för transaktionen krävde HSB tillsammans med bolaget i Nederländerna ersättning på grund av att advokaten varit vårdslös i sin rådgivning. HSB och Sundsfastigheter menade att advokaten inte genomfört erforderliga undersökningar av gällande rätt och således kommit fram till fel slutsatser vid sin undersökning. Tingsrätten avslag båda käromålen och menade att advokaten inte varit vårdslös inom ramen för uppdraget och dess omfattning. hovrätten gjorde en annan bedömning och fann advokaten vårdslös vilket ledde till slutsatsen att skadeståndsskyldighet inträtt gentemot Sundsfastigheter. Så som talan från HSB och Sundsfastigheter var uppbyggd saknade HSB rätt till ersättning. HSB och advokatbyrån överklagade domen och HD bedömde med ändring av hovrättens dom att advokaten inte varit vårdslös.⁵⁸

HD förklarar utgångspunkten för advokatens ansvar vilket sägs vara det kontraktsrättsliga skadeståndsansvaret vilket orsakats genom vårdslöshet. Ansvaret sägs likt professionsansvaret i allmänhet bygga på de kunskaper som en advokat förväntas ha. Dessa kunskapskrav, förtydligar HD, vilar på bestämmelserna i 8 kap. RB vilka i sig hänvisar till advokatsamfundets vägledande regler. Dessa sammanfattas av HD som uppger att advokaten därigenom är tvungen att efter bästa förmåga hävda klientens intressen, utföra uppdraget med omsorg, noggrannhet och tillbörlig skyndsamhet. Dessa riktlinjer för fackmannamässighet sägs vara grunden i aktsamhetsbedömningen. Uppdragets omfattning sägs kunna begränsa hur omfattande arbete advokaten kan förväntas utföra. Så länge advokaten i övrigt upprätthåller de ovannämnda kraven för fackmannamässighet.

⁵⁸ NJA 2019 s. 877.

Aktsamhetsbedömningen bör enligt HD inte fokusera på vilka resultat advokaten redovisat utan i stället ta hänsyn till om advokaten använt en omsorgsfull metod och gjort tillräckliga undersökningar för uppdraget. Advokaten sägs vid komplicerade frågeställningar ha ett beaktansvärt utrymme i sin rådgivning innan skadestånd aktualiseras. Detta gäller exempelvis i kommersiella förhållanden där en transaktions juridiska konsekvenser ska bedömas, vilket kan vara särskilt besvärligt. Klientens riskmedvetenhet sägs kunna avlasta advokatens ansvar då klienten har särskilda insikter om en risk. Detta gäller dock inte generellt utan måste bedömas från omständigheterna i varje enskilt fall. Uppdragets omfattning var något som i fallet tillmättes särskild betydelse då parterna var oense om detta. Advokatbyrån hävdade ett mer begränsat uppdrag vilket HD antog vara det korrekta. Detta då omfattningen hade diskuterats mellan advokaten och HSB i mejl vilket presenterade som bevisning. Omständigheterna i fallet benämns av HD som komplexa och rättsläget för uppdraget var oklart vid tiden. Advokaten anlätades dock för sin särskilda kunskap. Advokaten gjorde reservationer beträffande rättsläget och dessa reservationer var i sig välgrundade. HSB uppvisade en tydlig medvetenhet om riskerna med det företagna handlingssättet vilket invercade i mildrande riktning för advokatens ansvar. Med hänvisning särskilt till uppdragets snäva omfattning ansågs advokaten inte ha agerat vårdslöst i sin rådgivning.⁵⁹

⁵⁹ NJA 2019 s. 877.

2.5 Culpabedömningen

2.5.1 Sammanfattande inledning

Oavsett om ansvaret för advokaten härleds ur kontraktsrättsliga skadeståndsregler eller advokatsamfundets disciplinära regler så bygger ansvaret på culpaprincipen.⁶⁰ Bedömningen om en advokat handlat culpöst måste innefatta de specifika omständigheter rörande det rådgivaruppdrag som står i begrepp att bedömas. Uppdragets natur får därför stor betydelse för bedömningen i mildrande eller skärpande mening. Även allmänna omständigheter såsom arvodets storlek och avtalsvillkoren i övrigt kan komma att få betydelse för bedömningen.⁶¹ Den omständigheten att disciplinärt ansvar utdömts av advokatsamfundet, genom att en advokat inte vidhållit *god advokatsed*, innebär inte att skadeståndsansvar som följd även bör inträda. Det omvända gäller också, att skadeståndsansvar inte måste innebära att disciplinära åtgärder utdöms. Dock kan culpabedömningen för skadeståndsansvaret ta utgångspunkt i *god advokatsed* såsom den gör vid disciplinära ärenden.⁶²

2.5.2 Särskilt om bedömningen för skadeståndsansvaret

Skadeståndsansvaret som oftast aktualiseras vid advokatens rådgivning är det beträffande ren förmögenhetsskada. Enligt 1 kap 2 § SkL innebär ren förmögenhetsskada en sådan skada som uppstår utan samband med person- eller saksador. Denna skadetyper ersätts som huvudregel enbart om skadan uppstått vid brott men undantag görs bland annat för kontraktsförhållanden. Där är kravet strängare vad gäller ren förmögenhetsskada som ska ersättas så snart advokaten förfarit oaktsamt. Ansvaret för ren förmögenhetsskada i

⁶⁰ Heuman, s. 9.

⁶¹ Ibid, s. 21.

⁶² Ibid, s. 24.

kontraktsförhållanden grundas för advokatens vidkommande på den befogade tilliten som en klient anses ha i förhållande till advokaten.⁶³

I skadeståndsmål handlar culpabedömningen om advokatens oaktsamhet i förhållande till klienten. Klientens förmåga att ta till sig råden från advokaten måste utredas och på så sätt definierar advokaten sitt eget uppdrag i förhållande till klienten. Förbiser advokaten detta kan denne ha förfarit oaktsamt med hänvisning till den tillitsprincip som kan sägas omfatta partsrelationen mellan advokaten och klienten. Klienten har via tillitsprincipen en presumerat befogad tillit till advokaten vilken medför detta klientspecifika ansvar.⁶⁴

2.5.3 Särskilt om bedömningen för disciplinansvaret

I mål om disciplinansvar utgår culpabedömningen från det som stadgas i RB 8 kap. nämligen advokatens oaktsamhet i förhållande till den *goda advokatseden*. Vad detta närmare innebär specificeras av advokatsamfundets vägledande regler som inte kommer återges i detalj. Det ska dock poängteras att reglerna inte gör anspråk på att vara uttömmande. Avsteg från regelverket innebär inte heller villkorslöst att disciplinära åtgärder bör vidtas. Till skillnad från culpabedömningen beträffande skadeståndsmålen kan denna bedömning beakta ett bredare perspektiv än enbart förhållandet mellan advokaten och klienten. Motparter, domare och rättsväsendet som stort utgör alla parter för vilka advokaten har att visa hänsyn.⁶⁵

⁶³ Bengtsson, Bertil, Ullman, Harald & Unger, Sven, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, 2019, s.21, samt Heuman s. 22.

⁶⁴ Heuman s. 23.

⁶⁵ Heuman, s. 35.

2.5.4 Generella anmärkningar

Culpaansvaret handlar helt enkel om att konstatera en godtagbar nivå för kvalitén på rådgivningen. Detta innebär att det bör utredas vad som är branschpraxis för den specifika rådgivningssituationen för att bestämma om rådgivningen varit i linje med eller under denna nivå. *God advokatsed* får i sammanhanget betydelse då de vägledande reglerna från advokatsamfundet hjälper vid culpabedömningen. I dessa vägledande regler sägs exempelvis att den juridiska rådgivningen ska vara grundad på erforderliga undersökningar av gällande rätt. Detta handlar om den tekniska hanteringen av ett uppdrag för advokaten. Att ge ett råd utan dessa *erforderliga undersökningar* vore således att beakta såsom vårdslöst. Detta är ett gott exempel på hur de vägledande reglerna får praktisk effekt vid culpabedömningen.⁶⁶

Vad gäller den rådgivningssituation som advokaten under arbete med företagsbesiktningen befinner sig i kan förtydligas att *god advokatsed* är den huvudsakliga utgångspunkten för culpabedömningen. Detta då det inte finns särskilt gott om vägledning i praxis eller lag för den specifika situationen. Aktsamhetskravet för advokaten är särskilt strängt med hänsyn till att kravet bli strängare om advokaten besitter eller utger sig för att besitta särskilda kunskaper. En kvalificerad verksamhet för vilken advokaten arbetar ger även för handen att inga förmildrande omständigheter kan inverka på aktsamhetsbedömningen.⁶⁷

Den fria culpabedömningen, också känd som Learned Hand, kan sägas innefatta tre bedömningskriterier – risk för skada, den sannolika skadans storlek samt möjligheter att förebygga skada. Den handlandes möjlighet att inse risken för skada är något som i vissa fall tillförs bedömningen.⁶⁸ En grundläggande förutsättning för skadeståndsskyldigheten som inte kommer

⁶⁶ Bengtsson m.fl., 2019, s. 56.

⁶⁷ Kersby, s. 151.

⁶⁸ Korling, s. 517.

beröras i detalj är den att det måste föreligga adekvat kausalitet mellan den påstått skadebringande handlingen och skadan som klienten lidit. Denna kausalitet måste dessutom anses vara adekvat.⁶⁹

Ett culpaansvar i rådgivarens situation innebär att ansvarsbedömningen till stor del tar utgångspunkt i rådgivarens kunskap och vilka krav som kan ställas på denna kunskap. I och med att ett resultatansvar enbart undantagsmässigt ska kunna åläggas rådgivaren rimmar detta krav på kunskap något illa med ovanstående culpaansvar. I stället har det därför påpekats ett metodansvar för rådgivaren. Det är viktigt att påpeka att det givetvis finns ytterkanter i denna skiljelinje mellan metodansvar och resultatansvar. Det finns med andra ord situationer då rådgivaren definitivt kan sägas vara tyngd av ett resultatansvar, exempelvis för de allra enklaste och mest välkända regler.⁷⁰

2.5.5 God advokatsed

Regleringen av advokaters skadeståndsansvar i 8 kap. 4§ RB föreskriver krav på att advokaten redbart och nitiskt ska utföra sina uppdrag samt iaktta god advokatsed. Det ska, i anslutning till vad som ovan sagts om *god advokatsed*, här uppmärksammas det faktum att lagstiftaren i lagrummet hänvisar till en utanför lagen angiven standard i och med formuleringen *god advokatsed*. Denna slags självreglering innebär att det delvis måste utredas vad som från advokatsamfundet sägs vara just god advokatsed.⁷¹

Den yrkesmässiga standarden, som det juridiska rådgivaransvaret bygger på, är vad som anses utgöra god advokatsed. Detta är en standard som utvecklas av yrkesgruppen själv. Det ankommer på Advokatsamfundet att sedermera utmejsla vad detta innebär i detalj. Denna parallella ansvarsapparat, med domstolar och disciplinnämnden, företar skilda culpabedömningar vilket är

⁶⁹ Kersby, s. 151.

⁷⁰ Heuman, s. 7-9.

⁷¹ Korling, s. 225.

av vikt att poängtera då samfundets praxis ej ska överskattas i betydelse. Culpabedömningen kan ofta å ena sidan utgå från god advokatsed men å andra sidan är detta inte något absolut krav. Det förekommer att HD också utdömer strängare påföljder än vad samfundet ansett vara påkallat.⁷²

För terminologins skull kan här poängteras att *professionsansvar* är det ansvar som yrkesgruppen advokater specifikt bär på grundval av de specialkunskaper en medlem av advokatsamfundet förväntas ha. Professionsansvaret bygger på att det krävs en viss standard för hur arbetet utförs av yrkesgruppen och denna standard är för advokatens del *god advokatsed*.⁷³ God advokatsed är ett begrepp som är föränderligt och på inget sätt är de av samfundet utfärdade vägledande reglerna om god advokatsed (VRGA) uttömmande i dess beskrivningar.⁷⁴ VRGA innehåller dock detaljerade riktlinjer för hur advokaten bör förhålla sig till sin klient. Det bör uppmärksammas att disciplinansvaret å ena sidan bygger på en culpabedömning men att denna på intet sätt bör ske enbart med ledning av de kunskapskrav som går att ställa på advokaten. Bedömningen bör i synnerhet vid särskilt komplicerade juridiska frågor grundas på advokatens tillvägagångssätt i arbetet och inte advokatens kunskaper.⁷⁵

Målsättningen i samfundets utkrävande av ansvar för de juridiska rådgivarna kan sägas syfta till att utveckla en vägledande praxis för yrkeskåren att rätta sig efter. Detta innebär att den enskilda klientens intressen står tillbaka i ansvarsbedömningen vilket också givetvis påverkar den culpabedömning som görs vid disciplinärenden, på så sätt att advokatens handlingar betraktas från mer generella utgångspunkter.⁷⁶

⁷² Heuman, s. 25.

⁷³ Kersby, s. 154.

⁷⁴ Heuman, s. 35.

⁷⁵ Ibid, s. 36–37.

⁷⁶ Ibid, s. 38.

2.6 Friskrivningar och ansvarsbegränsningar

2.6.1 Friskrivningar från rådgivaransvaret

Advokaten riskerar i sina uppdrag att bli skadeståndsansvarig enligt vad som framgår ovan. Denna risk betyder att det finns en anledning att överväga hur advokaten kan begränsa sitt ansvar. Ansvarsbegränsningar görs vanligen genom friskrivningar och ansvarsförsäkringar. Advokaten kan inte friskriva sig från professionsansvarets etiska regler om god advokatsed. Inte heller tillåts alltför generella friskrivningar då dessa sannolikt kan ogiltigförklaras genom 36 § AvtL.⁷⁷ Friskrivningar från grov vårdslöshet kommer givetvis inte heller på tal när advokatens möjligheter till ansvarsbegränsningar överblickas.⁷⁸ Ansvarsförsäkringar och dess möjlighet till jämkning av ansvaret kommer inte diskuteras närmare.⁷⁹

Friskrivningar kan för advokatens del sägas vara acceptabla i större utsträckning om uppdraget är av en mer komplicerad natur, i förhållande till enklare uppdrag. Detta kan förefalla märkligt från klientens perspektiv. Detta då det är i de allra svåraste situationerna som klienten anlitar experthjälp varför en friskrivning i den situationen till synes står i strid med tillitsprincipen parterna emellan. Detta är dock långt från sanningen då rådgivaren *inte* bör sträva efter att lämna besked som denne uppger såsom säkra i komplicerade situationer. Rådgivaren bör i stället lämna rekommendationer som framhålls vara säkra i den proportion detta kan anses vara rimligt i förhållande till uppdragets natur. Rådgivaren bör i dessa fall även uttrycka sig med särskild försiktighet i den löpande dialogen under uppdragets gång. Detta betyder för friskrivningars vidkommande att ju svårare uppdrag rådgivaren har desto mer preciserade friskrivningar bör

⁷⁷ Kleineman, 1998, s. 205.

⁷⁸ Lundmark, Thorsten, *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd : särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom*, 1996, s. 133.

⁷⁹ Se dock Kleineman, s. 206 – 210.

anses vara berättigade. Notera att detta inte säger något om omfattningen av friskrivningen i sig utan enbart när friskrivningen är mer eller mindre påkallad. En alltför långtgående friskrivning strider generellt mot lojalitetsplikten mellan klienten och rådgivaren.⁸⁰

Mer preciserade friskrivningar kan anses vara godtagbara i en rådgivningssituation, då i förhållande till mer generella friskrivningar. I allmänhet förekommer dock advokaters friskrivningar i mera nyanserade och generella formuleringar, speciellt i uppdrag rörande mer klassiska rättsutredningar. Dessa friskrivningar måste dock till viss del hålla en lägsta nivå av precision och vara tillräckligt tydliga för att anses vara giltiga. Annars riskerar friskrivningarna att strida mot vad som anses vara god advokatsed.⁸¹

Ansvarsbegränsningar strider inte rent allmänt mot god advokatsed. Advokatsamfundet har i sina allmänna villkor även formulerat ansvarsbegränsningar som är beloppsbaserade och som förutsätter fel eller försummelse för skadestånd.⁸²

Inledningen till en DD-rapport innebär ofta en möjlighet för advokatbyrån att begränsa sitt ansvar. En vanlig skrivelse i denna inledning är en som innebär en precisering av uppdraget. DD-rapporten sägs då vara en legal DD och redan i den skrivelsen har advokatbyrån friskrivit sig från vad som faller utanför detta, exempelvis vad en finansiell DD bör innehålla.⁸³

2.6.1.1 Friskrivningars allmänna funktion

En friskrivningsklausuls funktion handlar till stor del om riskavertion, en förutsägbar risk som friskrivande part vill undvika. Denna risk kan givetvis

⁸⁰ Heuman, s. 31.

⁸¹ Heuman, s. 32.

⁸² Bengtsson m.fl., s. 62.

⁸³ Kersby, s. 160.

variera i dess förutsägbarhet, men principen är densamma för klausulens funktion. Denna medvetenhet om risker är något som en part skapar sig delvis beroende av hur vanlig risken är. Sannolikheten för parten att själv bära en risk beror sedan till stor del av var risken kommer från. Det kan vara så att en parts verksamhet är specialiserad i en särskild riktning och att risken är förknippad med denna specialisering. Risken är då sprungen ur något som parten är bekant med och torde sannolikt vara mer benägen att bära sådana risker. En annan faktor som avgör hur benägen en part är att bära en risk är dess effektivitet i förhållande till prestationen som parten levererar. Är parten väl förtrogen i sitt utförande av sin prestation är parten sannolikt mindre benägen att friskriva sig. Sammanfattningsvis får således konstateras att friskrivningar är ett instrument för att balansera risker i ett avtalsförhållande. Friskrivningar verkar inom ramen för avtalsfrihetens princip med ändamålet att underlätta omsättningen av varor och tjänster. De regler som omfattar friskrivningarna bör även de således främja detta syfte.⁸⁴

Då det är möjligt att dela in friskrivningsklausuler i vilka ändamål de strävar efter behövs en närmare beskrivning av hur begreppet används fortsättningsvis. Friskrivningar sker från exempelvis vårdslöshet eller kontrollansvar. Det är även möjligt att friskrivningar sker från kvalitet eller påföljder. Det är dessa ändamål som följande beskrivning tar avstamp från och det bör särskilt uppmärksammas att dessa egenskaper hos en friskrivningsklausul kan existera i kombination med varandra.⁸⁵

Friskrivningar sker antingen i förhållande till omständigheter som parten själv kan påverka eller friskrivningar för sådant som part inte kan påverka. Andra möjliga friskrivningar som är vanliga är sådana som anknyter till att den friskrivande parten vållar någon skada av oaktsamhet. Detta är ett exempel på hur vissa friskrivningar är specifika till sin natur. Motsatsen torde vara något vanligare, att friskrivningarna till sin natur är allmänt

⁸⁴ Lundmark, 1996, s. 15-16.

⁸⁵ Ibid, s. 17.

hållna. Ett exempel på en mer allmän friskrivning är då en vara benämns säljas i befintligt skick. Det denna typ av villkor är inskränkande i vad som annars skulle kunna sägas gälla inom avtalsförhållandet och är således att betrakta som en friskrivning. En part gör sig fri från ansvar för varans beskaffenhet genom dessa friskrivningar. Det kan vara svårt att hålla isär denna typ av ansvarsbegränsning från villkor som enbart ämnar precisera en viss prestation och vad prestationen går ut på. Avtalsolkningar omfattande dessa situationer kommer således antingen mynna ut i att villkoren i avtalet bedöms vara en friskrivning eller enbart en precisering.⁸⁶

Friskrivningarnas uppbyggnad avgör vilken bredd dessa får då vissa friskrivningar är avsedda att omfatta en viss bredd istället för en specifik situation. Att kategorisera friskrivningarna enligt vad som är att betrakta såsom en *ansvarsbegränsning* eller en *ansvarsfriskrivning* kan visa sig användbart för att bland annat bestämma deras bredd. Till ansvarsfriskrivning bör då räknas klausuler som avser ta bort ansvaret för vissa egenskaper som egendomen i fråga har eller alternativt vilken standard prestationen håller. Till ansvarsbegränsning kan vi sedan räkna dels klausuler som talar om beloppsbegränsningar, dels klausuler som specificerar viss typ av skada såsom ren förmögenhetsskada. Hit går även att räkna klausulerna som ämnar begränsa påföljder då även dessa friskrivningar talar om omfattningen snarare än grunden för ansvaret. Det finns dessvärre tillfällen då det inte är helt enkelt att dela in en friskrivning under nu nämnda begrepp för att bedöma vad ändamålet med de är. Ett exempel på detta är en påföljdsbegränsning som först och främst ämnar begränsa antalet möjliga påföljder men som även ställer upp förutsättningar för kvarlämnade påföljder. Rättstillämpningen kan dock gynnas av uppdelningen då tillämpningen bör se strängare på klausuler som helt rycker undan ansvarsgrunden snarare än bestämmandet av omfattningen av ett specifikt ansvar.⁸⁷

⁸⁶ Lundmark, s. 35.

⁸⁷ Ibid, s. 38–39.

3 Artificiell intelligens

3.1 Inledning

Försök att effektivisera den juridiska rådgivningen genom kunskapssystem har pågått ända sedan 1950-talet. Sammansatta informationskataloger gav i konventionell mening dock enbart en fingervisning hur ett givet juridiskt problem skulle lösas. Under 1970-talet började kunskapssystemen mer och mer handla om att informationssamlingarna skulle mynna ut i konkreta förslag på lösningar för juridiska problem. Trots stora framsteg inom informationstekniken under denna period stannade utvecklingen av i slutet av 70-talet för att sedan förbli praktiskt taget stillastående fram till 90-talet.⁸⁸ Dessa kunskapssystem skulle ursprungligen definieras som en stängd låda där du praktiskt taget enbart fick ut det du stoppade in. Dessa system var således datoriserade kataloger av kunskap som mödosamt ställts till användarens förfogande. Utvecklingen av systemen resulterade under 80-talet i att de uppgifter programmeraren hade möjlighet att mata in i dessa system var starkt begränsad. Likaså var kunskapssystemet strikt bundet till ett förutbestämt sätt att hantera de uppgifter som matades in för att ge ett förutbestämt svar.⁸⁹

Varför utvecklingen avtog och framstegen inom dessa system uteblev under senare delen av 1900-talet går att tillskriva dels juridikens komplicerade karaktär i sig, dels outvecklade programmeringsspråk. Det skulle nämligen visa sig särskilt besvärligt att implementera begrepp av viss vag, eller komplicerad, juridisk innebörd i ett programmeringssammanhang. Viss juridik är som för de flesta jurister bekant att betrakta som formbunden vilken förvisso var något som passade utvecklingen av kunskapssystemen. Förutsägbarhet är ett attribut hos juridiken som förvisso var gynnsamt vid

⁸⁸ Hamfelt, Andreas & Wahlgren, Peter, *Datorstödda beslut: artificiell intelligens och juridik*, Inst. för rättsinformatik, Stockholm, 1988, s. 12.

⁸⁹ *Ibid*, s.13.

sammansättningen av dessa system då det var enklare att programmera lösningar utifrån förutsägbar information. Trots dess mångfacetterade natur pekade mycket på att juridiken var väl lämpad för datoriserade kunskapssystem som hjälpredskap.⁹⁰ Utvecklingen av dessa kunskapssystem är inte längre enbart beroende hur väl data sorteras genom algoritmer och framsteg inom programmering. Även framsteg inom processorkapacitet och datainsamling driver numera kunskapssystemen framåt.⁹¹

I Storbritannien är AI ett etablerat verktyg för juristbranschen. Över 48% av advokatbyråerna redan idag använder AI-verktyg. Inom ett fåtal år förväntas ytterligare 41% av advokatbyråerna använda AI-verktyg i det dagliga arbetet. I Storbritannien finns fem av världens tio största advokatbyråer vilket innebär att förändringarna i branschen påverkar såväl den nationella som internationella arbetsrollen. Byråer som inte ställer om sin rekrytering att möta denna förändring i branschen riskerar således att gå miste om fördelarna.⁹²

En av de främsta juridiska förmågorna AI-verktygen besitter är dokumentgranskning vilket förutspås göra ett stort avtryck på juristbranschen. Anledningen till detta är att AI-verktygen är mycket snabbare och mer noggranna än vad människan visat sig vara i dessa uppgifter. Idag är det framförallt juniora jurister som utför dessa dokumentgranskningar vilket således kan komma att förändras genom implementeringen av AI-verktygen i branschen. AI-verktygen som det talas om här är sådana som använder sig av *natural language processing*, vilket översätts till naturlig språkbehandling.⁹³

Investmentbanken JP Morgan använde sig av ett AI-verktyg 2017 som kallades COIN. Detta AI-verktyg granskade och kategoriserade kommersiella låneavtal vilket jurister i branschen sammanlagt beräknades

⁹⁰ Hamfelt och Wahlgren, 1988, s. 15

⁹¹ European Commission, *White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, 2020, Bryssel, s. 1.

⁹² Trueman, Charlotte, *How AI is impacting the UK's legal sector*, 2019, s. 1.

⁹³ Ibid, s. 3

lägga ca 36,000 timmar per år på att göra. Över 63% av advokatbyråerna i Storbritannien som använder AI använder den form av AI som granskar dokument genom naturlig språkbehandling.⁹⁴

En annan verksamhetsföregrening inom advokatbyråerna som automatiseras av AI-verktyg är den ofta tidskrävande sysslan med fakturering. I slutet av månaden är det vanligt att jurister och advokater räknar ut antalet fakturerade timmar efter vissa bestämda parametrar. Dessa sysslor är förutsägbara och på så vis utmärkta att överlåta till ett AI-verktyg.⁹⁵

DD är en typiskt tidskrävande uppgift för en jurist, som nu AI-verktyg kan hjälpa till att effektivisera. 47% av Londons advokatbyråer använder idag AI-verktyg för DD vilket kan frigöra tid för advokaterna att bygga bättre relationer med klienterna. Kira Systems är ett exempel på ett populärt AI-verktyg som används flitigt bland advokatbyråer världen över. Detta är verktyg som baserar sig på kontraktgranskning och dokumenthantering.⁹⁶

Juridiska tjänster har traditionellt sett alltid varit av relativt konservativ karaktär. Trots att juristbyråer världen över adopterade nya tekniker att utföra dessa juridiska tjänster förblev företagskulturen inom byråerna nästan densamma. Numera är de tekniska verktygen för juristbyråerna tillräckligt effektiva för att branschen också, som resultat, förändras i en snabb takt. Många av de tekniska lösningarna för juristbranschen handlar idag om att effektivisera reutinarbete och administrativa uppgifter. De tekniska lösningar som det talas om är framförallt kontraktsgranskning, rättsliga informationssamanställningar och interaktiva frågesystem (program där användaren får svar på juridiska frågor genom att mata in de data användaren finner relevant för problemet). Dessa tekniska juridiska verktyg brukar benämnas Legal Tech. De senaste två åren (2019-2021) har investeringar i Storbritannien tredubblats på området för Legal Tech.

⁹⁴ Trueman, 2019, s.4.

⁹⁵ Ibid, s. 5.

⁹⁶ Ibid, s. 6.

Utvecklingen går från att investeringarna fokuserat på lösningar som effektiviserar enbart rutinmässigt arbete till att nu vara riktade mot artificiell intelligens och dess inlärningspotential.⁹⁷

3.2 Definition

AI har definierats som ett system som hanterar information genom intelligent beteende där systemet analyserar information för att uppnå ett visst mål. Detta åstadkommer systemet genom en viss nivå av självständighet. Självständigheten är något som är starkt förknippad med denna definition av AI.⁹⁸

Artificiell intelligens är produkten av en korsdisciplinär ansträngning att avbilda mänsklig intelligens och kognitiv funktion. Detta görs genom att applicera matematiska principer i konstruktionen av algoritmer. Dessa algoritmer byggs för att främja ett pragmatiskt syfte, en konkret problemlösning. Datorvetenskapen förenat med lingvistik, matematik och psykologi har historiskt sett lagt grunden för AI-forskningen. Sedermera har även andra vetenskapliga discipliner inorporerats i AI-forskningen. Idag är det omöjligt att forska på kognitionsvetenskap eller filosofi utan att ta del av framstegen inom AI-forskningen. AI som fenomen är korsdisciplinärt vilket kan konstateras genom att påpeka det faktum att programmerad rationalitet är ytterst svår att särskilja från den filosofiska läran om logik eller deduktion. Logisk slutledning är nämligen något som tangerar många olika discipliner. Många generationer av filosofer har skrivit om fenomen som AI-forskare nu försöker utforska för att göra framsteg. Dessa fenomen

⁹⁷ UK legal services, *Legal excellence, internationally renowned*, november 2020, s. 15 ff.

⁹⁸ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Europeiska rådet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén, *Artificiell intelligens för Europa*, COM (2018) 237, 2018 april, Bryssel, s. 1.

ringar in essensen av vad AI idag sägs stå för, vilket är rationalitet, kognitiv representation och mänskligt beteende.⁹⁹

3.3 Artificiell intelligens i juridiken

För dokumentgranskning och DD finns idag ett flertal AI-system som kan användas för att utföra juristens arbete. Det kan inte anses vara oaktsamt av advokaten att använda AI enbart på grund av att detta inte är en vanlig arbetsmetod. För att undvika att arbetet anses ha utförts oaktsamt bör advokaten framför allt göra klienten införstådd med att uppdraget utförts med hjälp av AI. Hänsyn bör även tas till omständigheterna i övrigt rörande användningen av AI vid oaktsamhetsbedömningen, exempelvis i vilken utsträckning AI-verktyget faktiskt använts.¹⁰⁰

Vid tester där AI-verktygen bedömts i effektivitet och noggrannhet utklassades jurister. AI-verktygen måste dock instrueras om vad som eftersöks vilket innebär att AI-verktyget inte kan kvantifiera risker i de delar den inte ombetts söka i. Detta kan mycket väl tänkas orsaka en klient skada då AI-verktyget missar viktig information. Eftersom köparen av ett företag ofta är begränsad enligt köprättsliga felansvarsregler gentemot säljaren av ett företag återstår ofta den enda konkreta möjligheten till eventuell skadeersättning att vända sig mot rådgivaren. För att rådgivaren ska vara ansvarig ska denne ha lämnat råd, inte enbart allmän information, klienten ska ha lidit skada och det ska finnas ett adekvat orsakssamband mellan skadan och råden. Vid ren förmögenhetsskada krävs även att klienten och rådgivaren haft ett avtal. Rådgivaren måste även kunna sägas ha varit oaktsam för att ansvar ska kunna utdömas. Advokatens aktsamhet bygger på lag, god advokatsed och sedvana för branschen. Det sedvanliga vid en DD

⁹⁹ Franklin, Stan, "Foundations: History, motivations, and core themes", I *The Cambridge handbook of artificial intelligence*, red. Frankish, Keith, Ramsey, William M, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 15.

¹⁰⁰ Svernlöv, Carl, Magnusson, Matilda, *Rådgivaransvar vid användande av artificiell intelligens*, Tidningen Balans, 2018, s. 11.

är att allt material får en noggrann genomgång och analyseras i vederbörlig utsträckning. Det är således inte sedvanligt att överlåta delar eller hela denna process till ett AI-verktyg varför detta i sig skulle kunna vara att anse som oaktsamt, då oaktsamhet bygger på avsteg från vad som för advokaten kan sägas vara sedvanligt i arbetsmetoden. Detta är dock inte den ensamt avgörande faktorn för ansvarsutkrävandet.¹⁰¹

3.4 Djupare analys av AI som kunskapsbaserade beslutssystem

Tidigare versioner av AI var modellerade efter ett logiskt mönster skapat vid beslutsfattande. Utgångspunkten var att förstå vilken information som låg till grund för ett beslut för att kunna förstå varför slutsatsen blev ett visst resultat. Vid närmare eftertanke visade det sig att detta förhållningssätt förutsatte att man programmerade enorma mängder information för att ge datorerna ett beslutsunderlag. Detta visade sig således vara en alltför tidskrävande uppgift när systemen skulle skalas upp till större ämnesområden såsom medicinska diagnoser.¹⁰² Utvecklingen ledde dock sedermera till kunskapsbaserade expertsystem då man upptäckte att dessa hade potentialen att spara enorma summor pengar inom industrin.¹⁰³

Trots att AI-systemen utvecklats långt från att vara enbart dessa slutna kunskapsbaserade expertsystem, nischade till specifika områden, så är systemens principer densamma. Information kan matas in i systemen antingen genom människor eller genom autonoma processer, såsom exempelvis sensorer. Sedermera måste kunskapen som presenteras i systemet leda till en åtgärd av signifikans för systemets användare. Detta sätt att hantera information och beslutsfattande är gemensamt för många

¹⁰¹ Svernlöv, Carl, Magnusson, Matilda, *Rådgivaransvar vid användande av artificiell intelligens*, Tidningen Balans, 2018, s. 11.

¹⁰² Franklin, 2014, s. 16.

¹⁰³ Ibid, s. 22.

olika AI-system trots tillvägagångssättet i hur kunskapen behandlas i systemen. Kunskapen kan behandlas genom exempelvis skiktade lager av enskilda beslutsfattande algoritmer där viss kunskap triggar specifika lager för beslutsfattande. Det finns många olika strukturer för hur information leder till beslutsfattande och varje struktur resonerar på sitt unika sätt.¹⁰⁴

I kontrast till de förutnämnda kunskapsbaserade informationssystemen kan nämnas AI-verktygen som arbetar med maskininlärning. Detta är en form av AI som utvecklats under lång tid men som bara under senare tid blivit allt vanligare. Systemen bygger på en självständig inlärningsmekanik där systemet enbart behöver initial information att träna upp sina förmågor. Ett programmerat belöningsystem ger AI-verktyget riktning och sätter upp ramen för vad AI-verktyget ska åstadkomma. Allteftersom denna metod raffinerats har AI-verktygen i modern mening handlat mer om att programmen ska lära sig själva utifrån självorganiserande algoritmer. En annan form av AI-verktyg som i sammanhanget bör nämnas är de som specialiserar sig på språkbehandling. Dessa system analyserar språket och genom att behandla mönster i språket lär sig AI-verktygen att besvara frågor, översätta och känna igen tal.¹⁰⁵

Viss kritik mot AI-verktyg har lyfts fram när man talar om AI i filosofisk mening. En linje av kritik har byggt på att människans sätt att förstå sin omgivning och särskilt sina medmänniskor är kunskap som inte går att översätta till kodifierad programmering. Kritiken föreslår alltså att det finns två typer av mänskligt vetande, ett deklarativt och ett icke-deklarativt. Det senare är det som omnämns som omöjligt att programmera och det föreslås således att AI åtminstone har en begränsad kapacitet till att omfatta enbart det förstnämnda sättet att förstå sin omgivning. Det har visat sig att detta är

¹⁰⁴ Franklin, s. 24 - 25.

¹⁰⁵ Ibid, s. 26.

sant till viss del då en stor del av utmaningarna med utvecklingen av AI-verktyg ligger i kodifieringen av kunskap som vi inte kan artikulera.¹⁰⁶

Annan kritik bygger på att automatiserade beslutsprogram såsom AI aldrig kan motsvara det mänskliga tänkandets förmåga att resonera. Kritiken försöker poängtera att logiska regelsystem såsom algoritmer aldrig kan komma att förstå en uppgift, bara erbjuda lösningar i linje med vissa bestämda ramar. Detta illustreras genom att föreställa sig ett rum i vilket det sitter en person. Personen i rummet får sedan lappar genom ett brevinkast. På lapparna står olika frågor på ett för personen främmande språk. Personen har i uppgift att besvara frågorna och det enda den har till hjälp är en regelbok för hur detta ska gå till. Lapparna kommer sedan tillbaka från rummet korrekt besvarade utifrån regelboken. Personen i rummet kan inte tillerkännas språkkunskaperna men däremot svarskapaciteten.¹⁰⁷ Det finns ett liknande tankeexperiment ämnat att kritisera synen på AI som en singular resonerande enhet. Tankeexperimentet går ut på att föreställa sig hela Kinas befolkning som får representera AI. Varje individ i befolkningen har en walkie-talkie genom vilken de kan kommunicera till andra individer i befolkningen. Tillsammans genom kommandon styr sedan hela befolkningen över en gemensam människokropp som behöver utföra vissa uppgifter såsom att lyfta dess högra arm. Om den gemensamma populationen utför dessa kommandon i överensstämmelse med vilka uppgifter de förväntas göra skulle populationen inom AI-forskningens terminologi utgöra en gemensam *medveten* intelligens. Detta blir problematiskt då varje individ i populationen vore en del av denna gemensamma medvetenhet. AI-verktyg sägs enligt tankeexperimentet vara fragmenterade till sin natur med individuella komponenter och algoritmer.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Konstantine, Arkoudas och Bringsjord, Selmer, "Philosophical foundations" I *The Cambridge handbook of artificial intelligence*, red. Frankish, Keith, Ramsey, William M, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 47.

¹⁰⁷ Konstantine, Bringsjord, 2014, s. 51.

¹⁰⁸ Ibid, s.48.

Logik är grunden för många olika system vi människor byggt. Detta innefattar självfallet datorer, men även juridiken och juridisk argumentation styrs av vissa logiska mönster. Det finns dock olika typer av logik och när AI-verktyg används för återskapa kunskap används vanligtvis vad som kallas för föreslående logik. Vid programmering används denna typ av logik för att ge symboler en specifik språklig innebörd. Exempelvis kan bokstaven Q få innebörden ”Sant” och bokstaven W innebörden ”falskt”. Dessa symboler sammansätts sedan vid problemlösning för att ge svar på frågor. I ett datoriserat regelsystem leder sedan långa ekvationer av dessa symboler fram till svar som således följer det skapade logiska mönstret. Dessa statiska system av logiska följder har dock kritiserats för dess oförmåga att representera vissa fenomen som hos mänskligt intellekt. Dessa fenomen är exempelvis analogier och osäkerhet. Logiska följder i system av ekvationer förmår inte representera dessa på ett tillfredställande sätt.¹⁰⁹

Att fatta beslut genom att applicera dessa logiska system är en vetenskap i sig. Beslutsfattandet har som fenomen inom AI-forskningen visat sig innehålla en del problem. Problematiken bygger till stor del på att AI-verktygen har svårt att hantera dynamiska ämnesområden där två separata beslut på samma fråga kan få olika utfall beroende av omständigheterna i övrigt. Vissa ämnesområden är deterministiska och vissa icke-deterministiska och AI-verktyg kan vara mer eller mindre anpassade till vilken karaktär ett visst ämnesområde har. Två frågor kan besvaras med samma slutsats men svaren kan inom vissa ämnesområden betyda att det ena svaret i sitt specifika sammanhang är mer grundat än det andra svaret. En annan frågeställning som genomsyrar AI-verktygens arbetsgång när verktygen fattar ett beslut är frågan huruvida alla fakta som beslutet grundar sig på är synliga. Det finns många situationer där ett ämnesområde har inneboende osäkerheter, således om det finns okända fakta eller inte.¹¹⁰

¹⁰⁹ Eyal, Amir, ” Reasoning and decision making”, I *The Cambridge handbook of artificial intelligence*, red. Frankish, Keith, Ramsey, William M, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 192.

¹¹⁰ Eyal, 2014, s. 202.

Förnuft är något människan stoltserar med att besitta i skillnad till AI-verktyg. Förnuftet är i detta sammanhang representerat av en bred bas av egenskaper som utgör mänskligt beslutsfattande. Vi människor kan basera beslut på generaliseringar om vår verklighet. Vi kan exempelvis identifiera att en mugg kan bära vätskor och sedan drar vi slutsatser om hur vi borde transportera muggen för att den inte ska misslyckas med att hålla vätskan. Många moderna AI-verktyg simulerar denna förmåga genom att kringgå vårt sätt att tänka. Dessa AI-verktyg kan nå samma slutsatser och samma resultat i exemplet med muggen men verktygen gör detta genom avskilda algoritmer som löser en rad specifika problem var för sig. Vi människor använder antaganden i vår förmåga att resonera. Dessa antaganden är inte alltid sanna men fyller likväl ett syfte i förmågan att resonera. Dessa osäkerhetsfaktorer i sättet att resonera hos människor är något som är ytterst svårt att programmera i ett logiskt system.¹¹¹

3.5 Tyst kunskap

Mänsklig kunskap är något som består av en stor del *tyst kunskap*. Detta kan beskrivas som oartikulerad kunskap som är synnerligen svår att översätta till ett programmeringsspråk. Mycket av kritiken kring automatiserade kunskaps- och beslutssystem baserar sig på det faktum att ansvaret för den juridiska rådgivningen blir svårdefinierad när rådgivarens delaktighet i det juridiska arbetet avtar.¹¹² Viss kunskap är särskilt svår att definiera. Därför kan det vara av värde att dela in kunskap i olika områden för att betona vissa skillnader däremellan. Det skulle kunna sägas finnas tre olika former av kunskaper, påståendekunskap, färdighetskunskap och förtrogenhetskunskap. Påståendekunskapen kan omfatta hur många meter högt berget Mount Blanc är. Förtrogenhetskunskapen är kunskap om hur exempelvis ordet *spel* används i det svenska språket eller hur en klarinett låter. Musikvana skulle kunna få en person att kunna urskilja en klarinett ur en orkester utan att

¹¹¹ Eyal, s. 209.

¹¹² Hamfelt och Wahlgren, 1988, s. 16.

personen på ett uttömmande sätt nödvändigtvis skulle kunna förklara skillnaden mellan klarinetten från de andra instrumenten. På samma sätt kan man förstå svenska till den graden att du kan använda ordet *spel* korrekt utan att kunna formulera reglerna för hur ordet ska användas. Vid färdigheter om det svenska språket som överstiger det förra exemplet kan ordet *spel* avsiktligt användas på ett sätt som tänjer på de underliggande reglerna för hur ordet borde användas. Detta är en slags *förtrogenhet* med kunskapen om det svenska språket som tillåter vissa färdigheter.¹¹³

Det har hävdats att det inom yrkeslivet är påståendekunskapen som är av dominerande värde och den mer abstrakta kunskapen innefattande förtrogenhetskunskap och färdighetskunskap får sällan ett påtagligt värde. En stor del av forskning kring vad kunskap är handlar om att konvertera dessa mindre framstående kunskapsformer, tyst kunskap, till påståendekunskaper.¹¹⁴

En slags tyst kunskap är människans hantering av språk. Att förstå språket är mer än att förbinda ord till ting eller händelser. För att fullt kunna behärska språk krävs en viss förtrogenhet till omvärlden. Detta innebär att språket är förbundet med vår förmåga att känna saker. Språket är sällan begränsat till den uråldriga filosofiska definitionen som menar att språket behärskas då utövaren vet vad språket betecknar. Ordet ”dator” betecknar ett ting vilket faller inom definitionen men andra ord betecknar inte enbart ting utan känslor och händelser etc. och faller således utanför definitionen. Distinktionen mellan denna överförenklade syn på vad behärskandet av språket innebär och språkets faktiska multidimensionella natur visar att språkbruket inte enbart är beroende av påståendekunskapen utan även av tyst kunskap. Problematiken att med hjälp av ett logiskt regelverk försöka definiera vad ord såsom stolthet eller värdighet innebär ligger i att det krävs en viss världslig förståelse för att kunna definiera dessa, och inte ens då

¹¹³ Nordenstam, Tore, Göranson, Bo (red.), *Datautvecklingens filosofi: tyst kunskap och ny teknik*, Carlsson & Jönsson, Stockholm, 1984, s.19 – 21.

¹¹⁴ *Ibid*, s. 22.

verkar uttömmande förklaringar vara möjliga. Den förståelse som fordras verkar vara produkten av människans sensoriska uppfattningar om omvärlden. Detta är slutsatser som även tangerar områden såsom etik och estetik.¹¹⁵

Tyst kunskap uppenbarar sig vid vissa försök att programmera algoritmiska program för felsökning. Ett exempel på detta är särskilda program som använts för skogsvärdering. Problem uppstod då det var omöjligt att kodifiera urvalet av data som matades in i programmet då denna data var av för hög variation. De för området erfarna människornas kunskap innehöll en flexibilitet som verkade hopplös att kodifiera. Försök gjordes att kodifiera kunskapen men de kataloger som försökte uppställa regler för hur de erfarna människorna tog sina beslut blev förvirrande och missvisande.¹¹⁶

Som grund för övertron att all mänsklig kunskap är kvantifierbar ligger det teknokratiska tänkandet. Detta innebär att utgångspunkten i tankesättet kring kunskap är att all kunskap går att översätta i logiska formler och algoritmer. Mot detta synsätt kan ställas ett humanistiskt synsätt som betonar den tysta, subjektiva, kunskapen. Dessa motpolers slutsatser kan sammanfattas i påståendet att antingen är allt mänskligt kunnande av sådan natur att det är möjligt att uttömmande beskriva det kunnandet, eller så är det mänskliga kunnandet inte av sådan natur att det är möjligt med uttömmande beskrivningar av det. Ett annat påstående som bättre fångar det mer sannolika scenariot om mänskligt kunnande är dock att mänskligt kunnande *till viss del* är möjligt att uttömmande beskriva i logiska formler och algoritmer och *till viss del* omöjligt att beskriva som sådant.¹¹⁷

¹¹⁵ Nordenstam, Tore, 1984, s. 23 – 24.

¹¹⁶ Svensson, Per, Göransson, Bo (red.), Datautvecklingens filosofi: tyst kunskap och ny teknik, Carlsson & Jönsson, Stockholm, 1984, s. 29.

¹¹⁷ Nordenstam, Tore, 1984, s. 75 – 76.

3.6 Marknadens rättsliga synpunkter

Försök att föregå problematiken med bristande ansvar för juridisk rådgivning baserad på AI-verktyg har tagit fart inte minst på EU-nivå. Den 17 december 2020 publicerade Europeiska rådets ad hoc-kommitté för artificiell intelligens en studie¹¹⁸ som kartlägger hur genomförbara regulatoriska medel är, för att kontrollera användningen av AI. Svårigheterna i ett sådant arbete kan initialt klargöras genom att konstatera det faktum att det inte ens existerar någon unison definition av begreppet AI inom den vetenskapliga kretsen. Trots att rapportens huvudsakliga skyddsobjekt är mänskliga rättigheter formuleras särskilt att det finns stora behov att reglera ansvaret för användningen av AI och skapandet av AI inom den privata sektorn. Detta sägs specifikt röra privata aktörers användning av AI där det föreslås att nationella myndigheter bör ha möjligheten att ålägga användaren av AI-verktyget med en editionsplikt. Detta i kombination med förslaget om en princip om transparenta och förklarbara AI-verktyg skulle ålägga en privat aktör en stor börda vid en eventuell tvist då den privata aktören förväntas kunna förklara AI-verktygets implikationer.¹¹⁹ Detta härstammar från det uppenbara faktum att existerande regelverk inte i tillräcklig omfattning tar hänsyn till användningen av AI-verktyg. Detta sägs särskilt gälla inom den finansiella sektorn.¹²⁰

Det finns ett starkt behov av forskning på hur artificiell intelligens överensstämmer med rättsordningen som helhet i Sverige. Artificiell intelligens är idag fullt operationell i Sverige där AI-verktyg används för att diagnostisera hudcancer, ta beslut i ärenden om försörjningsstöd och besluta om bygglov. Detta trots att AI inte ännu kan hantera det okända eller oväntade i problemlösning för att vid tillfälle vidta nödvändiga handlingar

¹¹⁸ Ad hoc Committee on artificial intelligence, CAHAI(2020)23, *Feasibility Study*, Strasbourg, 17 december 2020.

¹¹⁹ Ibid, s. 3.

¹²⁰ Ibid s. 22-23

eller avstå att vidta vissa handlingar. AI har inga sinnen att analysera sin omvärld med, givet undantag för sensorer och kameror som idag i bästa fall försöker efterlikna specifika egenskaper hos människans sinnen. Människan har via sina sinnen samlat på sig erfarenheter som hon sedan använder vid problemlösning. Denna metod saknar motstycke i AI-verktygen. Den kunskapsmässiga begränsningen hos AI finns således delvis i dess oförmåga att erfara verkligheten. Ansvarsfrågan blir beroende av AI-verktygens kompetens. Det är tänkbart att AI-verktygen helt autonomt och okontrollerat utför handlingar som kan tänkas orsaka skador av olika slag. Ansvaret för sådana AI-verktyg bör närmast likna ett strikt ansvar. Frågor om AI som rättssubjekt kompliceras av att AI-verktyg företar handlingar genom fragmenterade beslutskedjor som utförs av algoritmer vilka enskilt prövar olika förutsättningar för att komma fram till ett beslut. Det blir således tveksamt om det ens är möjligt att ställa villkor om kausalitet.¹²¹

AI används i stor utsträckning bland svenska advokatbyråer i den löpande verksamheten. Detta har inneburit en hel del internationella samarbeten där kunskapsutbytet florerar om hur AI implementeras på bästa sätt i advokatbyråerna. Utvecklingen har även lett till att advokatbyråerna i Sverige idag ofta arbetar med så kallade legal tech-bolag för att utveckla morgondagens AI-verktyg för juristbranschen. Det är framförallt inom DD och tvist där AI-verktygen idag kommer till användning för att strukturera upp stora mängder material. Avgörande för AI-verktygens utveckling är hur användaren själv tränar systemen att hantera information. Verktygen är idag nischade till vissa typer av juridiskt arbete vilket idag upplevs som en begränsning i dess potential. Det finns en stor medvetenhet hos advokatbyråerna för riskerna med användningen av AI. Råden som baseras på AI-verktygen är beroende av vilken information som verktygen lärts upp med. Det är av yttersta vikt att advokatbyråerna förstår grunden i hur dessa AI-verktyg är uppbyggda och vilken information som de baserar sina beslut på. Än så länge är AI-verktygen enligt vissa stora advokatbyråer i Sverige

¹²¹ Lundqvist, Ulf, *Artificiell Intelligens – rättsordning och rättstillämpning*, SvJT 2020, s. 382.

mycket begränsade i dess förmåga och väldigt kostsamma att implementera.¹²²

¹²² Öster, Ulrika, Advokaten Tidskrift för Sveriges advokatsamfund, *AI nu självklar på advokatbyråerna*, Nr 4 2019, s.40 ff.

4 Företagsförvärv

4.1 Inledning

Den juridiska rådgivningen vid företagsöverlåtelser är något som ökat kraftigt under senare år. Detta beror mycket på att handelsmarknaden för rörelseöverlåtelser vuxit rent allmänt men även på att svenska advokater anammat den anglosaxiska metodiken vid rörelseöverlåtelser vilket i sig öppnat dörren mot den internationella marknaden för svenska rådgivares del.¹²³

Ett företagsförvärv ställer krav på ett gediget avtalsförfattande där exempelvis köparen förbereder och skyddar sig mot många tänkbara scenarier som kan utspela sig. Genom garantier tvingas säljaren begränsa köparens risktagande och köparen tryggas genom dessa garantier en kontrollerad rörelseövergång. Den mest grundläggande köprättsliga principen som omfattar denna del av överlåtelseavtalet är att köparen inte får åberopa fel som denne borde känt till vid tillträdet. Denna regel gäller enligt 20 § köplagen¹²⁴. I lagrummet förklaras att köparen inte som fel får åberopa vad han måste antas ha känt till vid köpet. Det sägs även i lagrummet att om köparen före köpet undersökt varan eller utan godtagbar anledning underlåtit att följa säljarens uppmaning att undersöka varan, får han inte som fel åberopa vad han borde märkt vid undersökningen, om inte säljaren handlat i strid mot tro och heder.¹²⁵

¹²³ Forssman, 2016, s.11.

¹²⁴ Köplag (1990:931).

¹²⁵ Ibid, s. 137.

4.2 Rättslig reglering

Felansvaret som återfinns i köplagen är det som reglerar företagstransaktionen. Företagsbesiktningen reglerar ansvaret så att antingen köpare eller säljare ansvarar för fel.¹²⁶ Dessa fel kan utgöras av att målbolaget avviker från vad en köpare har fog att förutsätta. Denna felbedömning baser i sig på vad som kan anses vara berättigade förväntningar av köparen. Vad som framgår eller borde framgått i företagsbesiktningen är därmed av yttersta vikt för vad köparen kan anses ha fog att förvänta sig angående målbolagets skick. Ett uppenbart problem blir här att fastställa en standard för ett företag trots att företag till sin natur är unika och svåra att jämföra med varandra. En slags lägstanivå för företagets allra mest grundläggande egenskaper torde dock gå att fastslå. Detta kan vara gällande tillstånd, rättigheter samt att god redovisningssed följts. Avvikelser inom dessa områden torde således säljaren svara för närmast regelmässigt. Det finns områden där det omvända gäller, där köparen i regel står risken. Detta är områden i målbolagets verksamhet som utifrån köplagens regler om fel inte tillåter köparen att ha befogade förväntningar. Dessa områden är exempelvis framåtblickande värderingsantaganden, marknadsposition och förväntade synergieffekter. Företagsbesiktningens roll blir framför allt att fördela riskerna med företagstransaktionen genom att antingen köpare eller säljare står risken för specifika omständigheter. Huvudregeln är således att köparens befogade förväntningar utgör ramen för säljarens ansvarsområde. Detta innebär att köparens vetskap angående målbolagets verksamhet får betydelse för bedömningen.¹²⁷ Detta i och med köplagens 20§ där det stadgas att köparen inte såsom fel får åberopa sådant denne känt till eller bort känt till efter en undersökning.¹²⁸

¹²⁶ Se vidare 20 § KöpL samt Ramberg, Christina, Kontraktsbrott vid köp av aktie: särskilt om fel, Juristförl., Diss. Stockholm: Univ. Stockholm, 1992, s. 88.

¹²⁷ Sevenius, Robert, *Om due diligence*, SvJT 2007 s. 499 ff.

¹²⁸ 20 § KöpL.

Köplagen är enligt en majoritet av den juridiska doktrinen tillämplig även på köp av aktier. Köplagen är en dispositiv lag vilket vid företagsförvärv innebär att villkoren för förvärvet regleras i avtalet mellan parterna. Det är först när avtalet inte kan anses reglera delar av transaktionen som köplagens bestämmelser får betydelse. Företagsförvärv är till sin natur unika och det finns ingen fastställd standard för företagsbesiktningen utan denna görs med hänsyn till det aktuella målbolaget och dess verksamhet. Det är viktigt att köparen får kännedom om allt denne anser viktigt med målbolagets verksamhet för att risker med förvärvet ska synliggöras. En företagsbesiktning kan ta formen av exempelvis dels renodlat finansiella undersökningar, dels legala undersökningar. I vissa andra fall kan det röra sig om rent kommersiella undersökningar. Brister som framkommer i företagsundersökningen utgör sedermera grunden för prispförhandlingen mellan köparen och säljaren. Det är vanligt att specialister medverkar i företagsundersökningen rörande de rättsliga och finansiella delarna av målbolaget. Ett problem med företagsbesiktningar har varit att de blir för allmänt hållna och då snarare får formen av en företagsbeskrivning i allmän mening i stället för att specifika risker lyfts fram. Det är fördelaktigt om DD-arbetet kan isoleras till olika faser för att tydliggöra den riskfördelade rollen DD-arbetet bör ha. I den inledande fasen då informationsinsamling sker bör köparens vilja och målbild realiseras för rådgivaren för att bättre kunna skraddarsy DD-arbetet. De önskemål som från köparen kommer fram i den inledande fasen bör utgöra grunden för en frågelista som bör översändas säljaren där det efterfrågas specifik information. Det efterföljande arbetet innebär att granska den information man har att tillgå. Detta innebär ofta en nära kontakt med säljaren och dennes ombud. Resultatet av granskningen avslutar DD-arbetet och kan något förenklat delas in i prisjusterande avvikelser eller avtalstexter där den legala DD:n resulterar i avtalstext och den finansiella i prisjusteringar. Detta gäller inte generellt men är en bra riktlinje för att förstå att olika avvikelser bör leda till olika resultat i DD-rapportens föreslagna åtgärder för transaktionen. ¹²⁹

¹²⁹ Sevenius, Robert, *Due diligence en allt viktigare process - men inte någon fastställd standard*, Tidningen Balans Nr 10, 2000, s. 31 ff.

4.3 DD i företagsförvärv

DD är ett uttryck som på svenska betyder att någon utfört en uppgift med *vederbörlig omsorg*. I juridiska sammanhang innebär begreppet idag att ett företag granskas. Företagen kan granskas i dess olika verksamhetsaspekter och vilket vanligtvis är antingen finansiella, rent affärsmässiga eller juridiska. Den juridiska DD:n omfattar oftast förvisso allt vad de andra delarna består av och är på så vis svår att särskilja från andra former av DD. Arbetet innebär konkret en kontroll av alla kontakter och partners som det granskade företaget har, vilka då representeras i avtal som finns med dessa parter. Det som själva granskningen innebär för klientens vidkommande är helt enkelt en kontroll av det granskade företaget för att avgöra om detta lever upp till klientens förväntningar.¹³⁰

Allteftersom internationella företagsförvärv blev allt vanligare i Sverige ökade också förekomsten och kvaliteten av DD. Detta innebär i sin fulla förlängning att köpare av företag får mer omfattande garantikataloger i överlåtelseavtalen samtidigt som dessa garantier blir mer specificerade och konkretiserade.¹³¹

Efter genomförd DD bör en rapport upprättas som sammanfattar analysen av det granskade materialet. DD-rapporten sammanställer vilka potentiella juridiska risker som finns i målbolagets verksamhet och vilka dokument dessa risker hänförs till. Det är viktigt att denna rapport systematiskt prickar av all information som DD omfattat oavsett om informationen senare sägs innebära ett riskområde eller inte. Rapporten bör även vara tillräckligt pedagogisk för att en klient ska kunna ta del av rapportens slutsatser på ett bra sätt. Det finns rapporter som syftar till att beskriva

¹³⁰ Kersby, s. 144 – 145.

¹³¹ Ibid, s. 147.

målbolaget mer än att problematisera det. Dessa rapporter är dock sällsynta och den allra vanligaste får sägas vara den rapporten som handlar om målbolagets risker.¹³²

DD innebär en förgrening av juridik som vid dess utförande får anses fodra vissa specialiserade kunskaper. Därför torde det även i dessa uppdrag kunna förutsättas att uppdraget också utförs med en särskild skicklighet. DD-arbetet innefattar ofta stora mängder informationsgranskning vilket innebär att uppdragets ramar måste åtstramas föra att advokaten ska ha en rimlig chans att utföra det på ett fullgott sätt. Något som ofta anknyter till uppdragets informationstäthet är vilken tid advokatbyrån haft att tillgå vid utförandet. Detta är något som ska beaktas i culpabedömningen vid DD. Det finns ingen unison bild av vad DD-uppdrag ska sägas omfatta vilket kan göra culpabedömningen svår.¹³³

4.3.1 Skiljedom om DD

Det är synnerligen sällsynt med praxis specifikt angående rådgivaransvaret vid DD. Därför blev en av Svea hovrätt upphävd skiljedom mellan Profilgruppen AB, (Profilgruppen), och KPMG AB, (KPMG), av stor betydelse för praktiserande jurister när den publicerades.¹³⁴ Domen berör en finansiell DD och frågor om ansvar uppstår efter brister i uppdragets utförande från redovisningsbyrån KPMG. KPMG tog uppdraget av Profilgruppen att genomföra en finansiell DD på ett tyskt företag. För ansvarets vidkommande hade KPMG i uppdragsavtalet bifogat allmänna bestämmelser med ansvarsbegränsningar. Enligt dessa svarade KPMG enbart för skador som motsvarade högst två gånger erhållet arvode. KPMG erhöll efter avslutat arbete 411 000 kr. Uppdraget slutade med att Profilgruppen förvärvade det tyska bolaget som KPMG granskat. Förvärvet kostade Profilgruppen 1 700 000 euro. Ett år senare var bolagets värde

¹³² Forssman, s. 36.

¹³³ Kersby, s. 161.

¹³⁴ Skiljedomsavgörande KPMG ./ Profilgruppen.

endast 1 euro. Profilgruppen hade således förlorat 1 699 999 euro sedan transaktionen. Profilgruppen hävdade i skiljeförfarandet att om KPMG inte försummat sitt uppdrag hade Profilgruppen avstått från att förvärva det tyska bolaget. Det visade sig nämligen att det tyska bolaget hade ett dotterbolag i USA för vilket det tyska bolaget var garantigivare. Detta ledde till att det tyska bolaget hamnade på obestånd och därför tappade hela sitt värde. KPMG hävdade att uppdraget inte omfattade att undersöka relationen till det amerikanska dotterbolaget.¹³⁵

Skiljenämnden tar först och främst ställning till vad som kan sägas vara uppdragets omfattning. Närmare bestämt tar skiljenämnden ställning till om dotterbolaget således borde undersökts av KPMG inom ramen för uppdraget. Skiljenämnden kommer till slut fram till att dotterbolaget borde omfattats av uppdraget som KPMG åtog sig. Till grund för detta hade skiljenämnden KPMG:s uppdragsbrev i vilket det stod att det tyska bolaget skulle undersökas finansiellt för att utvärdera ett eventuellt ägararrangemang. Det förtydligas av skiljenämnden att KPMG förvisso inte kan förväntas veta, på förhand, vad styrelsen i Profilgruppen avsåg med uppdraget. Skiljenämnden fortsätter dock med att förklara att det ligger i uppdragstagarens förpliktelser att utreda vad uppdraget närmare kan tänkas omfatta, vilket KPMG uppenbarligen underlåtit att göra. Den slutliga DD-rapporten hänvisade till uppdragsavtalet utan reservationer. Enligt skiljenämnden borde en uppdragstagare tydliggöra eventuella begränsningar och reservationer. Detta trots att själva beställningen av uppdraget inte utfördes av styrelsen utan av VD. Detta menade dock KPMG själva borde begränsa ansvaret att som uppdragstagare behöva söka omfattningen av uppdraget. Den befogade tillitens relevans sägs dock av Blomkvist utesluta detta resonemang då styrelsen enligt Blomkvist har fog att förlita sig på uppdragstagaren oavsett om beställaren var VD.¹³⁶

¹³⁵ Blomkvist, Christina, *Med vederbörlig omsorg – en skiljedom om due diligence*, JT Nr 2 2011/12, s. 302.

¹³⁶ *Ibid*, s. 303 - 305. Se även NJA 1987 s. 692 samt NJA 2001 s. 878 angående den befogade tilliten, till dessa fall hänvisas till Blomkvists artikel.

Skiljenämnden konstaterade att för att uppdraget skulle anses vara utfört med vederbörlig omsorg så hade det amerikanska dotterbolaget behövt ingå i DD-rapportens riskbedömning. Skiljenämnden säger att det förvisso inte generellt bör ingå i en finansiell DD att närmare granska dotterbolag. Omständigheten att moderbolaget dock hade fodringar på, samt var garantigivare för, dotterbolaget borde föranlett en närmare granskning. Skiljenämnden konstaterar vidare att den ansvarsbegränsning som KPMG hade kunde genombrytas vid grov vårdslöshet. Vårdslösheten ska enligt skiljenämnden bedömas utifrån vad som kan sägas vara skäligt med hänsyn till samtliga omständigheter. Således ska inte bedömningen enbart ta utgångspunkt i hur klandervärd KPMG varit vid utförandet av uppdraget. Den ansvarsbegränsning som KPMG gjort i fallet ansågs även vara för omfattande. Den sägs till och med sätta avtalsbalansen åt sidan när kraven på prestation från KPMG:s sida urholkats. Profilvergruppen hade enligt skiljenämnden berövats möjligheten att skydda sig mot det scenario som utspelat sig med den bristfälliga DD som KPMG utfört. Just denna del i skiljedomen fick särskild uppmärksamhet då det är sällsynt i kommersiella sammanhang att underminera ett mellan parterna överenskommet avtal såsom ansvarsbegränsningen innebar. Ansvarsbegränsningen genom vilken skadeståndet begränsats till två gånger arvodet ansågs oskäligt enligt 36 § Avtalslagen och skadeståndet bestämdes till ett jämkat belopp om 8 miljoner kr.¹³⁷

En DD är näst intill det enskilt viktigaste momentet i ett företagsförvärv. Kraven på omsorg är omfattande vid utförandet av dessa uppdrag för att köparen ska kunna fatta ett välgrundat beslut i förvärvsprocessen. Syftet med DD rapporten får inte vara att ge den bild av målbolaget som beställaren förväntar sig. Syftet är snarare att något pessimistiskt lyfta risker och ställa målbolaget i rampljuset. Omsorgskraven må vara högt ställda i dessa uppdrag men kraven är också anpassade efter varje unik situation och uppdrag.¹³⁸

¹³⁷ Blomkvist, 305 ff.

¹³⁸ Blomkvist, s. 311 – 312.

5 Analys och slutsatser

5.1 Answarets tillämplighet och kausaliteten vid användandet av AI vid DD

För att ansvar ska inträda för advokaten måste det vara fråga om att ett råd givits. Advokaten som arbetar med DD har som ovan nämnt ett ansvar då dennes slutsatser är menade att leda till ett konkret beslutsfattande. Det är först då situationen består av vad som kan kallas *råd* och inte enbart informationsgivning. Det allra vanligaste när advokater utför DD är att detta sannolikt är tänkt att mynna ut i rådgivning angående ett eventuellt förvärv. Advokatens ansvar är vidare för skador som uppstår på grund av rådgivningen och således främst ett kontraktuellt ansvar.¹³⁹ Adekvat kausalitet ska föreligga mellan rådgivningen och den uppkomna skadan. Då den skadetyper vi talar om i dessa fall är ren förmögenhetsskada får det tänkas att skadan uppstår genom förlorade värden i transaktionen, såsom i Profilgruppen mot KPMG-fallet. I skiljedomen mellan dessa företag var det förvisso en väldigt konkret omständighet som förbisetts. Det borde därför förtydligas att DD innebär ett omfattande arbete vilket i sammanhanget innebär att det kan tänkas vara svårt att peka ut en enda omständighet som ensamt påverkat företagstransaktionen negativt. Uppgiften att visa adekvat kausalitet kan därav bli svår i dessa fall.¹⁴⁰

Ytterligare problem kan uppstå i fråga om att bevisa den adekvata kausaliteten då artificiell intelligens används för att utföra DD och skada uppstått. Som nämns i kapitel 3.4 fungerar AI-produkter ofta så att initiala

¹³⁹ Se kapitel 2.2 samt 4.3.

¹⁴⁰ Se kapitel 2.5.5 samt 4.3.1.

data behöver matas in för att träna upp systemen att utföra rätt handlingar och skapa korrekta resultat. Advokaten kan ibland vara tvungen att ange vissa preferenser som AI-produkten har att arbeta utifrån. Den adekvata kausaliteten mellan skadan och rådet kan behöva baseras på felmarginalen i AI-produkten. Denna felmarginal är dock i sig beroende av de initiala data som advokaten matat in. Detta kan tänkas komplicera resonemangen om kausaliteten. Att finna var felet legat behöver dock inte nödvändigtvis innebära att man frågar sig var AI-verktyget gjort fel utan snarare det faktum att rådet från advokaten är vad som orsakat skadan.

5.2 Culpabedömningen

Att bedöma oaktsamheten hos advokaten vid användandet av AI blir problematiskt framför allt på grund av aktsamhetsnormen som gäller för advokater. Aktsamhetsnormen för advokater tar utgångspunkt i den *goda advokatseden* och vad som följer av detta. Denna norm existerar då advokater förväntas ha vissa specialkunskaper i egenskap av ledamot för advokatsamfundet. Trots att aktsamhetsbedömningen för skadestånd inte alltid måste överensstämma med den som gäller för disciplinansvar tas utgångspunkt i *god advokatsed*. Problematik uppstår i bedömningen vid användandet av AI därför att aktsamhetsnormen ställer frågor om hur den typiske advokaten skulle agerat och användningen av AI i sig är *otypisk*. Då rådgivaransvaret ovan sägs innebära framför allt ett metodansvar och en påtaglig pedagogisk plikt måste det bedömas om 1) advokatens användande av AI är en traditionell och godtagbar *metod* för utförandet av DD, 2) om advokaten kan förklara resultaten och innebörden av resultaten av DD när AI har använts.¹⁴¹ DD genomförs vanligen genom en lång och tidskrävande dokumentgranskning. Då advokatens metodansvar bygger på en noggrann undersökning av hur advokaten gått tillväga för att komma fram till sina råd är det viktigt att fastställa vad som är en vedertagen och acceptabel metod. Det kan med all säkerhet sägas att AI inte är en vedertagen metod ännu vad

¹⁴¹ Se kapitel 2.5.3 samt 2.5.2.

gäller DD. Detta behöver dock inte betyda att advokaten bär ett ansvar så snart denne använt AI för att genomföra DD. Advokaters användning av beslutsstöd är inte något nytt fenomen för rättsordningen i denna mening. Advokaten kan inte sägas ha varit oaktsam så snart advokaten baserat ett råd på en biträdande kollegas undersökningar. Inte heller bör advokaten direkt bära ett ansvar enbart för att denne baserat sina råd på AI-verktygets undersökningar. Det måste däremot klargöras i vilken grad advokaten tagit hjälp och då om advokaten gjort detta i för stor utsträckning.¹⁴²

Domarna från 2018 och 2019 som behandlats ovan diskuterar i all väsentlighet samma rekvisit som framkommit under en genomgång av övrig praxis och doktrin. I målen har uppmärksammats ett slags uppenbarhetsrekvisit. Detta ska inte tolkas på annat sätt än i linje med det som sägs angående resultatansvar ovan. Det är inte så att detta är någonting nytt i bedömningen av rådgivaransvaret utan det förtydligar enbart att advokaten inte bär ett ansvar för utredningar enbart för det faktum att de visar sig vara motstridiga med en senare dom. Det advokaten däremot ansvarar för vad gäller felbedömningar är sådana uppenbara fel som advokaten måste få anses vara tvungen att undvika på grund av professionens fackmässiga standard. Denna fackmässiga standard är som avhandlats ovan den *goda advokatseden*. Inbegripet i denna ryms de icke kodifierade förpliktelserna såsom metodansvaret och den pedagogiska plikten. Tillsammans utgör dessa det professionsansvar som advokater bär. Det som framkommer i rättsfallet från 2018 är att det enbart vid talanglös eller svag processföring som ansvar uppkommer för advokaten. Detta innebär sannolikt inte att en förhöjd culpitröskel ska tillämpas vid ansvarsbedömningen för advokater. Det innebär däremot sannolikt att domstolen påpekar att det vid juridiska tjänster ofta finns ett antal potentiella handlingsalternativ varför advokatens val vid processföringen inte kan bedömas för strängt. Min mening om att domstolen inte ämnar höja culpitröskeln utan enbart konstatera ansvaret för uppenbara fel, samtidigt

¹⁴² Se kapitel 4.3 angående due diligence.

som man lämnar handlingsutrymme till advokater i sina bedömningar, får stöd i konstaterandet att detta inte frångår vad doktrinen säger angående metodansvar samt resultatansvar. Advokaten har ett ansvar för uppenbara fel samtidigt som denne har att iaktta *tillräcklig* omsorg i sina metoder. I punkt 33 i rättsfallet från 2019 finner detta resonemang stöd där HD säger att formuleringen angående *uppenbarhet* är menad att poängtera det utrymme som bör lämnas åt advokaten i hans/hennes uppdrag att dra olika rättsliga slutsatser.¹⁴³

Av rättsfallet från 2018 framgår väldigt pedagogiskt vilka omständigheter som ska bedömas vid aktsamhetsbedömningen. Det sägs vara 1) uppdragets omfattning, 2) svårighetsgraden i de juridiska frågorna som uppdraget omfattat, 3) tiden advokaten hade att förfoga över, 4) de värden som står på spel, 5) klientens uppmaningar eller instruktioner samt 6) om advokaten haft särskilda insikter i för rättsområdet avgörande frågor.¹⁴⁴

Det finns sannolikt ett avtal mellan advokat och klient vid DD. Eftersom detta förhållande mellan advokaten och klienten innebär att klienten har en befogad tillit till advokaten som rådgivare blir det för aktsamhetsbedömningen relevant att fråga sig just vad klienten har att förvänta sig av advokaten. Vad man kan förvänta sig av advokaten väcker då i sin tur frågan om hur den beprövade metoden för yrkeskåren som helhet ser ut och om den aktuella advokaten följt metoden eller gjort avvikelser från denna. Användningen av AI är sannolikt att anse som en avvikande metod och ska därför påverka i skärpande riktning i aktsamhetsbedömningen.

Uppdragets omfattning har i modern praxis lyfts fram som en viktig punkt i aktsamhetsbedömningen. Det verkar vara tydligt att advokaten har en möjlighet att föregå ansvarets omfattning genom att i avtalet precisera uppdraget till att gälla mer specifika bedömningar. I fråga om DD tycks

¹⁴³ Se kapitel 2.4.1 angående NJA 2018 s. 414 samt kapitel 2.5.5 om god advokatsed.

¹⁴⁴ Punkt 22 i NJA 2018 s. 414.

detta dock vara svårt, såsom Profilgruppen mot KPMG-fallet visar där skiljenämnden talar om att det är naturligt med en bredare granskning vid DD. Misstagen i arbeten rörande företagsförvärv kan bli ytterst kostsamma och det kan av den anledningen ensamt motivera att advokaten trots vad som nu sagts söker begränsa uppdragets omfattning i uppdragsavtalet.¹⁴⁵

5.3 AI och den pedagogiska plikten

Jag ser uppenbara problem med att använda ett system vars beslutsstöd är högst svårförståeligt. Den pedagogiska plikten innebär som ovan nämnt att advokaten förser klienten med förklaringar om varför och hur vissa slutsatser nåtts. Användningen av AI innebär en viss grad av tillit från advokaten på programmets funktioner. När advokaten i nästa led råder klienten till handling, eller som i rättsfallet från 2019 till underlåtenhet, på grundval av AI-verktygets slutsatser kan advokaten svårligen sägas ha uppfyllt sin pedagogiska plikt. Advokaten kan givetvis försöka förklara att AI-verktyget granskat allt väsentligt material, komprimerat det till ett för advokaten mer överskådligt resultat som sedan mynnat ut i slutsatsen som advokaten själv baserat rådet på. Det som blir problemet med dessa förklaringar är dock att de inte lyckas kvantifiera risker med AI-verktygen för klienten. Som framgått tidigare är den kanske viktigaste komponenten i advokatens pedagogiska plikt att göra klienten införstådd med risker och osäkerheter i bedömningen som advokaten gör.¹⁴⁶

Den pedagogiska plikten utgör en subjektiv bedömning om vad advokaten förstått, lyckats förmedla samt vad klienten förstår och blivit införstådd med under uppdragets gång. Mitt resonemang om att den pedagogiska plikten är svår att upprätthålla när AI används bör inte betyda att det är omöjligt att göra klienten införstådd med processen då AI används. Sedvanliga juridiska metoder består av advokatens egna intellekt och färdigheter. Dessa kan på samma sätt som AI-verktygen sägas innehålla en svärdefinierad tankeprocess och ibland bestå av slutsatser som baserats på

¹⁴⁵ Se kapitel 2.4 om praxis från 2018 och 2019.

¹⁴⁶ Se kapitel 2.3.1.

påståendekunskaper och antaganden. Det viktiga är för advokaten inte att förklara varför slutsatsen i sig är den rätta utan hur han/hon kommit till slutsatsen. Advokatens kunskap är emellertid sannolikt bestående av en stor del tyst kunskap han/hon inte kan redogöra för varför advokaten måste vara ursäktad i sitt pedagogiska ansvar till den delen som rimligen går att förklara. Om samma slutsats kan dras angående användningen av AI som beslutsstöd torde advokaten enbart vara tvungen att förklara *att* AI har använts och ungefär vad AI-verktyget gjort som lett fram till advokatens aktuella råd.¹⁴⁷

5.4 Slutsatser och överväganden de lege ferenda

Advokaters arbete vid DD leder sannolikt alltid till en rådgivningssituation som ger upphov till att rådgivaransvaret blir tillämpligt. Användningen av AI i dessa situationer är med största sannolikhet att anse som ett avsteg från traditionella metoder vilket kan innebära att advokaten är oaktsam i sin arbetsmetod. Om advokaten noggrant presenterar risker och osäkerheter förknippade med användningen av AI-verktygen minskar risken för att advokaten skulle bedömas vara oaktsam. Ansvarsbegränsningar som advokaten har att tillgå måste ta hänsyn till att avtalsrelationen vilar på principer om tillit till rådgivarrollen. Detta innebär att ansvarsbegränsningar inte får överträda normerna för hur advokaten bör utföra sitt arbete och inte heller strida mot vad klienten med fog har att förvänta sig detta arbete. Advokater svarar inte för bristande resultat annat än om det är uppenbart att vissa resultat borde uppnåtts av advokaten. Detta innebär dock inte att advokaten är ursäktad då denne gör fel generellt utan en bedömning måste göras av framför allt metoden advokaten använt för att nå sina slutsatser. Advokaten verkar ha ett betydande utrymme för att landa i olika bedömningar i sin rådgivning då många rättsområden erbjuder vida

¹⁴⁷ Se avsnittet om *tyst kunskap* under kapitel 3.5 samt om AI och dess funktioner under avsnitt 3.4.

tolkningar. Ansvar för advokaten vid användningen av AI kommer ytterst bero av hur väl klienten är införstådd med användningen, hur resultatet av användningen presenterats och hur risker och osäkerheter presenterats. Då användningen sannolikt kommer öka kraftigt de kommande åren kan det vara av intresse att närmare precisera regler för användningen. Huruvida denna uppgift bör ligga i händerna på advokatsamfundet eller någon annan lämnar jag osagt. Klart verkar dock vara att så länge användningen anses vara en ovanlig arbetsmetod för advokaten att tillgripa så borde advokaten iaktta viss försiktighet i avtalet med klienten. Så länge inte en fastslagen tillförlitlighet mellan olika leverantörer av AI-verktyg varierar kraftigt kommer valet av system sannolikt inte spela någon roll för bedömningen. Frågan är om *metoden* kan sägas vara sedvanlig för advokaten, vilket gör att frågor om själva valet av system borde spela mindre roll.

Sammantaget verkar rådgivaransvaret gå att *tillämpa* på ett relativt okomplicerat sätt då advokaten använt AI. Ansvarets omfattning bestäms av sådana omständigheter som går att applicera på själva användningen av AI. Vissa av dessa omständigheter kan dock bli svårbedömda som själva kausaliteten mellan rådgivningen och skadan då AI används. Detta verkar dock spela mindre roll i bedömningen än det faktum att en avvikande metod använts av advokaten vilket är den enskilda omständigheten som får anses mest problematisk i ansvarets bedömningsgrunder.

Hjälpmiddel för advokater är egentligen inget nytt men AI är ett brett verktyg med mycket större inverkan än vad tidigare hjälpmedel inneburit för advokatbranschen. Advokater har likt andra rådgivare ett betydande metodansvar. Detta innebär att advokaten inte borde frångå beprövade metoder i sin roll som rådgivare. Användningen av AI är idag sannolikt ett avsteg från beprövade metoder. De initiala data som användande advokat matar AI-verktyget med kan mycket väl tänkas ställa till med bekymmer i den slutprodukt som AI-verktyget producerar. Det är denna slutprodukt som sedermera advokaten sannolikt bygger sin rådgivning på vilket gör att själva användningen riskerar att anses som vårdslös. Metodansvaret är dock inte

ensamt avgörande för rådgivaransvaret utan även advokatens grad av omsorg är avgörande.¹⁴⁸ Detta innebär i sammanhanget att hänsyn kan tas till om advokaten förklarat användningen av AI för klienten, vilken omfattning användningen skett och även på vilket sätt användningen påverkat rådgivningen till klienten. Jag finner att flexibiliteten i ansvarsbedömningen är särskilt väl lämpad för användningen av AI vid due diligence. En mer specifik reglering riskerar självklart tvinga in bedömningen av ansvaret i en mer snäv omfattning än nuvarande bedömning. Själva metodansvaret är även uppbyggt på ett sådant sätt att AI i framtiden mycket väl kan sägas vara en beprövad metod. Det är sannolikt att det inom en snar framtid kan anses vara oäktsamt att *inte* använda vissa AI-verktyg som hjälpmedel om dessa hjälpmedel blir tillräckligt vedertagna som metod inom branschen. Det får sammanfattningsvis sägas vara oproblematiskt att tillämpa rådgivaransvaret i dessa situationer även om bedömningen i sig är svår att göra. Slutsatsen bör därför vara att rättsläget är någorlunda tillfredställande trots att vissa svåra bedömningar fordras. Det ska även tilläggas att advokaten har att iaktta stor försiktighet vid användningen av AI vid sin rådgivning.

¹⁴⁸ Se praxis från kapitel 2.4.1. samt 2.4.2

6 Käll- och litteraturförteckning

Källor

Propositioner

Prop. 2002/03:133 Lag om finansiell rådgivning till konsumenter.

Regelsamlingar

Advokatsamfundet - Vägledande regler om god advokatsed

Litteratur

Ad hoc Committee on artificial intelligence, CAHAI (2020)23, *Feasibility Study*, Strasbourg, 17 december 2020.

Amir, Eyal. *Reasoning and decision making*. I *The Cambridge handbook of artificial intelligence*, Frankish, Keith & Ramsey, William M. (red.), 191 – 213, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Bengtsson, Bertil, Ullman, Harald & Unger, Sven, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, Tredje upplagan, Jure Förlag AB, Stockholm, 2019.

Europeiska kommissionen, *meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Europeiska rådet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén, Artificiell intelligens för Europa*, COM(2018) 237 Final, Bryssel, 2018.

Europeiska kommissionen, *regulation of the european parliament and of the council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts*, 2021/0106 (COD), 2021

Europeiska kommissionen, *White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, Bryssel, 2020.

Forssman, Magnus, *Företagsöverlåtelser: en introduktion till den legala processen*, Andra upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016.

Franklin, Stan. *History, motivations and core themes*. I *The Cambridge handbook of artificial intelligence*, Frankish, Keith & Ramsey, William M. (red.), 15 – 34, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Nordenstam, Tore, Göranson, Bo (red.), *Datautvecklingens filosofi: tyst kunskap och ny teknik*, Carlsson & Jönsson, Stockholm, 1984.

Hamfelt, Andreas & Wahlgren, Peter, *Datorstödda beslut: artificiell intelligens och juridik*, Inst. för rättsinformatik, Stockholm, 1988.

Heuman, Lars, *Advokatens rättsutredningar: metod och ansvar*, Juristförl., Stockholm, 1987.

Kleineman, J, *Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, Juristförlaget Stockholm 1987.

Konstantine, Arkoudas och Bringsjord, Selmer. *Philosophical foundations*. I *The Cambridge handbook of artificial intelligence*, Frankish, Keith & Ramsey, William M. (red.), 34 – 64, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Korling, Fredric, *Rådgivningsansvar – särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning*, Jure Förlag, Stockholm 2010.

Lorentzon, Karl, 2017, *Rättegångsbalk (1942:740) kommentaren till 8 kap. 4 §*, Lexino 2018-01-20 (JUNO).

Lundmark, Thorsten, *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd : särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom = [Exemption clauses] : [validity and scope] : [especially about exemption clauses in commercial contracts for the sale of goods]*, Iustus, Diss. Umeå : Univ.,Uppsala, 1996.

Nordenstam, Tore, Göranson, Bo (red.), *Datautvecklingens filosofi: tyst kunskap och ny teknik*, Carlsson & Jönsson, Stockholm, 1984.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära, Andra upplagan*, Lund, Studentlitteratur, 2018.

Ramberg, Christina, *Kontraktbrott vid köp av aktie: särskilt om fel*, Juristförl., Diss. Stockholm: Univ.,Stockholm, 1992.

Svensson, Per, Göranson, Bo (red.), *Datautvecklingens filosofi: tyst kunskap och ny teknik*, Carlsson & Jönsson, Stockholm, 1984.

Artiklar

Blomkvist, Christina, *Med vederbörlig omsorg – en skiljedom om due diligence*, JT Nr 2 2011/12.

Ingvarsson, Torbjörn, *Rådgivningsansvar och medvållande*, JT 2002/03, s. 561 - 573.

Kersby, Sara, *Due Diligence – särskilt om advokats ansvar vid dess genomförande*, JT 1997/98, s. 143 - 163.

Kleineman, Jan, *Rådgivares informationsansvar — en probleminventering*, JT, 1998, s. 185 - 211.

Lambertz, Göran. *Nyttig och onyttig rättsvetenskap*, SvJT 2002 s. 265.

Lundqvist, Ulf, *Artificiell Intelligens – rättsordning och rättstillämpning*, SvJT 2020, s. 382- 415.

Ramberg, Christina, *Reklamation mot advokater och revisorer*, SvJT 2010, s. 142 – 156.

Sevenius, Robert, *Om due diligence*, SvJT 2007 s. 499 – 515.

Elektroniska källor

Croft Jane, *Artificial intelligence disrupting the business of law*, Financial Times, Oktober Nr 6, 2016. Tillgänglig på

<https://www.ft.com/content/5d96dd72-83eb-11e6-8897-2359a58ac7a5>.

(Besökt 2021-02-14).

Magnusson, Mathilda, *Advokaters rådgivningsansvar vid användande av artificiell intelligens Särskilt om due diligence vid privata företagsförvärv*, Examensarbete 2018, Juridiska institutionen vid Uppsala universitet.

Tillgänglig: [http://www.diva-](http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1211168/FULLTEXT01.pdf)

[portal.org/smash/get/diva2:1211168/FULLTEXT01.pdf](http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1211168/FULLTEXT01.pdf). (Besökt 2021-04-25).

Sandy, Mikael, *Advokatens rådgivaransvar vid privata M&A-transaktioner*, Examensarbete 2013, Juridiska institutionen vid Uppsala universitet.

Tillgänglig: [https://www.diva-](https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:625896/FULLTEXT01.pdf)

[portal.org/smash/get/diva2:625896/FULLTEXT01.pdf](https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:625896/FULLTEXT01.pdf). (Besökt 2021-04-13).

Sevenius, Robert, *Due diligence en allt viktigare process - men inte någon fastställd standard*, Tidningen Balans Nr 10, 2000, s. 30 – 34. Tillgänglig

på: <https://sevenius.se/wp-content/uploads/2013/12/DUED.pdf> (Besökt 2021-04-15).

Svernlöv, Carl, Magnusson, Matilda, *Rådgivaransvar vid användande av artificiell intelligens*, Tidningen Balans, 2018, s. 10 – 12. Tillgänglig på: https://www.tidningenbalans.se/wp-content/uploads/2018/09/nytt_fran_akademin_radgivningsansvar_vid_anvanding_av_artificiell_intelligens.pdf (Besökt 2021-03-18).

The City UK, *Legal excellence, internationally renowned*, UK legal services, november 2020, [Legal-excellence-internationally-renowned-UK-Legal-Services-2020.pdf](https://www.thecityuk.com/legal-services-2020.pdf) (thecityuk.com) (Besökt 2021-04-03).

Trueman, Charlotte, *How AI is impacting the UK's legal sector*, 2019, tillgänglig på: <https://www.computerworld.com/article/3412357/how-ai-is-impacting-the-uks-legal-sector.html#slide2> (Besökt 2021-03-17).

Öster, Ulrika, *Advokaten Tidskrift för Sveriges advokatsamfund, AI nu självklar på advokatbyråerna*, Nr 4 2019 Årgång 85, s. 32 – 50. Tillgänglig på <https://www.advokaten.se/Tidningsnummer/2019/nr-4-2019-argang-85/algorithmernas-nya-era-ar-har/> (Besökt 2021-03-12).

Örnerstig, Magdalena, *rådgivares ansvar för ren förmögenhetsskada till följd av vårdslös rådgivning*, Examensarbete 2001, Juridiska fakulteten vid Lunds universitet. Tillgänglig: <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/1563311>. (Besökt 2021-04-13).

7 Rättsfallsförteckning

Nytt juridiskt arkiv

NJA 1981 s. 1091

NJA 1987 s. 692

NJA 1992 s. 243

NJA 1994 s 532

NJA 1995 s. 505

NJA 2001 s. 878

NJA 2018 s. 414

NJA 2019 s. 877

Skiljedomar

Skiljedom mellan KPMG och Profilgruppen, meddelad i Stockholm den 22 december 2010 [KPMG-domen]