
CHRISTINA RAMBERG

**Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning,
reklamation, rådgivaransvar,
skadeståndsberäkning och prisavdrag**

2010-11 NR 4



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag

1. Inledning

I en skiljedom som nyligen meddelats behandlades en rad synnerligen intressanta frågeställningar, närmare bestämt om:

1. omfattningen av rådgivares skyldigheter i samband med finansiell due diligence;
2. orsakssamband mellan den vårdslösa rådgivningen och skadan;
3. förlust av rätten att hålla konsulten ansvarig (på grund av passivitet, bristande lojalitet och försummad reklamation);
4. jämkning av ansvarsbegränsning med takbelopp (inklusive betydelsen av grov vårdslöshet); och
5. prisavdragspåföljden i förhållande till skadeståndspåföljden.¹

Skiljedomen är offentlig sedan den klandrats, *Svea hovrätt T 1085-11*. I skiljenämnden ingick justitierådet Stefan Lindskog (ordförande) samt advokaterna Eric M Runesson och Axel Calissendorff.

2. Kort om tvisten

Konsulten (en av Sveriges största revisionsbyråer) hade åtagit sig att göra en finansiell due diligence av ett målbolag som uppdragsgivaren hade för avsikt att förvärva. Konsulten fick cirka 400 000 kr i ersättning för uppdraget. I uppdragsavtalet begränsade konsulten sitt skadeståndsansvar till ett maxbelopp som motsvarande dubbla arvodet.

Uppdragsgivaren förvärvade målbolaget för cirka 18 miljoner kronor. Strax efter förvärvet förlorade målbolaget hela sitt värde på grund av ett borgensåta-

¹ Jag medverkade i skiljeförfarandet på uppdrag av uppdragsgivaren med ett sakkunnigutlåtande rörande reklamationsfrågan.

gande för ett utländskt dotterbolag. Konsulten hade inte uppmärksammat borgensåtagandet.

Uppdragsgivaren fick kännedom om problem i dotterbolaget fyra månader efter det att konsulten lämnat sin slutrapport. Uppdragsgivaren framförde skadeståndsanspråk mot konsulten nio månader efter slutrapporten, vilket var en månad efter det att uppdragsgivaren fick klart för sig att konsulten borde ha uppmärksammat borgensåtagandet i sin slutrapport.

3. Omfattningen av rådgivares skyldigheter i samband med finansiell due diligence

Uppdragsgivaren gjorde gällande att konsulten borde ha uppmärksammat moderbolagets borgensåtagande och vidtagit en mer ingående undersökning av dotterbolagets ekonomiska ställning.

3.1 Skiljenämnden

Ett uppdragsbrev utgör en naturlig utgångspunkt för att fastställa omfattningen av konsultens uppdrag. När konsulten till ett uppdragsbrev fogat en beskrivning av det tilltänkta arbetsförfarandet, utgör även denna beskrivning en utgångspunkt för att fastställa uppdragets omfattning – även om syftet främst varit att beskrivningen skulle utgöra ett arbetsverktyg för konsulten.

Eftersom slutrapporten i samband med en due diligence syftar till att utgöra beslutsunderlag för uppdragsgivaren, kan konsulten inte förutsätta att uppdragsgivaren har några förkunskaper om målbolaget. Därför ställs det betydande krav på att slutrapporten är pedagogisk. Det är särskilt viktigt att konsulten tydligt klargör sådana begränsningar och inskränkningar i det utförda uppdraget som har betydelse för uppdragsgivarens möjlighet att bedöma målbolagets ställning och de risker som är förenade med att investera i målbolaget. Det åligger konsulten att ge uppdragsgivaren beslutsunderlag i form av faktaredovisning och analys som behövs för ett väl informerat ställningstagande med avseende på riskerna med det ifrågavarande investeringsbeslutet. Därför kan konsulten i regel inte med framgång freda sig från ansvar genom att hävda att uppdraget är mer begränsat än vad som framgår av slutrapporten.

En konsult som ska göra en finansiell due diligence med avseende på bland annat koncernmellanhavanden har skyldighet att bedöma finansiella risker, vilket ställer krav på att konsulten gör en genomgång av relevanta finansiella dokument. Vid en finansiell due diligence ska konsulten redogöra för skuldposter och för garantiåtaganden (borgensåtaganden). Konsulten ska alltså redogöra för moderbolagets eventuella borgensåtaganden i förhållande till dotterbolag.

Skiljenämnden ansåg att konsulten hade begått ett avtalsbrott genom att inte uppmärksamma borgensåtagandet (vårdslös rådgivning).

3.2 Min kommentar

Skiljenämndens dom ligger helt i linje med rättspraxis och doktrin.² En konsult ska sätta sig in i kundens behov, har ett omfattande metodansvar och ska vara pedagogisk i förhållande till kunden när slutresultatet presenteras. Den konsult som inte vill ha ett så omfattande ansvar som följer av dispositiv rätt, måste begränsa sitt ansvar på ett tydligt sätt.³

Man ser en tydlig parallell med köpavtal. Utgångspunkten enligt dispositiv köprätt är att säljaren har ett mycket strängt ansvar, som han emellertid kan begränsa genom att bland annat redogöra för bristerna i köpobjektet eller genom en ansvarsbegränsningsklausul.

Syftet med en finansiell due diligence är att förse uppdragsgivarens styrelse med adekvat beslutsunderlag. En styrelse kan bestå av ledamöter med olika typer av kompetens. Därför är det naturligt att utgångspunkten är att ledamöterna inte kan någonting alls, dvs. att det ställs stora krav på konsulten i pedagogiskt hänseende. Den konsult som i en rapport har som utgångspunkt att uppdragsgivaren har hög kompetens, bör säkerställa att utgångspunkten är korrekt och redogöra för den i sin slutrapport.

4. Fastställande av orsakssambandet mellan vårdslös rådgivning och skada

Konsulten ville inte utge skadestånd eftersom det inte förelåg orsakssamband mellan den vårdslösa rådgivningen och uppdragsgivarens beslut att köpa målbolaget. Konsulten gjorde i tvisten gällande att uppdragsgivaren skulle ha köpt målbolaget även om konsulten hade informerat om borgensåtagandet. Konsulten ansåg dessutom att uppdragsgivaren var medveten om att målbolaget var finansiellt svagt.

² NJA 1994 s. 532; Elfström, Rådgivares professionsansvar, 2003, s. 23; Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt, 2 häftet, 2010, kap. 7.3; Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en problemorientering, SvJT 1998 s. 185 ff.; Korling, Rådgivningsansvar, 2010, kap. 9.4–9.6; C. Ramberg, Kontraktstyper, 2005, kap. 7.3.2.

³ Adlercreutz & Gorton; Avtalsrätt II, 2010, s. 110; Bernitz, Standardavtalsrätt, 2009, s. 93 f.; Korling, Rådgivningsansvar, 2010, kap. 9.4.2 och 9.6.2; J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2010, s. 154 och s. 213.

4.1 Skiljenämnden

Konsulten är i princip skyldig att ersätta uppdragsgivaren för den skada som konsultens avtalsbrott föranlett. Skadeståndsskyldighet föreligger även om konsultuppdraget endast omfattade att tillhandahålla fakta-information (och alltså inte innebar att konsulten skulle ge ett råd eller en rekommendation).

Vad som skulle ha hänt om konsulten gett uppdragsgivaren adekvat information är en fråga av hypotetisk natur. Ett påstått händelseförlopp går inte att bevisa i vanlig bevisteknisk mening. I vad mån förloppet kan läggas till grund för bedömningen av om en skada inträffat och i så fall skadans storlek, är därför i hög grad en rättslig fråga.

I den aktuella tvisten hade konsulten i uppdrag att förse uppdragsgivaren med informationsunderlag inför ett beslut om att eventuellt köpa målbolaget. Eftersom konsulten inte fullgjorde sitt uppdrag, betogs uppdragsgivaren möjligheten att göra en adekvat utvärdering av risken. Riskens utlösande föranledde att investeringen i målbolaget förlorade sitt värde. I ett sådant fall är utgångspunkten att uppdragsgivaren inte skulle ha förvärvat målbolaget om han hade blivit adekvat informerad av konsulten. Ett antagande om ett annat hypotetiskt händelseförlopp förutsätter att någon omständighet ger anledning att frångå utgångspunkten.

Konsulten kan inte begränsa sin skadeståndsskyldighet genom att hänvisa till att uppdragsgivaren var medveten om att målbolaget hade en pressad finansiell situation. Om uppdragsgivaren fått kännedom om borgensåtagandet (och att alltså målbolagets situation var ännu sämre än vad som antagits) så är sannolikheten stor att uppdragsgivaren skulle ha avstått från att förvärva målbolaget. Utgångspunkten står därför fast (att uppdragsgivaren inte skulle ha förvärvat målbolaget om han blivit adekvat informerad av konsulten).

Konsultens slutrapport ska avfattas så att den kan utgöra adekvat beslutsunderlag också för styrelseledamöter som inte deltagit i den utvärderingsfas som föregått beslutstillfället. Konsulten ska alltså rapportera också om sådant som man ansåg att uppdragsgivarens VD eller andra anställda hade kännedom om. Konsulten kan alltså inte undgå ansvar genom s.k. passiv identifikation, dvs. att en oaktsamhet hos en representant för uppdragsgivaren tillräknas honom som medvållande.

4.2 Min kommentar

Skiljenämnden lutade sig mot en presumtion: När konsulten lämnat ett vårdslöst råd och uppdragsgivaren fattat ett beslut på grundval av rådet, så presumeras att uppdragsgivaren inte skulle ha fattat beslutet om konsulten gett ett adekvat råd. Denna presumtion har visst stöd i NJA 1992 s. 58 och står i harmoni med DCFR IV.C.-7:701:

”If the provider knows or could reasonably be expected to know that a subsequent decision will be based on the information to be provided, and if the client makes such a decision and suffers a loss as a result, any non-performance of an obligation under the contract by the provider is presumed to have caused the loss if the client proves that, if the provider had provided all information required, it would have been reasonable for the client to have seriously considered making an alternative decision.”

Presumtionen/utgångspunkten är naturlig eftersom uppdragsgivaren gav konsulten uppdraget att göra en finansiell due diligence just i syfte att få ett adekvat beslutsunderlag. Uppdragsgivaren ska då kunna grunda sitt beslut på vad som framkommer i konsultens rapport i förlitan på att konsulten bär ansvar om konsultarbetet inte utförts avtalsenligt.

Man kan ifrågasätta hur stark presumtionen är. Skiljenämnden valde att kalla det för ”utgångspunkt”, sannolikt för att markera att det inte är en stark presumption. Jag delar skiljenämndens uppfattning. Det är endast en utgångspunkt och det krävs antagligen inte mycket för att frångå utgångspunkten/den svaga presumptionen. Den citerade bestämmelsen i DCFR ger också uttryck för en svag presumption.

Det är värt att notera att med skiljenämndens resonemang, så skulle uppdragsgivaren ha kunnat få skadestånd även om konsulten i rapporten lämnat en rekommendation att inte köpa målbolaget. Låt oss anta att konsulten redogjort för målbolagets finansiella ställning men utelämnat borgensåtagandet och samtidigt rekommenderat att uppdragsgivaren inte skulle förvärva målbolaget. Låt oss vidare anta att uppdragsgivaren läste konsultrapporten, bortsåg från konsultens rekommendation och beslutade sig för att köpa målbolaget. Eftersom konsultrapporten inte innehöll information om borgensåtagandet och uppdragsgivaren har behov av att kunna fatta ett självständigt beslut baserat på faktainformationen i konsultrapporten, skulle konsulten alltså bli skadeståndsskyldig trots sin rekommendation att inte förvärva målbolaget.

Det kan förefalla kontroversiellt att konsulten som producerat ett ofullständigt beslutsunderlag i ett visst *begränsat* avseende ska bära ansvar för *hela* den förlust som materialiserats även när uppdragsgivaren medvetet tog en mycket stor risk genom att fatta beslut om att köpa ett målbolag som uppdragsgivaren kände till var finansiellt instabilt.⁴ Skiljemännens resonemang är emellertid helt logiskt. Om konsulten hade redogjort för borgensåtagandet, så är det möjligt att uppdragsgivaren bestämt sig för att avstå från den riskfyllda investeringen. Eftersom investeringsbeslutet är binärt (antingen bestämmer man sig för att köpa eller också inte) blir konsultens ansvar stort om det bidragit till att uppdragsgivaren fattar ”fel” beslut.

Konsultens uppdrag innebar att styrelseledamöterna skulle få ett adekvat beslutsunderlag oberoende av vad VD och andra anställda kände till om målbola-

⁴ Se Ingvarsson, Rådgivningsansvar och medvållande, JT 2002–03 s. 561.

get. Konsulten skulle alltså inte kunnat gå fri från ansvar även om VDn hade känt till borgensåtagandet. VD:s vetskap ”smittar inte av sig” till styrelsen när syftet med uppdraget varit att ge styrelsen adekvat beslutsunderlag med hjälp av en utomstående konsult. Därför tog skiljenämnden inte ställning till VD:s insikter och övertalningsförmåga. Detta står delvis i konflikt med den allmänna utgångspunkten att den som har en medhjälpare vid förhandlingar tillräknas medhjälparens insikter och kunskap.⁵

Jag delar skiljenämndens bedömning. I samband med konsultuppdrag som syftar till att ge information till en styrelse, kan konsulten inte freda sig från ansvar genom att hänvisa till att anställda i bolaget haft kunskap om förhållanden som inte framgår i konsultrapporten.

5. Förlust av rätten att rikta anspråk mot konsulten (passivitet, bristande lojalitet och försummad reklamation)

Konsulten gjorde gällande att anspråket mot honom framförts så sent att uppdragsgivaren förlorat rätten att göra anspråket gällande.

5.1 Skiljenämnden

Skiljenämnden tog ställning till tre delfrågor:

1. Kan en part förlora en rättighet genom passivitet/eftergift (det som på engelska kallas för ”waiver”)?
2. Kan ett sent framfört anspråk utgöra brott mot lojalitetsplikten och därför medföra att rättigheten går förlorad?
3. Finns det en skyldighet att reklamera vid äventyr av att anspråket annars går förlorat?

5.1.1 Passivitet/eftergift

Det finns en allmän princip av innebörd att en rättighet kan förloras till följd av lång tids passivitet redan innan anspråket preskriberas. Denna rättsprincip gäller i utom- och inomobligatoriska förhållanden. Principen är tillitsgrundad; borgenärens långvariga passivitet leder typiskt sett till en risk att gäldenären inrättar

⁵ Se DCFR II.–1:105 Imputed knowledge etc; www.avtalslagen.2010.se § 1.8; Dotevall, Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet, 1998.

sig efter antagandet om att han är skuldfri. På så sätt har principen likheter med passivitet som avtalsgrundande rättsfaktum (eftergift).

Vad som är tillräckligt lång tids passivitet för att rättigheten ska gå förlorad beror på omständigheterna, bland annat anspråkets grund och natur. I ett avtalsförhållande kan det tänkas att tiden är kortare än i ett utomkontraktuellt förhållande.

I den aktuella tvisten är det helt klart att uppdragsgivaren inte förlorat sin påföljdsrätt på grund av passivitet/eftergift. Uppdragsgivaren kunde alltså avvakta med att framföra anspråket mot konsulten i nio månader från det att uppdraget slutfördes, fyra månader från det att problemen visade sig och en månad från det att han insåg att han hade ett anspråk mot konsulten.

5.1.2 Lojalitetsplikt

När det gäller förutsättningarna för upplysningsskyldighet av reklamationstyp, finns det anledning att dra paralleller till vad som gäller om lojalitetsplikt. Vid prövningen av den frågan bör vägas in:

- (1) vilken betydelse det har för gäldenären att bli upplyst,
- (2) om upplysningen innebär en uppoffring för borgenären och i så fall hur tung den är, samt
- (3) om upplysningen framstår som näraliggande och naturlig för en normalt kringsynt och omtänksam person.

Rättsföljden av brott mot lojalitetsplikten att upplysa om anspråk är skadeståndsansvar (och alltså inte förlust av rätten att göra anspråket gällande).

I den konkreta tvisten skulle det inte ha inneburit några betydande uppoffringar för uppdragsgivaren att informera konsulten om sitt anspråk (punkt 2 ovan). När det gäller betydelsen för konsulten av att bli informerad om uppdragsgivarens anspråk (punkt 1 ovan), finns det inget som tyder på att det skulle föreligga något särskilt värde för konsulten att bli underrättad om uppdragsgivarens anspråk tidigare än vad som skett. När det gäller punkt 3 ovan, kan konstateras att uppdragsgivaren borde ha insett att konsulten hade ett intresse av att få information, men det framstår som naturligt att uppdragsgivaren först informerade sig själv om i vad mån det förelåg rätt att rikta anspråk mot konsulten och först därefter underrättade konsulten om anspråket.

Sammanfattningsvis föreligger i denna tvist inte en på lojalitetsgrundsatser vilande plikt för uppdragsgivaren att underrätta konsulten om anspråket tidigare än vad som skett.

5.1.3 Reklamation

I lag finns regler om reklamation som ett formkrav för påföljdsrättens bevarande, t.ex. i köplagen och kommissionslagen. Kännetecknande för dessa lagbestämmelser är att borgenären vid äventyr av att han förlorar sin påföljdsrätt är skyldig att reklamera oberoende av vilket intresse gäldenären i det enskilda fallet har av att bli informerad om borgenärens inställning. Vad som gäller utanför det lagreglerade området är oklart.

I Högsta domstolens praxis finns inte tillräckligt stöd för en generell icke lagfäst reklamationsprincip i kommersiella förhållanden svarande mot t.ex. 32 § 1 st. köplagen. Det är skiljenämndens uppfattning att en obetingad rättsförlust till följd av att en reklamation – som många gånger kan vara en formaliahandling av närmast trollformelliknande karaktär – inte skett inom en kortare frist, förutsätter lagstöd. Det ligger i linje med att preskription förutsätter sådant lagstöd. I brist på lag, ska man göra en nyanserad bedömning på grundval av en intresseavvägning och de ändamålsskäl som gör sig gällande samt med beaktande av de allmänna rättsprinciper som finns för rättighetsförändringar.

Det är möjligt att det föreligger en skadeståndssanktionerad reklamationsplikt som är strängare mot borgenären än vad som följer av den allmänna lojalitetsplikten. Den frågan är emellertid inte relevant i denna tvist eftersom konsulten inte lidit någon skada på grund av att uppdragsgivaren inte reklamerat tidigare.

Det är möjligt att Högsta domstolen kan komma att anta en rättsgrundsats som innebär att reklamationsskyldigheten sanktioneras med förlust av rätt till alla påföljder. Även om en sådan rättsgrundsats skulle begränsas till tjänster mellan näringsidkare, så skulle en betydande flexibilitet föreligga med avseende på reklamationsfristens längd (när den ska börja löpa och hur lång den är). Man ska göra en intresseavvägning och ta hänsyn till gäldenärens behov av att säkra bevisning, vidta skadereducerande åtgärder och anmäla skadan till försäkringsgivare samt till borgenärens behov av att vara adekvat informerad innan han tar kontakt med gäldenären.

I den aktuella tvisten har uppdragsgivaren ett befogat intresse av att vidta adekvata utredningsåtgärder innan han framför skadeståndsanspråk mot konsulten. Detta medför att starttidpunkten för reklamationsfristen blir sen. Konsulten har inte något stort och omedelbart behov av att bli underrättad om den inträffande skadan och uppdragsgivarens avsikter. Det talar för att fristen inte bör vara kort.

Sammanfattningsvis ansåg skiljenämnden att uppdragsgivaren inte förlorat rätten att göra anspråket gällande. (Uppdragsgivaren fick kännedom om problem i dotterbolaget fyra månader efter det att konsulten lämnat sin slutrapport. Uppdragsgivaren framförde skadeståndsanspråk mot konsulten nio månader efter slutrapporten, vilket var en månad efter det att uppdragsgivaren fick klart för sig att konsulten borde ha uppmärksammat borgensåtagandet i sin slutrapport.)

5.2 Min kommentar

Skiljedomen är klargörande genom att utvisa att underlåtenhet att framföra anspråk kan indelas i tre delfrågor: (1) har uppdragsgivaren genom passivitet eftergivit sin rätt att framföra anspråk, (2) är uppdragsgivaren på grund av sin allmänna lojalitetsplikt skyldig att framföra anspråket vid äventyr av skadeståndsskyldighet, och (3) har uppdragsgivaren en reklamationsplikt och hur gestaltar den sig i så fall. Den advokat som gör gällande att motparten har underlåtit att framföra ett anspråk i rätt tid bör alltså argumentera under dessa tre rubriker och inte bunta ihop det till ett enda sörjigt argument. I Avtalslagen 2010 finns de tre delfrågorna uppdelade i §§ 10.3, 1.5 och 11.5.8.⁶

Det finns lagar som stadgar att försummad reklamation medför förlust av rätten att göra avtalsbrottet gällande. Skiljenämnden förefaller anse att när det saknas lag (t.ex. vid konsultavtal) så är rättsföljden inte så sträng som i köplagen och kommissionslagen. Skiljenämnden verkar utgå ifrån att försummad reklamation inte medför förlust av rätten att göra avtalsbrottet gällande. Jag delar denna uppfattning och i Avtalslagen 2010 § 11.5.8 står:

”En avtalspart som vill begära skadestånd ska meddela den andra parten att han vill göra gällande påföljder på grund av avtalsbrott inom skälig tid efter det att han insåg att motparten gjort sig skyldig till skadeståndsgrundande avtalsbrott. Om sådant meddelande ges för sent, ska den avtalsbrytande partens ersättningskyldighet minskas med den skada som den avtalsbrytande parten kunde ha undvikit om meddelande lämnats i rätt tid.”⁷

Herre anser däremot att rättsföljden av försummad reklamation är att den icke kontraktbrytande parten förlorar alla rättigheter till följd av felet, även om en sådan rättsföljd inte stadgas i tillämplig lagstiftning.⁸

Skiljenämnden redogör för att rättsläget beträffande rättsverkningarna av reklamation är osäkert. Skiljenämnden uttalar att försummad reklamation inte medför förlust av rätten att göra avtalsbrottet gällande när reklamationsfristen är kort. Skiljenämnden antyder därmed att om reklamationsfristen är lång, så är det möjligt att rättsföljden är förlust av rätten att göra avtalsbrottet gällande. Detta är en aning förvirrande. Den part som under lång tid är passiv med att framföra sitt anspråk riskerar att anses ha eftergivit sin rättighet om den avtalsbrytande parten haft befogad anledning att inrätta sig efter att anspråket inte skulle komma att göras gällande. Vid långvarig tystnad är det lämpligare att tillämpa eftergiftsinstitutet än reklamationsinstitutet eftersom man då slipper utforma ett

⁶ Se www.avtalslagen2010.se.

⁷ Se www.avtalslagen2010.se.

⁸ Något om reklamationsplikten vid köp av varor och tjänster, i Festskrift till Gertrud Lennander, 2010, s. 139. I FAR:s allmänna villor för rådgivningstjänster 2011.1 klausul 13.6 stadgas att för sent framförd reklamation medför att uppdragsgivarens ”rätt till skadestånd eller annan gottgörelse är förverkad”.

reklamationsinstitut som medför olika rättsverkan beroende på reklamationsfristens starttidpunkt och längd.

Skiljenämnden garderar sig mot det osäkra rättsläget beträffande vilken rättsföljd som gäller vid försummad reklamation när det saknas lag. Skiljenämnden säger i princip att om det nu vore så att rättsföljden av försummad reklamation är att uppdragsgivaren inte får göra gällande konsultens avtalsbrott, så är starttidpunkten för reklamationsfristen sen och reklamationsfristen lång vilket medför att uppdragsgivaren i det aktuella fallet inte har försummat att framföra reklamationen i tid.

I skiljedomen behandlas inte frågan om när reklamationsfristen börjar löpa. Jag anser att reklamationsfristen börjar löpa först när uppdragsgivaren har fått faktisk kunskap om att det förekommit vårdslös rådgivning och faktisk kunskap om att han drabbats av en skada.⁹ Kleineman anser att fristen börjar löpa när uppdragsgivaren bort inse att rådgivaren kan ha varit oaktsam samt den skadliga effekten inträtt.¹⁰ Herre anser att fristen börjar redan när det finns skälig anledning att anta att uppdragstagaren är ansvarig.¹¹

I tillägg till ovissheten om när reklamationsfristen startar kommer bevisproblematiken: vem har bevisbördan och hur tung är den för att det föreligger ”faktisk kunskap”, förhållanden som utvisar att någon ”bort inse” något eller att det finns ”skälig anledning att anta” något?

6. Jämkning av ansvarsbegränsning med takbelopp

I den aktuella tvisten hade konsulten i uppdragsavtalet begränsat sitt ansvar till maximalt två gånger arvodet (dvs. 800 000 kronor). Uppdragsgivaren gjorde gällande att ansvarsbegränsningen inte gällde på grund av att konsulten varit grovt vårdslös och att ansvarsbegränsningen skulle jämkas med stöd av avtalslagen § 36.

6.1 Skiljenämnden

En beloppsansvarsbegränsning kan genombrytas i vissa fall. Ofta sägs det kunna ske vid avtalsbrott på grund av grov vårdslöshet. Det finns olika me-

⁹ C. Ramberg, Reklamation mot advokater och revisorer, SvJT 2010 s. 155.

¹⁰ Reklamation vid rådgivaransvar, i Festskrift till Torgny Håstad, 2010, s. 361.

¹¹ Herre, Något om reklamationsplikten vid köp av varor och tjänster, i Festskrift till Gertrud Lenander, 2010, s. 139. I FAR:s allmänna villor för rådgivningstjänster 2011.1 klausul 13.6 stadgas att reklamation ska ske skriftligen utan dröjsmål beträffande fel som uppdragsgivaren bort upptäcka.

ningar om vad som ligger i begreppet grov vårdslöshet. Frågan om i vad mån en ansvarsbegränsning kan sättas åt sidan bör bedömas med utgångspunkt i vad som med hänsyn till samtliga omständigheter framstår som en rimlig riskavvägning (och alltså inte främst i hur klandervärd den avtalsbrytande parten varit).

Av betydelse för riskavvägningen är konsultens befogade intresse att kunna skydda sig mot följderna av sådana förbiseenden och misstag som är naturligt och oundvikligt förbundna med verksamheten, även om de i och för sig är vårdslösa. Härvidlag ska hänsyn tas till bland annat:

1. Att riskbegränsning kan åstadkommas på annat sätt än genom en beloppsbegränsning, t.ex. genom en tydlig precisering av uppdraget, dess förutsättningar och begränsningar.
2. Konsultens befogade intresse av att skydda sig mot anspråk genom försäkringsskydd till en kostnad som står i rimlig proportion till den normala verksamhetsomfattningen.
3. Om konsulten brutit mot ett centralt åtagande eller endast mot en lojalitetsförpliktelse av perifer natur.
4. Uppdragsgivarens möjlighet att skydda sig genom t.ex. försäkring.

I den aktuella tvisten har konsulten brutit mot en kärnförpliktelse. Konsulten har inte ett befogat intresse av att ansvarsbegränsa sig från den typen av avtalsbrott. Konsulten hade kunnat åstadkomma en ansvarsbegränsning genom att i uppdragsavtalet eller slutrapporten tydliggöra förutsättningar och inskränkningar för uppdraget. Därför föreligger inget befogat behov för konsulten av beloppsbegränsningen när det gäller den skada som uppdragsgivaren begär ersatt.

Ytterligare ett argument emot beloppsbegränsningen är att den urholkar kraven på konsultens prestation så att avtalsbalansen rubbas. Beloppsbegränsningen är dessutom så låg att den inte ens är i närheten av vad som utgör en naturlig nivå på konsultens skydd genom ansvarsförsäkring. Till detta kommer att konsulten genom sitt agerande betagit uppdragsgivaren möjligheten att skydda sig mot den ifrågavarande riskens följder.

Som ett förstärkande argument fäster skiljenämnden viss vikt vid förhållandena vid avtalsslutet och lägger konsulten till last att han inte klargjort sin syn på uppdragets begränsningar.

Sammantaget är beloppsbegränsningen orimlig. Härmed är inte sagt att varje beloppsbegränsning skulle ha varit orimlig.

Sedan lång tid har man betraktat frågan om en ansvarsbegränsning kan upprätthållas som en fråga om genombrott. Spörsmålet blir då binärt; antingen håller ansvarsbegränsningen, eller också inte. Det synsättet är inte motiverat efter införandet av avtalslagen § 36 som möjliggör en jämkning av ansvarsbegränsningen. Ansvarsbegränsningar i kommersiella förhållanden kan jämkas med stöd av avtalslagen § 36. Jämkningsen ska ske mot bakgrund av en helhetsbedömning.

Det är i och för sig försvarbart att en konsult relaterar takbeloppet till arvodets storlek. Vad som är en skälig begränsning är inte enkelt att precisera, men en nivå på 10–25 gånger arvodet framstår som rimlig vid ett sådant uppdragsförhållande som det nu är fråga om (dvs. ett tak på 4–10 miljoner).

Skiljenämnden jämkade ansvarsbegränsningsbeloppet till 8 miljoner kronor, dvs. 20 gånger arvodet. Skiljenämnden motiverade att den la sig i det högre intervallet med att den avvägningssvårighet som uppkommer i samband med jämkning av ansvarsbegränsningsklausuler i första hand bör gå ut över konsulten. Till detta kommer att konsulten åsidosatt en förpliktelse som var direkt kopplad till uppdragsförhållandets grundläggande syfte.

6.2 Min kommentar

Skiljenämnden tar avstånd från den vanliga retoriken som går ut på att friskrivningar inte gäller när den avtalsbrytande parten varit grovt vårdslös. Jag håller helt med skiljenämnden. Det vore en befrielse om man kunde slippa ifrån den typ argumentation som baserar sig på grov vårdslöshet.¹² Precis som skiljenämnden indikerar, innebär grov-vårdslöshetsargumentationen inte någon lösning eftersom problemet endast förskjuts till att handla om den svårbedömda frågan vad som utgör grov vårdslöshet. Dessutom är grov-vårdslöshetsargumentet ett trubbigt instrument ("binärt" som skiljenämnden kallar det) på så vis att om man passerar gränsen för grov vårdslöshet så blir det jackpot med fullt skadeståndsansvar men om man inte når gränsen så blir det ingenting. Det är mycket bättre att, som skiljenämnden gjorde, behandla problemet i harmoni med avtalslagen § 36 och göra en helhetsbedömning av om ansvarsbegränsningen är oskälig och, i så fall, var skälighetsnivån ligger.

Skiljenämnden talar om en "rimlig riskavvägning" och antyder därmed att konsultens grad av vårdslöshet inte skulle vara relevant. Jag anser att man i helhetsbedömningen ska ta hänsyn till bland annat hur klandervärd den avtalsbrytande parten varit. Skiljenämnden lägger vikt vid att konsulten brutit mot en central förpliktelse, vilket kanske är ett annat sätt att säga att det är av betydelse hur klandervärd konsulten agerat. Skiljenämnden säger också att man inte "främst" ska ta hänsyn till hur klandervärd konsulten varit, vilket pekar på att det klandervärda är relevant men inte ensamt avgörande.

Det är naturligtvis mycket svårt att bestämma en skälig nivå på ansvarsbegränsningen. Skiljenämnden ansåg att två gånger arvodet är för lågt och att 10–25 gånger arvodet är ett skäligt härad. Men vad grundar skiljenämnden detta på?

¹² Hellner, *Stulna diamanter*, JT 1998–99 s. 150; J. Ramberg, *Ansvarsbegränsning – en fråga om skälighet eller praktikabilitet?* i *Festskrift till Ulf Nordenson*, 1999, s. 383; J. Ramberg & C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2010, s. 215 f.

Det framkommer inte i domskälen. För min egen del känns den av skiljenämnden angivna nivån bra i magen men jag kan inte förklara varför.

Det är olyckligt om det etableras en allmän föreställning att ansvarsbegränsningsbelopp i avtal är skäliga endast om de ligger på en nivå som överstiger 10 gånger arvodet. Det är viktigt att framhålla att utgångspunkten är att den avtalade beloppsbegränsningen ska upprätthållas. Det är inte så att en beloppsbegränsning till två gånger arvodet alltid är oskälig – tvärtom. Konsulten har ett legitimt behov av att kunna bedöma sin maximala riskexponering och det är därför viktigt att han kan känna sig trygg om att beloppsbegränsningsklausuler upprätthålls. Härtill kommer att det är betydligt enklare att vid en tvist avgöra skadeståndets storlek när det föreligger ett avtalat takbelopp eftersom man då ofta slipper att göra diffusa bedömningar om adekvat kausalitet m.m. Rättsordningen bör alltså ställa sig positiv till klausuler där skadeståndet på ett eller annat sätt normerats till visst belopp. Det ska alltså mycket till för att kunna jämka avtalade beloppsbegränsningar.

Utgångspunkten för bedömningen av hur ansvarsbegränsningen ska jämkas är enligt min åsikt avtalet, dvs. två gånger arvodet. Man skulle kunna ta utgångspunkt i full skadeståndersättning och jämkas nedåt. Men mot bakgrund av att jämkningen enligt avtalslagen § 36 tar sin utgångspunkt i de avtalade villkoren, är det mer naturligt att jämkningen sker uppåt från den avtalade nivån på två gånger arvodet. Därför är det kontroversiellt att skiljenämnden uttalar att avvägningssvårigheten i första hand bör gå ut över konsulten och hamna på en hög nivå. Om jag hade varit skiljeman, skulle jag ha föredragit att i domskälen inte ange något intervall och istället skriva att under rådande omständigheter är en ansvarsbegränsning som understiger 20 gånger arvodet oskälig och att skadestånd därför ska utgå med 20 gånger arvodet.

Antagligen var ett praktiskt problem i målet att det inte var klarlagt hur stor ansvarsförsäkring konsulten hade eller hur stor ansvarsförsäkring som motsvarande konsulter i branschen har. Försäkringsfrågan är en viktig faktor för att bedöma skäligheten i ansvarsbegränsningsnivån, vilket skiljenämnden framhöll.¹³ Jag kan tänka mig att det är fullt rimligt och normalt att den aktuella konsulten hade en ansvarsförsäkring för 500 miljoner eller mer. I många branscher anses det oskäligt att begränsa sitt ansvar till lägre belopp än vad som utgår enligt normal ansvarsförsäkring. Med det synsättet skulle det varit rimligt med en beloppsbegränsning till 1 000 gånger arvodet, dvs. väsentligt högre än intervallet 10–25 som skiljenämnden indikerade. Om man låter försäkringsfrågan få avgörande betydelse vid oskälighetsbedömningen skulle en klausul som begränsar ansvaret till två gånger arvodet alltså vara oskälig även om konsulten endast gjort sig skyldig till enkel vårdslöshet eller brutit mot en mindre viktig biförplik-

¹³ Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, SvJT 1998 s. 185; C. Ramberg, Kontraktstyper 2005, kap. 7.3.5.

telse. Frågan om ansvarsförsäkringens betydelse vid oskälighetsbedömningen av ansvarsbegränsningsklausuler är inte klarlagd i lag eller rättspraxis.

I FAR:s allmänna villkor för rådgivningstjänster version 2011.1 stadgas i klausul 13.5 att uppdragstagarens maximala ansvar ska vara det högsta av två gånger arvudet respektive tio prisbasbelopp (dvs. ca 500 000 kr). Mot bakgrund av att många finansiella konsulter har ansvarsförsäkringar som vida överstiger detta belopp, finns det anledning att ifrågasätta om inte dessa allmänna villkor regelmässigt föranleder jämkning enligt avtalslagen § 36.

Skiljetvisten handlade om en ansvarsbegränsningsklausul där konsulten åtagit sig visst begränsat skadeståndsansvar. Det är inte samma sak som att friskriva sig från *allt* ansvar. Jag anser att samma sorts överväganden som skiljenämnden gjort kan tillämpas på totala friskrivningsklausuler. Även vid totala friskrivningar är det alltså bättre att göra en helhetsbedömning enligt avtalslagen § 36 än en gammaldags, statisk och binär bedömning på grundval av grov-vårdslöshetsargumentationen.

7. Prisavdragspåföljden i förhållande till skadeståndspåföljden

Uppdragsgivaren ville utöver skadestånd ha prisavdrag motsvarande hela konsultens arvode (400 000 kr).

7.1 Skiljenämnden

Uppdragsgivaren har gjort gällande rätt till skadestånd för det positiva kontraktintresset. Anspråket bygger på att vid ett riktigt utfört konsultuppdrag skulle förvärvet av målbolaget inte ha skett. Men i det läget skulle uppdragsgivaren ändå haft att betala för konsultens uppdrag. Härav följer att uppdragsgivaren inte kan ha rätt att utöver ersättning för det positiva intresset också ersättas för ett missförhållande mellan pris och värde på den utförda tjänsten (dvs. det negativa intresset) eftersom det skulle innebära en överkompensation. Därför fick uppdragsgivarens inget prisavdrag.

7.2 Min kommentar

Jag delar inte skiljenämndens resonemang rörande prisavdraget. Prisavdrag är en egen, fristående påföljd. Eftersom konsulten inte agerat fackmässigt, är han inte värd fullt arvode och uppdragsgivaren har därför rätt till prisavdrag. Rätten till prisavdrag är en allmän avtalsrättslig princip och den är tillämplig på kon-

sultavtal. Principen kommer till uttryck på många sätt i lagar, rättsfall och doktrin.¹⁴

I Avtalslagen 2010 § 11.4.2 framkommer att en part som får prisavdrag inte samtidigt kan få skadestånd för täckningstransaktion eller värdeskillnad men att prisavdrag kan kombineras med andra former av skadeståndsansättning.¹⁵

Skiljenämnden baserar sitt resonemang på att uppdragsgivaren skulle bli överkompenserad om han utöver fullt skadestånd dessutom fick prisavdrag. Jag menar emellertid att det är konsulten som blir överkompenserad om han får fullt betalt för en dåligt utförd tjänst som inte är värd hela arvodet.

Om man begär ersättning för det positiva kontraktsintresset, ska man försättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts avtalsenligt. Om man begär ersättning för det negativa kontraktsintresset, ska man försättas i samma situation som om avtal inte hade kommit till stånd. Det betyder att det positiva kontraktsintresset i princip ger ersättning för utebliven vinst. I så fall får man inte *dessutom* rätt till ersättning för det negativa kontraktsintresset, t.ex. förhandlingskostnader.

Prisavdragspåföljden är emellertid inte en form av ersättning för negativt kontraktsintresse. Prisavdragspåföljden syftar till att en säljare/uppdragstagare inte ska bli överkompenserad när han levererar en defekt vara eller tjänst.¹⁶ Vilken tjänst har uppdragsgivaren fått och vad är den värd? En konsult som inte agerar fackmässigt har inte rätt att få full ersättning, oavsett i vad mån den levererade tjänsten har medfört skada.

Konsulten ska inte komma i ett bättre läge i fråga om prisavdraget om han, utöver att ha gjort ett dåligt jobb, dessutom orsakat uppdragsgivaren skada. Och omvänt; uppdragsgivaren ska inte komma i ett sämre läge rörande prisavdrag bara för att han, utöver att tjänsten varit så dålig att han har rätt till prisavdrag, dessutom drabbats av skada.

I det aktuella fallet är det särskilt stötande att uppdragsgivaren inte får prisavdrag eftersom han inte blivit fullt ut kompenserad för all sin skada. Argumen-

¹⁴ Köplagen § 37, jordabalken 4:19 c, konsumenttjänstlagen § 22, CISG Art. 50; NJA 1984 s. 3, NJA 1996 s. 584, NJA 2000 s. 629, NJA 2003 s. 99; M. B. Andersen & Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, 2010, s. 237 och s. 312 f.; Elfström, Rådgivares professionsansvar, 2003 s. 140 och 145; Hagström, Obligationsret, 2003, s. 397; Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt, 2 häftet, 2010, s. 247; Herre, i Minnesskrift till Rodhe, 1999 s. 147; Herre, Svensk rättspraxis: Förmögenhetsrätt 1978–2004, SvJT 2005 s. 721 ff.; Herre, Ersättningar i köprätten, 1996 kap. 3; C. Ramberg, Kontraktstyper, 2005, kap. 7.3.3; J. Ramberg, Köplagen, 1995, s. 421 f.; J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2010, kap. 15.7; PECL 9:401 och DCFR III–3:601. I Unidroit Principles finns ingen specialbestämmelse om prisavdrag.

¹⁵ Se www.avtalslagen2010.se. Det är oklart hur Korling ställer sig till prisavdragspåföljden (Korling, Rådgivningsansvar, 2010, s. 498 och s. 586).

¹⁶ M. B. Andersen & Lookofsky, Lærebog i obligationsret I, 2010, s. 237: ”Skulle et sådant afslag ikke tilstås, ville realdebitor (ugrundet) blive beriget på kreditors bekostning, eftersom vederlaget jo forudsatte, at ydelsen var mangelfri.”

tet att uppdragsgivaren skulle bli överkompenserad genom prisavdraget håller inte eftersom han inte fick täckning för ens halva den faktiska skadan.

Förklaringen till att skiljenämnden har ”hamnat fel” i frågan om prisavdrag, kan vara att den inte sett prisavdraget som en självständig påföljd utan, på angloamerikanskt manér, bakat ihop det med skadeståndspåföljden. Det synsättet står inte i harmoni med skandinavisk och kontinentaleuropeisk rätt.

En annan förklaring till att skiljenämnden ”hamnat fel” kan vara att det i avtal ofta föreskrivs att den *enda påföljden* ska vara ett visst normerat skadestånd. I så fall har parterna avtalat bort rätten till prisavdrag. I tvisten hade emellertid parterna inte exkluderat prisavdragspåföljden.

Man kan diskutera hur stort prisavdraget ska vara; kanske inte 100 procent om konsultrapporten innehöll information av visst värde; men kanske ändå 100 procent prisavdrag eftersom en konsult normalt sett inte kan debitera en enda krona för en finansiell due diligence om uppdragsgivaren redan vid avtalsförhandlingen får veta att arbetet kommer att utföras slarvigt. En komplikation uppkommer när konsulten tar betalt per timme (löpande räkning) och alltså inte debiterat uppdragsgivaren för den tid som det skulle ha tagit att undersöka förekomsten av borgensåtagandet. Vid bestämmande av prisavdraget bör man enligt min uppfattning inte ha ett sådant isolerat synsätt utan istället fråga sig vad en slarvig respektive fackmässig konsult är värd för allmänt timarvode.

Christina Ramberg

Välkommen att kommentera detta bidrag på JT-forum på Juridisk Tidskrifts hemsida, www.jt.se.