

Reklamation mot advokater och revisorer¹

Av professor CHRISTINA RAMBERG

Det råder osäkerhet om vad som gäller om reklamation mot advokater och revisorer som lämnat vårdslös rådgivning. I denna artikel analyseras när reklimationsfristen börjar löpa, hur lång den är och vad rättsföljden är av att reklamation sker för sent. Slutsatsen är att klienter inte har en sträng reklamationsskyldighet i förhållande till advokater och revisorer. Stöd för denna slutsats finns i Högsta domstolens praxis och ändamålsöverväganden.

1. Inledning

Det förekommer att rådgivare begår avtalsbrott genom att lämna vårdslösa råd. Den svåra frågan om vilka krav som kan ställas på rådgivare har behandlats tämligen ingående i juridisk litteratur.² I praktiken framförs ofta invändning om att den som mottagit det vårdslösa rådet reklamerat för sent och därför skulle ha förlorat rätten att göra sitt anspråk gällande. Denna artikel behandlar reklamation mot advokater och revisorer.

Advokaters och revisorers rådgivning omfattas inte av någon lag. Det finns alltså inget lagstadgat krav om att en klient skall reklamera. Den yttersta fristen för att framställa anspråk framkommer i preskriptionslagen och är tio år. I denna artikel analyseras i vad mån det finns en allmän icke lagfäst princip om reklimationsplikt och hur en sådan reklimationsplikt gestaltar sig med avseende på vårdslös rådgivning av advokater och revisorer.

¹ Christina Ramberg är professor i handelsrätt vid Handelshögskolan, Göteborgs universitet. Disclosure: Alltsedan jag skrev en bok om reklamation 1996 har jag haft många uppdrag som sakkunnig i reklimationsfrågor. Jag har också agerat som bollplank och spökskrivare åt ombud i tvister som rört reklamation. Dessa uppdrag har handlat om att hjälpa både part som anser att reklamation skett på rätt sätt och part som ansett att reklamation försummats. Jag sitter i styrelsen för FARSRS Förlag AB som är nära knutet till revisorers intressen. Jag är verksam vid advokatfirman Vinge, vilket kan påverka min inställning till advokaters ansvar. Trots riskerna för att jag inte är i stånd att analysera problematiken objektivt, har jag som ambition att i denna artikel belysa intressekonflikterna och rättskällorna utan otillbörlig hänsyn.

² Jan Elfström, Rådgivares professionsansvar, 2003; Jan Hellner, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 1 häftet, 2005, kap 7; Lars Heuman, Advokatens rättsutredningar, 1987; Sara Kersby, Due Diligence, särskilt om advokaters ansvar vid dess genomförande, JT 1997–98 s. 143; Jan Kleineman, Rådgivares informationsansvar — en probleminventering, SvJT 1998 s. 185; Krister Moberg, Bolagsrevisorn — oberoende — ansvar — sekretess, 2003; Christina Ramberg, Kontraktstyper, 2005, kap 7.

2. Finns det en allmän princip om reklamationsplikt?

Det föreligger med stor sannolikhet en allmän skyldighet att lämna meddelande till en avtalsbrytande part om avtalsbrottet även om sådan skyldighet inte följer av uttrycklig lag. Högsta domstolen har givit uttryck för en allmän icke lagfäst princip om reklamation i NJA 1992 s. 728, 2007 s. 909 och 2008 s. 243.³

I doktrin förefaller man ense om att det föreligger en allmän icke lagfäst princip om reklamationsplikt.⁴

Trots att det alltså förefaller klart att det föreligger en allmän reklamationsplikt utan stöd i lag, råder osäkerhet om vad som ligger i den allmänna reklamationsplikten. När börjar reklamationsfristen löpa? Hur lång är den? Vad är rättsföljden av för sen reklamation? Spelar det någon roll om en snabb reklamation kunnat lindra skadeverkningarna av avtalsbrottet? Dessa frågor kommer att behandlas nedan.

Jan Hellner har pekat på att de svenska lagreglerna om reklamation inte bara är invecklade utan även inkonsekventa, vilket gör att det är svårt att göra analogier för att bedöma reklamationsplikten närmare innehåll.⁵ Det finns bestämmelser om reklamation med varierande innehåll i lagar om särskilda avtalstyper, t.ex. köplagen §§ 23, 29, 31, 32, 33, 39, 52 och 53, konsumentköplagen §§ 15, 16, 23, 24 och 47, jordabalken 4:15, 4:19 a, 8:24 och 9:23-28, CISG Arts. 38, 39 och 44, kommissionslagen §§ 42, 44, 45, handelsagentlagen § 26 och 34, sjölagen 13:38, konsumenttjänstlagen §§ 17, 26 och 61, lagen om anställningsskydd §§ 40–42 samt lagen om finansiell rådgivning § 7.

I doktrin har man ansett att särskild försiktighet är påkallad när det gäller att göra analogier till den stränga reklamationsplikten i köplagen § 32.⁶ I Principles, Definitions and Model Rules of European Pri-

³ I NJA 2002 s. 142 omtalar Högsta domstolen allmänt reklamationsplikt för köpare och beställare med avseende på fel och brist.

⁴ Bertil Bengtsson, Särskilda avtalstyper I, 1976, s. 122; Jan Hellner, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, Allmänna ämnen, 2006, s. 33 och 150; Johnny Herre, Skadeståndsanspråk inom viss tid?, JT 2007–08 s. 899; Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 15 och 204; Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007, s. 155 ff.; Jan Ramberg & Christina Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2007, s. 223; Knut Rodhe, Obligationsrätt, 1956, s. 207 och 281; Jacob Sundberg, Fel i lejt gods, 1966, på många olika ställen); Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Sellier, III-3:107. I UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts och i Principles of European Contract Law saknas allmänna bestämmelser om reklamation (utöver vissa stadganden om att rätt till hävning och fullgörelse kan gå förlorad om anspråk inte framförs inom viss tid).

⁵ Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, Allmänna ämnen, 2006, s. 150. Se även Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007, s. 155 ff. och 159 ff.

⁶ Jan Hellner, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, Allmänna ämnen, 2006, s. 33 och 150; Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 15 och 204; Knut Rodhe, Obligationsrätt, 1956, s. 207 och 281; Jacob Sundberg, Fel i lejt gods, 1966, på många olika ställen. I UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts och i Principles of European Contract Law saknas allmänna bestämmelser om reklamation (utöver vissa stadganden om att rätt till hävning och fullgörelse kan gå förlorad om anspråk inte framförs inom viss tid).

vate Law, Draft Common Frame of Reference III.-3:107 finns en reklamerationsbestämmelse som inte alls liknar den i köplagen.

Även Högsta domstolen anser att försiktighet är påkallad med avseende på analogier. I NJA 2007 s. 909 — där Högsta domstolen inte tillämpade handelsagentlagens reklamerationsregel analogt på ett hävt återförsäljaravtal — uttalas om reklamation: ”Beträffande avtalsförhållanden utanför lagreglerade områden kan det i vissa fall finnas anledning att analogt tillämpa lagfästa bestämmelser rörande likartade förhållanden.”⁷

Sammanfattningsvis kan konstateras att det råder stor osäkerhet om rättsläget; vare sig lag, rättsfall, doktrin eller laganalogier ger vägledning om reklamerationsplikten närmare innehåll när det saknas tillämplig lag.

3. Ändamålen bakom reklamerationsplikten

3.1 *Pacta sunt servanda*

En naturlig utgångspunkt är att den som drabbas av ett avtalsbrott skall ha rätt till påföljder. En advokat eller revisor som lämnat vårdslös rådgivning skall alltså som utgångspunkt kompensera klienten.

Stefan Lindskog anser beträffande preskription att ”en självklar utgångspunkt är att borgenären har ett berättigat önskemål av att vara bevarad vid sin materiella rätt”, att ”preskription inte bör inträffa på ett sätt (eller inom en tid) som ter sig överraskande för den genomsnittlige borgenären” samt att ”(e)n borgenär skall inte betas sin materiella rätt annat än när tungt vägande skäl härför föreligger”.⁸ Dessa uttalanden har bäring också på reklamationsskyldighet. Det är en självklar utgångspunkt att klienten skall vara bevarad sin rätt till skadestånd av den advokat/revisor som lämnat ett vårdslöst råd.

I NJA 2008 s. 1158 uttalar Högsta domstolen att naturagäldenären måste räkna med att han kan utsättas för krav på grund av avtalsbrott under hela den tioåriga preskriptionstiden i de fall där det saknas lagstadgad undersökningsplikt efter prestationen utförts.

När man bedömer reklamationsskyldigheten skall man väga två intressen mot varandra; uppdragstagarens respektive den avtalsbrytande partens. Högsta domstolen framhåller i NJA 2007 s. 35 att det skall ske en avvägning mellan den avtalsbrytande partens och den drabbade partens intressen. Advokaten/revisorn har begått ett avtalsbrott. Uppdragsgivaren har en reklamerationsplikt. Men vilket är allvarligast — avtalsbrott eller försummad reklamation? Det är knappast rimligt att en avtalsbrytande part med lätthet skall komma undan med ett formalitetsargument om för sen reklamation. Såsom Stefan Lindskog anmärker med avseende på preskription, fordras tungt vägande skäl för att den avtalsbrytande parten skall gå fri från ansvar.

⁷ Johnny Herre anser att Högsta domstolens uttalande är högst oklart och att Högsta domstolen borde ha tillämpat handelsagentlagen analogt, Skadeståndsanspråk inom viss tid?, JT 2007–08 s. 899, på s. 907.

⁸ Preskription, 2002, s. 51 f och 59.

3.2 *Lojalitet*

Tanken med lojalitetsplikten är att båda parter skall hjälpa varandra att få ut så mycket som möjligt eller förlora så lite som möjligt på avtalet. Grundidén är att man i första hand skall tänka på sig själv men om det inte kostar för mycket så måste man vara aktiv till förmån för motparten.⁹ Lojalitetsplikten innebär att klienten inte aktivt får "hämnas" på advokaten/revisorn genom att försvåra för honom. Lojalitetsplikten innebär också ett visst krav på aktivitet. Klienten kan alltså inte vara helt passiv. Men lojalitetsplikten innebär inte att klienten måste ådra sig kostnader eller försätta sig själv i ett sämre läge rättsligt sett.¹⁰ Reklamationsplikten kan ses som en del i den allmänna lojalitetsplikten och skyldigheten att begränsa motpartens förlust.¹¹

En klient ska visa lojalitet mot advokaten/revisorn och försöka hjälpa till att minska skadeverkningarna av den vårdslösa rådgivningen. Genom att klienten påtalar att det förekommit vårdslös rådgivning eller att rådet inte lett till önskvärt resultat kan advokaten/revisorn vidta "damage control" dels genom att föreslå åtgärder som minskar klientens skada, dels genom att aktivera sin egen ansvarsförsäkring.

3.3 *Principen om status quo och behovet av klarhet*

Principen om status quo fungerar som ett värn för den som inrättat sig efter ett visst förhållande under en längre tid.¹² Mot bakgrund av att det råder en lång preskriptionsfrist om tio år för rådgivningstjänster från advokater och revisorer, finns det risk att advokaten eller revisorn inrättar sig efter att klienten inte kommer att framföra något anspråk om han förhåller sig passiv under en längre tid. Reklamationsplikten kan ses som ett medel att framtvinga besked från klienten om han avser att framföra skadeståndsanspråk mot advokaten/revisorn.

När advokaten/revisorn har behov av klarhet, kan det förfalla naturligt att han frågar klienten (interpellerar) om klientens avsikter.¹³ Detta framkommer i NJA 2007 s. 909 och påpekas av Stefan Lindskog i hans särskilda yttrande till NJA 2008 s. 243. Stefan Lindskog pekar emellertid i ett annat sammanhang på att det för en part kan vara orimligt att tvingas "väcka den björn som sover".¹⁴ Om advoka-

⁹ Jan Ramberg & Christina Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2007 s. 36.

¹⁰ I HD:s dom 2009-11-03 T 3-08 framkommer att HD är tveksam att lägga lojalitetsresonemang till grund för sina avgöranden.

¹¹ Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007, s. 160 ff., anser att reklamationsplikten inte är någon egentlig lojalitetsförpliktelse om den tillämpas på ett schabloniserat sätt så som skedde under äldre köplagens tid, s. 161. Se Jan Ramberg & Christina Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2007, s. 38; Lars Erik Taxell, Skadestånd vid avtalsbrott, JFT 1994 s. 306. Johnny Herre ger i Ersättningar i köprätten 1996, en allmän genomgång av skyldigheten att begränsa motpartens förlust.

¹² Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 36.

¹³ Revisorers oro kan grundas på kravet om oberoende i revisorslagen §§ 20 och 21.

¹⁴ Preskription, första upplagan, 1990, s. 55 (Lindskog använder inte referensen till "björn som sover" i den senare upplagan från 2002 (§ 3) och tar inte på annat sätt upp argumentet).

ten/revisorn ställer en fråga till klienten så kan klienten genom frågan bli medveten om att han har en rätt till ersättning. Det skulle kunna vara att gå för långt att kräva att advokaten/revisorn genom interpellation försämrar sin rättsliga ställning.

Man kan mot detta invända att advokaten/revisorn bör göra en avvägning: Antingen interPELLerar han och får klarhet, eller också väljer han att vara tyst och chansar på att klienten inte inser att det kan finnas rätt till skadestånd. Om chansningen slår fel och klienten inser att han har rätt till skadestånd, så har advokaten/revisorn inte egentligen försämrat sin rättsliga ställning.

Advokatens/revisorns behov av klarhet och att kunna inrätta sig efter status quo är alltså inte så tungt vägande mot bakgrund av att han genom interpellation kan bringa klarhet om klientens avsikter.

När interpellation sker och klienten inte svarar på advokatens/revisorns fråga, kan man antagligen normalt utgå ifrån att klienten genom sin passivitet förlorat rätten att göra gällande rätt till skadestånd (se Lindskogs yttrande i NJA 2008 s. 243). Om klienten svarar att han inte har för avsikt att kräva skadestånd, kan han sannolikt inte därefter ångra sig och senare framföra krav på skadestånd. Advokaten/revisorn kan i det läget med fog inrätta sig efter att klienten godkänt prestationen och avstått från att göra avtalsbrottet gällande (under förutsättning att det inte framkommer nya avgörande omständigheter eller att advokaten/revisorn undanhållit väsentlig information så att klienten inte kunnat fatta ett informerat beslut).

3.4 Risken för otillbörlig spekulation

Skyldigheten att reklamera motiveras i köplagen bl.a. med att den part som drabbats av ett kontraktsbrott inte skall kunna spekulera på motpartens bekostnad utan egen risk. Risk för otillbörlig spekulation gör sig emellertid endast gällande med avseende på påföljderna fullgörelse och hävning när det är fråga om avtalsobjekt som är utsatta för prisvolatilitet.¹⁵

När det är fråga om vårdslös rådgivning aktualiseras i praktiken inte hävning eller krav på fullgörelse. Det kan bli aktuellt om parterna avtalat om rådgivning under en viss period till ett visst pris och hävning sker med avseende på framtida rådgivning, men det torde vara ovanligt. Dessutom är rådgivning inte utsatt för sådan prisvolatilitet att det i realiteten kan bli fråga om spekulation.

3.5 Avvecklingsbehovet

Reklamationsplikten kan ses som ett led i att ett avtalsförhållande skall avvecklas inom rimlig tid så att banden mellan parterna klipps av. Behovet av avveckling tillgodoses emellertid av reglerna om pre-

¹⁵ Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 33 ff.

skription.¹⁶ Behovet av avveckling kan också tillgodoses genom interpellation från advokaten/revisorn (se ovan).

Anspråk som framställs lång tid efter rådgivningen kan få besvärande konsekvenser. I praktiken blir svårigheterna större numera, då det är vanligt att medarbetare i advokat- och revisionsbyråer byter arbetsgivare och den individ som varit vårdslös och ådragit byrån skadeståndsansvar kanske inte längre arbetar kvar. Ibland kan det finnas möjligheter för byrån att rikta regressanspråk mot den vårdslösa individen. I andra fall kanske byrån tvingas konstatera att vårdslösheten inte i första hand är en konsekvens av individens tillkortakommanden utan av byråns otillräckliga kvalitetssäkringssystem.

Frågan är hur tungt vägande detta argument om personalomsättning är. I moderna tider omsätts personal mer än förr. Samtidigt har varumärkets betydelse stärkts. Klienter vänder sig numera i allt högre grad till advokatbyrån/revisionsbyrån och inte till den individuella medarbetaren. Dessutom ligger personalomsättning närmare advokatens/revisorns kontrollfär än klientens.

3.6 Bevissäkringsbehovet

Regler om snabb reklamation gör att tvister snabbt kommer upp till ytan när det fortfarande finns färsk bevisning om vad som har hänt. I samband med rådgivning från advokat/revisor är inte bevissäkringsbehovet särskilt stort. Advokater och revisorer har omfattande krav på sig att dokumentera och arkivera hur rådgivningen gick till. Muntlig bevisning spelar sällan en avgörande roll. Framför allt är det i första hand klienten som drabbas av att bevisning inte kan säkras, eftersom klienten har bevisbördan för att det förelegat vårdslöshet och för skadans omfattning.¹⁷

3.7 Skadebegränsningsintresset

När det typiskt sett föreligger risk för att skador på grund av avtalsbrott ökar om den avtalsbrytande parten inte får kännedom om avtalsbrottet, är reklamationsplikten strängare än i de fall då skadeverkningarna av avtalsbrottet är oberoende av när reklamation framförs.¹⁸ Högsta domstolen påpekar i NJA 2008 s. 1158 betydelsen av om en lång reklamationsfrist påtagligt försvårar den avtalsbrytande partens situation.

Skadeverkningarna av vårdslös rådgivning uppkommer vanligtvis i nära anslutning till att rådet ges och klienten agerar på grundval av rådet. Man kan ta som exempel att advokaten missat en fatalitetid och

¹⁶ Stefan Lindskog Preskription, 2002, kap 4.2; Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 45 ff. Se emellertid Johan Linds särskilda yttrande i NJA 1989 s. 244 som framhåller betydelsen av att mellanhavandena slutligt regleras. Yttrandet tar dock sikte på *condictio indebiti* och inte på ett fall av reklamation på grund av avtalsbrott.

¹⁷ Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007, s. 161.

¹⁸ Prop. 1989/90:77 s. 45; Prop. 2002/03:133 s. 34 f.; Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 27 ff. och 71. NJA 2007 s. 35.

klienten därför går miste om en viss rättighet. Ett annat exempel är en revisor som vårdslöst felaktigt värderat ett företag och klienten därför fattat beslut om att erbjuda en omotiverat hög köpeskilling. I sådana fall spelar det ingen roll när klienten reklamerar. Klienten har agerat på grundval av rådet och skadan är redan skedd. Skadan kan inte begränsas genom att reklamation sker snabbt.

Häri visar sig en skillnad i förhållande till köp. Ofta kan en säljare som levererat en felaktig vara begränsa sin skada genom att snabbt avhjälpa felet och/eller kräva kompensation av en säljare i tidigare led eller av en transportör. Ju tidigare köparen reklamerar, desto bättre möjligheter har säljaren att begränsa sin skada. Motsvarande möjlighet till avhjälpande eller regressanspråk föreligger vanligtvis inte i samband med att advokater och revisorer lämnar råd.

3.8 Betydelsen av ansvarsförsäkring och handläggningsrutiner

Det finns krav på advokater att ha ansvarsförsäkring. Kravet är uppställt av Advokatsamfundet. Från och med 1 januari 2009 gäller att advokatbyrån inte endast skall ha en viss minimiförsäkring utan att ansvarsförsäkringen skall vara anpassad till riskerna i verksamheten. För revisorer gäller enligt revisorslagen § 27 att revisionsbolag ska teckna ansvarsförsäkring.¹⁹

Det är inte särskilt synd om en advokat/revisor som krävs på skadestånd eftersom han blir kompenserad genom sin ansvarsförsäkring. Det enda han drabbas av är självrisk och — i sällsynta fall — av skadestånd utöver det belopp som omfattas av ansvarsförsäkringen i de fall advokaten/revisorn inte tecknat en tillräckligt hög ansvarsförsäkring.

När det föreligger lagkrav på obligatorisk försäkring, motiveras detta ofta med det reparativa behovet; den som drabbas av en skada, skall tillförsäkras ersättning. Klienten har betalat ett arvode som advokaten/revisorn delvis ska använda för att betala ansvarsförsäkringspremien. Det finns ingen anledning att genom krav på sträng reklamationsplikt motverka att klienten blir ersatt genom ansvarsförsäkringen.

4. Speciella särdrag vid vårdslös rådgivning

4.1 Avtalstypen

Reklamationsskyldighetens innehåll är beroende av avtalstypen.²⁰ När parterna typiskt sett har motstående intressen, är reklamationsplikten mer omfattande än när det är fråga om samarbetsavtal eller avtal som präglas av förtroende.

Relationen till advokater och revisorer präglas av klientens stora förtroende. Ofta lämnar klienten konfidentiell information och litar till advokaten/revisorns tystnadsplikt. Klienten har vänt sig till advo-

¹⁹ Se även Revisorsnämndens föreskrift (RNFS 2001:2).

²⁰ NJA 2007 s. 909: "analogt tillämpa lagfästa bestämmelser rörande *likartade* avtalsförhållanden". Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 59.

katen/revisorn i förlitan på dennes sakkunskap. Klienten står ofta i en sorts beroendeställning till advokaten/revisorn eftersom klienten är i kunskapsunderläge. Detta gäller oberoende av om klienten är näringsidkare eller privatperson. Det är vanligt att uppdraget till advokaten/revisorn inte är av ad hoc-karaktär utan att parterna har ett långvarigt avtalsförhållande där advokaten/revisorn regelbundet bistår med rådgivning. Då uppkommer lojalitetsband och förstärkt förtroende. Avtalstyper med förstärkt lojalitetsplikt kännetecknas i engelsk rätt av krav på utmost good faith (lat. uberrimae fidei) eller fiduciary duties.

Relationens karaktär leder till svårigheter för klienten att veta om rådgivningen varit vårdslös. Det är ofta svårt att bedöma vilka krav som kan ställas på en advokat/revisor och det är särskilt svårt för en klient som inte har sakkunskap och som litar på sin advokat/revisor och därför känner motstånd mot att anlita någon annan advokat/revisor som kan informera honom om han har rätt till skadestånd. Ofta fungerar det på så sätt att klienten in i det längsta vill tro att advokaten/revisorn varit professionell. Klienten litar med andra ord på sin rådgivare och är obenägen att ifrågasätta om rådet varit riktigt.²¹ Därför kan det ta lång tid innan klienten kommer till insikt om att advokaten/revisorn är skadeståndsskyldig.

Rutinen för en advokat/revisor som befarar att han lämnat ett vårdslöst råd är att han snabbt bör lämna meddelande till sitt ansvarsförsäkringsbolag. Moderna ansvarsförsäkringsvillkor uppställer dock som krav att advokaten/revisorn behöver göra en skadeanmälan först när hans klient har framställt ett anspråk.

Av kommersiella skäl har många advokat- och revisionsbyråer som policy att informera klienter om möjligheten att få ersättning på grund av vårdslös rådgivning redan innan klienten framställt något krav. Det ingår i så fall som en långsiktig strategi i att bygga förtroende och behålla klienten. Professionella klienter inser att det ibland kan gå fel och byter inte advokat/revisor på grund av enstaka misstag om advokaten/revisorn aktivt tillgodoser klientens intressen och ersätter honom för den skada som misstaget kan ha föranlett.

Frågan är om motsvarande beteende kan krävas rättsligt sett. Det kan förefalla kontroversiellt att kräva av en avtalsbrytande part att han aktivt skall underrätta motparten om att avtalsbrott begåtts och om sin egen skadeståndsskyldighet. I vart fall för advokater kan man emellertid möjligen kräva sådan aktivitet med stöd av den underliggande etiska förpliktelsen att alltid i första hand tillgodose sin klients intresse. En sådan aktivitet kan ske i advokatens/revisorns eget intresse. Genom aktiviteten kan advokaten/revisorn begränsa skadeverkning-

²¹ Advokater och revisorers rådgivning skiljer sig på många sätt från finansiell rådgivning. Visserligen har rådgivaren i båda situationerna ett betydande kunskapsövertag. Men det är typiskt sett enklare att kunna konstatera om finansiell rådgivning varit vårdslös än om rådgivning av advokater/revisorer varit det.

arna av den vårdslösa rådgivningen och därför i förlängningen minska den egna skadeståndsskyldigheten. Det är därför missvisande att tala om en aktivitetsplikt. Frågan är inte vad som kan krävas av advokaten/revisorn. Istället är frågan om den advokat/revisor som väljer att inte väcka den björn som sover (dvs. att inte informera sin klient om hans rätt till skadestånd) kan freda sig med en invändning om att klienten reklamerat för sent.

Vid köp (mellan näringsidkare, konsumentköp, fastighetsköp eller internationella köp) är det för köparen tydligt att det finns risk att säljaren levererar felaktiga varor. Köparen är ofta misstänksam beträffande köpobjektets kvalitet. Detsamma gäller vid entreprenadavtal där beställaren ofta har anledning att misstänka att byggnaden inte utförts i avtalat skick. Konstruktionerna med undersökningsplikt efter avlämnandet och slutbesiktningar tar höjd för att risken är tämligen stor att köpobjektet är behäftat med fel. De förhållandervis stränga reklamationsreglerna vid köp och entreprenad är en konsekvens av den förhållandervis stora risken för fel.

Ytterligare en skillnad mellan advokat- och revisorsrådgivning respektive köp är att när ett problem uppkommer så förstår köparen nästan automatiskt att det kan bli aktuellt med anspråk mot säljaren. Vid rådgivning, däremot, kan det ta lång tid mellan det att ett problem uppstått till dess att klienten kommer till insikt om att rådet varit vårdslöst och att rådgivaren är skadeståndsskyldig.

4.2 Påföljden

Reklamationsskyldigheten påverkas av vilken påföljd den part som drabbas av ett avtalsbrott gör gällande. Reklamationsskyldigheten är strängare vid ingripande påföljder med risk för osund spekulation (som hävning och krav på fullgörelse) än när det är fråga om krav på skadestånd. Detta utvisar sig både med avseende på starttidpunkten för reklamationsfristen och med avseende på reklamationsfristens längd.²²

Vid rådgivning är det vanligtvis endast skadestånd och prisavdrag som kommer ifråga som påföljder. Det är alltså i praktiken fråga om påföljder som inte är ingripande och om påföljder som inte möjliggör spekulation på motpartens risk. Därför saknas anledning att uppställa sträng reklamationsplikt.²³

4.3 Partsställningen

Den omständigheten att den avtalsbrytande parten har överlägsen ställning i form av kunskap och ekonomisk styrka, leder till att rekla-

²² I NJA 1992 s. 728 godtog HD att den som begär skadestånd avvaktar till dess resultatet av avtalsbrottet går att överblicka. Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 58 och 71.

²³ Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007, s. 162.

mationsplikten är lindrigare än om det varit fråga om jämbördiga parter.²⁴

Oavsett om klienten är privatperson eller näringsidkare har advokaten/revisorn en överlägsen ställning i rådgivningsrelationen. I synnerhet är advokaten i överlägsen ställning eftersom han har goda möjligheter att avgöra om det föreligger vårdslös rådgivning och om den föranleder skadeståndsskyldighet. För att en klient skall kunna göra motsvarande bedömning krävs normalt sett att klienten anlitar en annan advokat.

Även revisorer är i en överlägsen position på grund av sin erfarenhet. Revisorer vet att deras rådgivning kan vara vårdslös och att klienter då har rätt till skadestånd. Visserligen kan revisorer ha svårt att överblicka exakt under vilka förutsättningar det föreligger ansvar och ansvarets omfattning, men revisorn har bättre förutsättningar än klienten att ana när det föreligger risk för omfattande ansvar.²⁵

Oavsett om klienten är näringsidkare eller privatperson står klienten kunskapsmässigt i underlägsen ställning i förhållande till advokaten/revisorn och förtjänar därför rättsordningens skydd på ett sätt som motsvarar det allmänna skydd som konsumenter åtnjuter i relation till näringsidkare.

4.4 *Den avtalsbrytande partens kunskap*

När den part som begått ett avtalsbrott är medveten om sitt avtalsbrott och är införstådd med konsekvenserna för den drabbade parten, är reklamationsskyldigheten lindrigare än när den avtalsbrytande parten saknat kännedom om avtalsbrottet.²⁶

Advokater och revisorer som lämnat vårdslösa råd får ofta kännedom om att klienten drabbats av problem, t.ex. i form av skatt, tvister vid företagsöverlåtelser, preskriberade anspråk, avisade överklaganden och ogiltighet på grund av förbisedda formkrav. I sådana fall är det inte angeläget att advokaten/revisorn får en formell reklamation från klienten, eftersom advokaten/revisorn då själv har anledning att på eget initiativ överväga riskerna för att klienten kommer att kräva ersättning på grund av vårdslös rådgivning.

²⁴ NJA 1989 s. 244; NJA 2007 s. 35; NJA 2008 s. 1158. Prop. 1988/98:76 s. 124; Jan Hellner, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, Allmänna ämnen*, 2006, s. 151; Christina Hultmark, *Reklamation vid kontraktsbrott*, 1996, s. 44, 61, 96 och 203; Jacob Sundberg, *Fel i lejt gods*, 1966, på många olika ställen. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Sellier, III. — 3:107.

²⁵ Vissa stora revisionsbyråer har anställda som enbart handlägger kundklagomål, ansvarsförsäkringsfall och ärenden i Revisorsnämnden.

²⁶ NU 1984:5 s. 275; Prop. 1984/85:110 s. 253; Tore Almén & Rudolf Eklund, *Om köp och byte av lös egendom*, 1960 s. 726; Ulf Cervin, *Om passivitet*, 1960, s. 16; Johnny Herre, *JT 2007–08* s. 899 på s. 904; Christina Hultmark, *Reklamation vid kontraktsbrott*, 1996, kap 6.2; Jan Ramberg, *Köplagen*, 1995, s. 400. NJA 2005 s. 142 samt Kerstin Calissendorfs skiljaktiga mening i NJA 2007 s. 35.

5. Reklamationsfristens starttidpunkt

Till skillnad från vad som gäller om reklamationsplikten vid fel i köplagen § 32, inträder den allmänna icke lagfästa reklamationsplikten först när den som drabbats av ett avtalsbrott fått *kännedom* om det.²⁷ Det föreligger alltså inte skyldighet att undersöka om motpartens prestation är avtalsenlig. Man behöver s.a.s. inte leta efter avtalsbrott.²⁸

Vid rådgivning saknas lagstadgad undersökningsplikt beträffande rådets kvalitet.²⁹ Det finns alltså ingen lagstadgad skyldighet att inhämta en "second opinion" eller på annat sätt säkerställa rådets kvalitet. Inte heller av handelsbruk följer en sådan undersökningsplikt.

Det finns ingen skyldighet att meddela den som gjort sig skyldig till ett avtalsbrott att man befarar eller tror att det föreligger ett avtalsbrott (en s.k. reklamationsvarning).³⁰ Det finns inte heller någon plikt att närmare undersöka om advokaten/revisorn gjort sig skyldig till vårdslös rådgivning så snart som klienten anar att det möjligen kan vara fråga om vårdslös rådgivning.

NJA 2008 s. 243 rörde uppsägning av hyresavtal på grund av att hyresgästen misshandlat en granne i tvättstugan. Hyresvärden ansågs inte ha påtalat hyresgästens avtalsbrott för sent när hyresvärden innan uppsägningen inväntat att hovrättsdomen vunnit laga kraft. Trots att hyresvärden alltså hade anledning att misstänka att hyresgästen begått ett avtalsbrott som gav rätt till uppsägning, ansåg Högsta domstolen att hyresvärden kunde vänta med uppsägningen till dess det var klarlagt i laga kraftvunnen dom att misshandel (avtalsbrott) skett. Hyresvärden behövde alltså inte ge något varningsmeddelande om att han hade för avsikt att säga upp hyresavtalet om hyresgästen dömdes för misshandel.

Reklamationsfristen börjar löpa när det föreligger faktisk kunskap om avtalsbrottet. Vid rådgivning kan kunskap om skadan uppkomma långt tidigare än insikten om att rådgivaren agerat vårdslöst.

Det kan t.ex. vara så att en klient drabbas av ett oförmånligt besked från skattemyndigheterna och måste betala mer skatt än vad han skulle ha behövt om advokaten/revisorn lämnat ett icke vårdslöst råd. Skatteprocessen kan drivas i flera instanser. Klienten har anledning att befara att han kommer att behöva betala hög skatt. Men han behöver inte bara på grund av det komma till insikt om att advokaten/revisorn varit vårdslös. Inte ens när skattedomen vinner laga kraft och klienten ådöms att betala den högre skatten, behöver klienten ha kommit till insikt om att rådgivningen varit vårdslös.

Ett annat exempel är due diligence i samband med företagsöverlåtelser. Advokaten/revisorn kan av vårdslöshet ha underlåtit att upp-

²⁷ NJA 1973 s. 328; NJA 1994 s. 532; NJA 2005 s. 142; NJA 2007 s. 35, NJA 2008 s. 1158. Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 56 ff.

²⁸ NJA 2008 s. 1158.

²⁹ Jfr lagen om finansiell rådgivning § 7.

³⁰ Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 105.

märksamma ett oförmånligt avtal eller en felaktig värdering av goodwill. På grund av att klienten inte fick denna information, betalade han ett för högt pris för företaget. Det kan ta mycket lång tid innan klienten inser att advokaten/revisorn gjort sig skyldig till vårdslös rådgivning, trots att skadan (det för höga priset) uppkommit i anslutning till att rådet gavs.

I NJA 2007 s. 35 uttalar Högsta domstolen att det i "allmänhet bör gälla att tiden för framställande av krav på skadestånd skall börja löpa när det för beställaren framstår som sannolikt att han är ansvarig mot sin uppdragsgivare och det föreligger skälig anledning för honom att anta att konsulten är ansvarig för skadan". Beställaren ansågs ha fått skälig anledning att anta att konsulten var ansvarig först när det i samband med ett s.k. slutmöte kunde konstateras att problemen hade sin orsak i felaktigt konsultarbete. Det var alltså inte tillräckligt att beställaren upptäckt problemen. Beställaren var inte skyldig att reklamera innan han insett att han själv skulle drabbas av ekonomisk förlust (skadestånd till husköparna) och insett att konsulten var orsak till problemen. Även om NJA 2007 s. 35 handlar om avtalstolkning och om entreprenadkonsulting, har det bäring på rådgivning från advokater/revisorer. Rättsfallet utvisar att reklamationsfristen börjar löpa först när klienten inser att han drabbas av en skada och inser att rådgivningen varit vårdslös.³¹

6. Reklamationsfristens längd

Högsta domstolen har inte i något fall ansett att reklamation framförts för sent vid avtalstyper som inte avsett köp eller tillverkning/entreprenad. Det är därför ytterst oklart hur lång reklamationsfristen är.³² Den är beroende av många faktorer och bedömningen måste ske allsidigt och med utgångspunkt i varje individuellt fall. Det är, trots detta, möjligt att uttala något av generellt intresse med avseende på rådgivning av advokater och revisorer.

³¹ Såsom Stefan Lindskog påpekar i sitt särskilda yttrande i NJA 2008 s. 243 och Kerstin Calissendorff uttalar i sin skiljaktiga mening i NJA 2007 s. 35, kan advokaten/revisorn fråga klienten om han har för avsikt att kräva skadestånd för det fall utgången i processen eller förhandlingen med motparten blev negativ.

³² NJA 1971 s. 51 rörde köp av begagnad bil (1905 års köplag). Reklamation hade skett för sent när den skett tre månader efter att felet upptäcktes. NJA 1977 s. 138 rörde felaktig takkonstruktion som reklamerades ca två — tre månader efter upptäckt, vilket ansågs vara tillräckligt. I NJA 1992 s. 728 som gällde leasingavtal ansågs reklamation beträffande skadestånd ha skett i rätt tid när det skedde ca nio månader efter hävningsgrunden uppkommit. I NJA 1988 s. 335 ansågs reklamation vid köp mellan näringsidkare om fel som framförts en vecka efter att felet konstaterats ha skett i rätt tid. I NJA 1993 s. 436 som rörde köp mellan näringsidkare ansågs köparen ha reklamerat för sent när krav framställdes fem månader efter tillträdet. I NJA 2008 s. 1158 ansågs reklamation som framfördes av konsument 4,5 månader efter att reklamationsfristen börjat löpa som rättidig. Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, kap 3.3. Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007, s. 162, anser att reklamationsfrister beträffande tjänster har sträckts ut sedan 1990- och 2000-talens lagreformer.

Typiskt sett bidrar inte en snabb reklamation till att begränsa advokatens/revisorns skada på grund av avtalsbrottet. Det är vidare svårt för klienten att bilda sig en uppfattning om ifall advokaten/revisorn har begått avtalsbrott utan att anlita juridisk expertis. Advokater och revisorer är på grund av sina ansvarsförsäkringar medvetna om att klienter har rätt till ersättning vid vårdslös rådgivning och kan genom interpellation ställa frågor till klienten om han avser att utkräva skadestånd. Ansvarsförsäkringarna innebär också att advokaten/revisorn normalt sett inte drabbas hårt av skadeståndet. Allt detta talar för att reklamationsfristen i förhållande till advokater/revisorer är förhållandevis lång.

I NJA 2008 s. 1158 som rörde fel i fastighet ansågs köparen inte ha reklamerat för sent när reklamation skedde 4,5 månader efter det att reklamationsfristen börjat löpa. Mot bakgrund av den domen som inte rörde ett avtal där köparens lojalitetsförpliktelse är särskilt stark (det var inte ett avtal uberrimae fidei) samt att klienter intar en underlägsen ställning i förhållande till advokater/revisorer, är det min bedömning att reklamationsfristen mot advokater och revisorer kan vara sex månader eller längre.

7. Rättsföljden av för sen reklamation

I köplagen är rättsföljden av för sen reklamation att köparen inte får göra felet gällande (preklusion). Jan Hellner har påpekat att det är en osedvanligt sträng konsekvens.³³

Lindskog har i NJA 2008 s. 243 givit uttryck för att rättsföljden av för sen reklamation kan vara en annan än total förlust av rätten att göra avtalsbrottet gällande: "Det kan nog inte uteslutas att skadestånds-ansvar i vissa fall kan vara en alternativ påföljd till preklusion... Det är emellertid en mycket svårbedömd fråga som jag inte kan gå närmare in på i detta sammanhang."

Rättsföljden av försummad lojalitet är i normalfallet att man inte kan påräkna fullt skadestånd. Den klient som inte medverkat till att begränsa skadeverkningarna av advokaten/revisorns vårdslösa råd genom att reklamera, kan alltså drabbas av att skadeståndet minskas. Men nedsatt skadestånd förutsätter naturligtvis att advokaten/revisorn skulle ha kommit i ett bättre läge om klienten hade reklamerat vid en tidigare tidpunkt.

Vid rådgivning skulle alltså konsekvensen av för sen reklamation vara att klientens skadeståndskrav mot advokaten/revisorn minskas med den skada som den sena reklamationen förorsakat. Konsekven-

³³ Jan Hellner, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, Allmänna ämnen, 2006, s. 150; Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 202. Jan Ramberg & Christina Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 223: "Det är emellertid ovisst vilken *konsekvensen* är av att reklamation inte givits med tillräcklig skyndsamhet. Troligtvis medför för sen reklamation inte förlust av rätten att göra gällande *alla* påföljder; endast vissa påföljdstyper bortfaller." Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007, s. 161, anser att den långtgående rättsföljden i köplagen leder till att reklamationsplikten inte passar in som ett utflöde av lojalitetsprincipen.

sen av för sen reklamation är alltså inte förlust av rätten att göra avtalsbrottet gällande.

8. Godkännande genom passivitet

Passivitet inom ramen för preskriptionsfristen medför normalt inte att ett anspråk går förlorat. En part kan emellertid gå miste om sitt anspråk trots att preskriptionstiden ännu inte gått till ända, om den avtalsbrytande parten givits ett befogat intryck av att den drabbade parten avstått från att göra avtalsbrottet gällande.³⁴

Normalt sett är klientens passivitet (underlåtenhet att framföra reklamation) inte tillräcklig för att ge en advokat/revisor befogad anledning att utgå ifrån att klienten avstått från att hålla advokaten/revisorn ansvarig.

9. Sammanfattning

Genomgången av ändamålen med reklamationsplikt utvisar att det inte finns några starka skäl för att ålägga klienter sträng reklamationsplikt mot advokater/revisorer. Utgångspunkten, att advokaten/revisorn ska ansvara för sin vårdslösa rådgivning, väger tungt. Det finns i praktiken små möjligheter att genom klientens reklamation minska skadeverkningarna av det vårdslösa rådet. Om advokaten/revisorn önskar klarhet, kan han interpellera och fråga klienten om han tänker framföra anspråk. Det finns i praktiken ingen möjlighet för klienten att spekulera utan egen risk genom att avvakta med att reklamera. Det är klienten — och inte advokaten/revisorn — som drabbas mest av att saken drar ut på tiden eftersom hans bevisningsmöjligheter blir sämre. Och slutligen; det saknas anledning att genom stränga krav på reklamation motverka att klienter får ersättning ur advokaten/revisorns ansvarsförsäkring.

Rättsläget beträffande reklamationsplikt mot advokater och revisorer som gjort sig skyldiga till vårdslös rådgivning är, på grund av att det saknas lagstöd, osäkert. Min prognos om rättsläget, dvs. vad Högsta domstolen skulle komma fram till, är att:

- Det finns reklamationsansvar, trots att det inte kommer till uttryck i lag. Det betyder att klienten kan drabbas av negativa rättsverkningar om han är alltför passiv.
- Reklamationsfristen börjar löpa när klienten får faktisk kunskap om att det förekommit vårdslös rådgivning och faktisk kunskap om att han drabbats av en skada. Reklamationsfristen börjar inte löpa när klienten befarar eller anar att det eventuellt är fråga om vårdslös rådgivning.
- Klienten är inte skyldig att sända en "reklamationsvarning" och meddela att han eventuellt kommer att ställa advoka-

³⁴ Christina Hultmark, Reklamation vid kontraktsbrott, 1996, s. 35 f; UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Art. 3.12; Principles of European Contract Law Art. 4:114.

ten/revisorn till ansvar. Advokaten/revisorn kan genom interpellation avkräva klienten besked.

- Reklamationsfristen är sex månader eller längre.
- Rättsföljden av att klienten reklamerat för sent är att hans rätt till skadestånd minskas med det belopp som revisorn/advokaten kunnat inbespara om reklamation skett i tid. Klientens anspråk prekluderas alltså inte på grund av för sen reklamation.