



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emelie Olsson

Ansvarsbegränsningar i kommersiella konsultuppdrag

En analys av förhållandet mellan friskrivningsklausuler
och 36 § AvtL

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Boel Flodgren

Termin för examen: HT2014

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod, teori och material	7
1.5 Forskningsläge	8
1.6 Disposition	9
2 FRISKRIVNINGEN SOM EN RISKFÖRDELNINGSFUNKTION	10
2.1 Principen om avtalsfrihet	10
2.2 Friskrivningsklausulens funktion	11
2.2.1 Vad är en friskrivningsklausul?	11
2.2.2 Syftet med en friskrivningsklausul	12
2.2.2.1 Allmänt	12
2.2.2.2 Förhållandet till den tvingande och dispositiva rätten	12
2.2.3 Principen om friskrivning vid uppsåt och grov vårdslöshet	14
3 GENERALKLAUSULEN I 36 § AVTL OCH AVLN	17
3.1 Behovet att inskränka friskrivningsklausuler	17
3.2 36 § AvtL:s tillämpningsområde	17
3.2.1 Oskälighetsbedömningen	19
3.2.2 Friskrivningsklausuler i kommersiella sammanhang	20
3.2.3 Ansvarsbegränsningar	22
3.3 Lag om avtalsvillkor mellan näringsidkare	22
4 KONSULTANSVARET I EN DUE DILIGENCE-UNDERSÖKNING	26
4.1 Bakgrund	26
4.2 Due diligence-undersökningen	26
4.2.1 Begreppet ”due diligence”	26

4.2.2	Allmänt om undersökningen	27
4.3	Konsultuppdraget	28
4.3.1	Tillämplig lagstiftning	28
4.3.2	Konsultansvarets omfattning	30
4.3.2.1	Principen om befogad tillit	30
4.3.2.2	Konsultens skyldigheter gentemot uppdragsgivaren	32
4.3.2.3	Ansvarsbedömningen	34
4.3.3	Begränsningar i konsultens ansvar	35
4.4	Konsultens friskrivningsklausuler i ett due diligence-uppdrag	37
5	EN GENOMGÅNG OCH ANALYS AV KPMG-DOMEN	39
5.1	Bakgrund	39
5.2	Uppdragets omfattning	40
5.3	Skiljenämndens bedömning av ansvarsbegränsningen	41
5.3.1	En rimlig riskfördelning framför en traditionell culpabedömning	41
5.3.1.1	Konsultens befogade intresse att skydda sig med en ansvarsbegränsning	43
5.3.1.1.1	Andra metoder än ansvarsbegränsning för att begränsa risker	43
5.3.1.1.2	Konsultens och uppdragsgivarens möjligheter att skydda sig genom försäkring	44
5.3.1.1.3	Skyddsändamålet med den åsidosatta normen	49
6	SAMMANFATTANDE ANALYS	50
6.1	Inledning	50
6.2	Förhållandet mellan avtalsfriheten och reglerna om jämkning av oskäligen avtalsvillkor	50
6.3	Konsultansvaret och möjligheterna att begränsa detta ansvar	52
6.4	En traditionell culpabedömning eller en riskavvägning utifrån en helhetsbedömning av avtalet?	53
6.5	Avslutning	56
7	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57
8	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	62

Summary

Disclaimers are common in commercial contracts and act as contractual allocation of risks between the contracting parties. The right to use disclaimers originates from the principle of freedom of contract. Parties may, by establishing disclaimers, deviate from optional law otherwise applicable on the contractual relationship. The strict consultant responsibility entails that a consultant is generally inclined to limit their liability through restrictive disclaimers. This thesis regards the extent to which a consultant can uphold a limitation of liability in relation to a consultancy agreement. The research is based on the conventional legal method, which focuses on an assessment of legislation, legislative history, case law and doctrine. The objective is that restrictions on the freedom of contract in commercial contractual relationships should merely be utilized in moderation. In the *Bergman & Beving* case the court holds that a disclaimer in a commercial agreement must maintain a fair balance between the parties' rights and obligations. The definition of "fair balance" can generally not be set, but can however be determined in the assessment of the specific circumstances of the contractual situation. A disclaimer can, in accordance with Section 36 of the Swedish Act of Contracts, be regarded as unfair in one situation but reasonable in another. The strict diligence requirement in connection with the performance of a consultant assignment regards the consultant's legitimate need of protection from risks by utilizing a limitation of liability clause. The limitation of the liability's admissibility vary depending on factors such as the parties' opportunities to obtain liability insurance and whether the consultant clearly has stated the scope and limitation in the consultancy agreement. In *Diamantfallet*, the Supreme Court decided on the issue of whether it is possible to limit a party's responsibility for gross negligence under Swedish law. The Court held that the principle is applicable, but is subject for exceptions. The Arbitration Tribunal in the KPMG case, which dealt with a due diligence-assignment, took a similar approach. The arbitrators did not apply the traditional culpa assessment, which aims at the degree of fault of the perpetrator where gross negligence is crucial for a disclaimer's nullity. Instead the arbitrators applied an allocation of risks based on an overall assessment of the entire agreement and contractual relationship, in accordance with Section 36 of the Swedish Act of Contracts. The approach of the Arbitration Tribunal is consistent with applicable law. The decision should thus provide guidance for the assessment of other types of consultant assignments rather than solely for due diligence-assignments.

Sammanfattning

Friskrivningsklausuler är vanligt förekommande i kommersiella avtal och fungerar som en avtalad riskfördelning mellan parterna. Rätten att använda friskrivningsklausuler följer av principen om avtalsfrihet. Genom att upprätta friskrivningsklausuler kan parterna frångå de dispositiva regler som gäller för avtalsförhållandet. Förekomsten av det stränga konsultansvaret för konsulter medför att en konsult generellt sett är benägen att begränsa sitt ansvar genom ingripande friskrivningsklausuler. Denna uppsats behandlar frågan om, i vilken utsträckning en konsult kan upprätthålla en ansvarsbegränsning i samband med utförandet av ett uppdragsavtal. Frågan har besvarats med hjälp av en sedvanlig juridisk metod som tar sikte på en bedömning av lagstiftning, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin.

Utgångspunkten är att begränsningar i avtalsfriheten i kommersiella avtalsförhållanden ska vidtas med återhållsamhet. *Bergman & Beving-målet* ger dock uttryck för att en friskrivning i ett kommersiellt avtal ska upprätthålla en rimlig balans mellan parternas rättigheter och skyldigheter. Vad som utgör en ”rimlig balans” kan däremot inte generellt fastslås utan ska fastställas i samband med bedömningen av den särskilda avtalssituationen. En friskrivning kan nämligen i enlighet med 36 § AvtL, betraktas som oskälig i en situation men skälig i en annan. Det stränga omsorgskravet i samband med utförandet av ett konsultuppdrag medför att en konsult vanligtvis har ett befogat behov att skydda sig från risker genom ansvarsbegränsningar. Ansvarsbegränsningens tillåtlighet varierar beroende på faktorer så som parternas försäkringsmöjligheter och huruvida konsulten tydligt har preciserat uppdragets omfattning och begränsningar.

I *Diamantfallet* tar HD ställning till frågan om friskrivning från grov culpa är möjlig i svensk rätt. Domstolen ger uttryck för uppfattningen att principen gäller, men är föremål för undantag. Liknande inställning intar skiljenämnden i *KPMG-domen* som behandlar ett due diligence-uppdrag. Skiljenämnden tillämpade inte den traditionella culpabedömningen som tar sikte på graden av culpa hos skadevällaren, varvid grov vårdslöshet får avgörande betydelse för en friskrivnings ogiltighet. Istället tillämpades en riskavvägning utifrån en helhetsbedömning av hela avtalet och avtalsförhållandet i enlighet med 36 § AvtL. Skiljenämndens tillvägagångssätt är förenligt med gällande rätt. Med hänsyn till detta bör avgörandet kunna ge vägledning för oskälighetsbedömningen även i andra uppdragsavtal än due diligence-uppdrag.

Förkortningar

ABK 09	Allmänna bestämmelser ABK 09: för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvetenskap
AVLK	(1994:1512) <i>Lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden</i>
AVLN	(1984:292) <i>Lag om avtalsvillkor mellan näringsidkare</i>
AvtL	(1915:218) <i>Lag om avtal och andra rättshandlingar</i> på <i>förmögenhetsrättens område</i>
DCFR	Draft Common Frame of Reference
HagL	(1991:351) <i>Lag om handelsagentur</i>
HB	(1736:0123 2) <i>Handelsbalk</i>
HD	Högsta Domstolen
Høyesteretten	Den norska motsvarigheten av Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift utg. vid Stockholms universitet
KommL	(2009:865) <i>Kommissionslag</i>
KPMG-domen	Skiljedomen mellan KPMG och ProfilGruppen
KTjL	(1985:716) <i>Konsumenttjänstlag</i>
KöpL	(1990:931) <i>Köplag</i>
Lagmannsrett	Den norska motsvarigheten av hovrätt

LB	Lagmannsrett
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv avdelning I
NL 09	Allmänna leveransbestämmelser för leveranser av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige.
PECL	Principles of European Contract Law
prop.	Proposition
Rt	Retstidende
SFS	Svensk Författningssamling
SkL	(1972:207) <i>Skadeståndslag</i>
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UNIDROIT Principles	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Vi är beroende av tillgången till expertkompetens både inom näringslivet och den privata sfären, särskilt vid förvärv av olika slag. Det kan vara både kostsamt och tidskrävande att själv tillägna sig den expertkunskap som är av betydelse vid ett förvärv i fråga.¹ Dessa experter benämns som konsulter och fungerar som rådgivande specialister inom ett visst område. En konsult kan exempelvis vara en advokat eller en revisor. Affärsrelationen mellan konsulten och uppdragsgivaren bygger på ett uppdragsavtal. Resultatet av konsultens rådgivning utgör vanligtvis grunden till ett beslutsunderlag för uppdragsgivaren. Det är därför av avgörande betydelse att konsulten utför sitt uppdrag väl. Ett felaktigt råd kan i vissa fall medföra förödande konsekvenser i form av stora ekonomiska och andra strategiska skador för uppdragsgivaren. Detta kan resultera i att uppdragsgivaren riktar höga skadeståndsanspråk gentemot konsulten. Inom näringslivet är det vanligt förekommande med användningen av standardavtal som begränsar konsultens ansvar på olika sätt.²

Ett exempel på en situation där uppdragsgivaren vanligtvis använder sig av konsulter är vid en så kallad due diligence-undersökning. En due diligence-undersökning är en slags företagsbesiktning där konsulten undersöker vilka risker som är förknippade med ett förvärv av ett bolag. I KPMG-domen, aktualiserades frågan om en konsults ansvarsbegränsning utgjorde en rimlig riskavvägning och därmed kunde upprätthållas i avtalet.

1.2 Syfte och frågeställningar

I svensk rätt tillåts användningen av friskrivningar, det vill säga villkor i ett avtal som innebär att en part friskriver sig från ansvar (ansvarsbegränsning). Det övergripande syftet med denna uppsats är att utreda i vilken utsträckning den svenska rättsordningen tillåter begränsningar av konsultansvaret i uppdragsavtal genom ansvarsbegränsningar.

¹ Christina Ramberg (2005), s. 121.

² Bernitz (2008), s. 22 och 172; Christina Ramberg (2005), s. 132.

Följande frågeställningar utreds:

- I vilken utsträckning är det möjligt att upprätthålla en friskrivningsklausul i ett avtal mellan två jämställda kommersiella parter?
- Vad utgör konsultens ansvar och vilka möjligheter finns det att begränsa detta ansvar?
- Kan en konsult friskriva sig från ansvar för skada som vållats genom grov vårdslöshet?

I det följande behandlas även översiktligt frågor om friskrivningsklausulens generella funktion, den tillämpliga lagstiftningen för konsultavtal och övriga frågor av betydelse för uppsatsens syfte och frågeställningar. Med en kritisk analys av KPMG-domen utreds även om skiljenämndens avgörande överensstämmer med gällande rätt.

1.3 Avgränsningar

Friskrivningsklausuler utgörs generellt av olika typer av begränsningar av det ansvar, som följer av det civilrättsliga avtalet mellan parterna. En ansvarsbegränsning är en slags friskrivning.³ I förarbeten och doktrin används begreppet ansvarsbegränsning på olika sätt.⁴ I denna uppsats avses en ansvarsbegränsning som en begränsning av skadeståndsansvaret i enlighet med förarbetenas tolkning.⁵ Uppsatsen behandlar uteslutande ansvarsbegränsningsklausulen med motivering att denna typ av friskrivning är vanligt förekommande i konsultavtal.

Av utrymmesskäl behandlas inte andra kontrollmetoder rörande oskäligen avtalsvillkor än 36 § AvtL och AVLN. Det görs ingen heltäckande utredning av oskälighetsbedömningen i dessa nämnda lagstiftningar. Bedömningen tar enbart sikte på kommersiella avtal varvid konsumenträttsliga aspekter lämnats åt sidan.

Uppsatsen fokuserar på kommersiella konsultuppdrag bestående av rådgivning och värdering med särskild inriktning på konsultens roll och ansvar i en due diligence-undersökning. Andra typer av uppdragsavtal behandlas inte.

³ Jfr prop. 1975/76:81 s. 143 f.

⁴ prop. 1975/76:81 s. 144; Bernitz (2008), s. 22; Ramberg & Ramberg, s. 229.

⁵ Jfr prop 1975/76:81 s. 144.

Uppsatsen behandlar endast svensk rätt. Dock görs vissa jämförelser med de internationella principsamlingarna UNIDROIT Principles, DCFR och PECL som har fått allt större betydelse för den svenska avtalsrätten.

Frågor av processrättslig- och skiljemannarättslig karaktär behandlas inte i denna uppsats.

1.4 Metod, teori och material

Detta arbete har bedrivits med sedvanlig juridisk metod, vilket innebär att gällande rätt studeras utifrån de klassiska rättskällorna som utgörs av lagstiftning, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin.⁶ Arbetet har ett kritiskt perspektiv med analyser och självständiga ställningstaganden. Det kritiska perspektivet anläggs särskilt i det femte och sjätte kapitlet och har i syfte att utreda huruvida skiljenämndens avgörande överensstämmer med gällande rätt. Den bakomliggande teorin för detta arbete är systematisering, vilket med andra ord är en generalisering av rättsläget för att kunna fastställa gällande rätt.⁷

Arbetet tar sikte på frågan när en ansvarsbegränsning ska betraktas som oskälig i ett kommersiellt konsultavtal. Rättspraxis är i detta avseende begränsad. Detta kan bero på att kommersiella tvister i många fall avgörs i skiljeförfaranden som vanligtvis präglas av anonymitet.⁸ KPMG-domen gjordes däremot offentlig eftersom den klandrades. Med hänsyn till detta får skiljedomen en betydande roll i arbetet. Författare som Christina Ramberg och bolagsjuristen Christina Blomkvist har särskilt diskuterat KPMG-domens påverkan i svensk rätt.

Det finns ingen heltäckande lagstiftning som reglerar konsultansvaret. Konsultansvaret har däremot givits en omfattande analys i doktrin.⁹ HD har i rättspraxis särskilt diskuterat frågan om konsultens skadeståndsskyldighet vid oaktsamt beteende. HD betonar att uppdragsgivarens befogade tillit är avgörande för konsultens ansvar.¹⁰

Det finns ingen lagstiftning som reglerar användningen av friskrivningsklausuler. Rätten att friskriva sig följer av principen om avtalsfrihet. Friskrivningsklausuler har däremot ingående diskuterats i

⁶ Korling & Zamboni, s. 28; Sandgren (2007), s. 34.

⁷ Jfr Sandgren (2007), s. 63; Sandgren (2004/05), s. 297.

⁸ Heuman, s. 30.

⁹ Ashton & Elfström; Kleineman (1998); Christina Ramberg (2005).

¹⁰ NJA 2014 s. 272; NJA 2002 s. 878 och NJA 1987 s. 629.

förarbeten och rättspraxis.¹¹ Torsten Lundmark har i sin avhandling, *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd: särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom*, ingående diskuterat friskrivningsmekanismen. Möjligheten att begränsa friskrivningsklausulers inflytande i kommersiella avtalsförhållanden regleras i 36 § AvtL och AVLN.

I en begränsad utsträckning har, som tidigare nämnts, olika internationella principsamlingar, UNIDROIT Principles, PECL och DCFR, beaktats som stöd för en tolkning av den svenska rätten.

1.5 Forskningsläge

Den litteratur som finns att tillgå beträffande ansvarsbegränsningars oskälighet i konsultavtal är begränsad. Christina Ramberg har i *Kontraktstyper* anfört att en ansvarsbegränsnings oskälighet ska bedömas utifrån i vilken utsträckning begränsningen strider mot lagstiftning och etiska riktlinjer. Förutom detta bör en ansvarsbegränsning vara oskälig såvida den begränsar det ansvar som omfattas av en obligatorisk ansvarsförsäkring.¹² Samma uppfattning har Jan Kleineman.¹³ Ashton & Elfström framhåller att en skäligen ansvarsbegränsning utgörs av en rimlig avvägning mellan uppdragsgivarens krav på vägledning för beslutsfattande och konsultens befogade intresse av att begränsa sitt ansvar.¹⁴ Det saknas någon närmare utredning i frågan vilket innebär att frågan får besvaras med hjälp av den utredning som finns att tillgå angående friskrivningsklausulers generella tillåtlighet i kommersiella avtal.

¹¹ SOU 1974:83 s. 174 f; prop. 1975/76:81 s. 143 f; NJA 1998 s. 390; NJA 1979 s. 483. Se även norsk rättspraxis, Rt 1994 s. 626.

¹² Ramberg (2005), s. 132.

¹³ Kleineman (1998), s. 205.

¹⁴ Ashton & Elfström, s. 82.

1.6 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i fem kapitel med inledningen i det första kapitlet. Kapitel två är främst av deskriptiv karaktär och behandlar förhållandet mellan principen om avtalsfrihet och friskrivningsklausuler. Kapitlet redogör för friskrivningsklausulens innebörd och syfte samt klausulens inverkan vid uppsåtligt och grovt vårdslöst beteende.

Kapitel tre behandlar möjligheten att jämka eller åsidosätta en friskrivningsklausul med hjälp av 36 § AvtL och AVLN. Redogörelsen tar särskilt sikte på ansvarsbegränsningsklausulen. Kapitlet är främst av deskriptiv karaktär.

Kapitel fyra, som också främst är av deskriptiv karaktär, diskuterar konsultansvaret och konsultens möjligheter att begränsa detta ansvar. Förutom detta redogörs även för due diligence-processen och olika typer av due diligence-undersökningar.

Kapitel fem redogör och analyserar KPMG-domen för att bedöma huruvida avgörandet är överensstämmande med gällande rätt. Kapitlet är både av deskriptiv och analyserande karaktär. Analysen utförs med hjälp av de olika rättskällor som finns till förfogande, det vill säga lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin.

Med hänsyn till att uppsatsen kontinuerligt analyserar och tar ställning till de aktuella frågeställningarna, särskilt i kapitel fem, avslutas det sista kapitlet med en sammanfattande analys. Förutom att de inledande frågeställningarna besvaras, diskuteras även vilket tillvägagångssätt som är lämpligast vid oskälighetsbedömningen av en ansvarsbegränsning i ett konsultavtal.

2 Friskrivningen som en riskfördelningsfunktion

2.1 Principen om avtalsfrihet

Avtalsfrihetens princip bygger på friheten att ingå avtal med vem man vill och rätten att fritt bestämma avtalets innehåll. Avtalsfriheten hör dessutom ihop med principen om avtalsbundenhet som innebär att ett ingånget avtal inte får brytas. Med hänsyn till avtalsbundenheten skapas en slags stabilitet i avtalssystemet och det enskilda avtalet blir förutsägbart för parterna. Dessutom kan transaktionskostnaderna, det vill säga kostnader som är förknippade till avtalsituationen, hållas till en relativt låg nivå.¹⁵ Upprättandet av friskrivningsklausuler utgör ett exempel på hur parter genom avtalsfriheten kan inskränka sitt ansvar som följer av dispositiv rätt.

Principen om avtalsfrihet hör ihop med de demokratiska ideal och det marknadsekonomiska systemet som råder i dagens svenska samhälle. Demokratien grundas på människors generella frihet samt individers frihet att kunna agera på den ekonomiska marknaden. En oinskränkt avtalsfrihet är däremot inte önskvärd eftersom vissa avtalsparter intar en underlägsen ställning gentemot sin motpart. Detta kan i sin tur resultera i en slags snedvridning på marknaden till fördel för den starkare avtalsparten. Parterna kan vidta olika åtgärder för att kunna motverka denna obalans. Även om avtalsfriheten är mycket långtgående i kommersiella avtal kan inskränkningar ske med hjälp av generalklausulen i 36 § AvtL och 1 § AVLN. Avtal i strid med tvingande lagstiftning är i princip ogiltiga.¹⁶

¹⁵ Lundmark, s. 78; Ramberg & Ramberg, s. 27-29.

¹⁶ Lundmark, s. 81-83.

2.2 Friskrivningsklausulens funktion

2.2.1 Vad är en friskrivningsklausul?

I den nordiska rätten finns ingen enhetlig definition av begreppet friskrivning. Vanligtvis används begreppet utan någon närmare förklaring för innebörden. I doktrin har det däremot anförts att en friskrivning avser ett villkor som begränsar eller utesluter den ena avtalspartens förpliktelser för vad som annars hade gällt enligt dispositiv rätt. Friskrivningsklausuler medger sålunda en begränsning av det ansvar som hade gällt såvida friskrivningen inte funnits. Även om inskränkningen vanligtvis avser den dispositiva rätten kan den även påverka vad som följer av rättspraxis, andra avtalsvillkor, handelsbruk, partsbruk eller annan sedvänja.¹⁷ I förarbetena anförts att en friskrivning är ett avtalsvillkor genom vilken en part friskriver sig från en såld varas kvalitet eller i övrigt för beskaffenheten av sin prestation. Friskrivningsklausulen kan även vara ett villkor som begränsar en parts skadeståndsskyldighet eller det faktiska skadeståndsbeloppet.¹⁸

På initiativ av EU-kommissionen har det under senare år gjorts olika försök att åstadkomma en gemensam europeisk civillag. Det finns olika internationella principalsamlingar som brukar lyftas fram när det gäller att fastlägga civilrättens innehåll, nämligen UNIDROIT Principles, PECL och DCFR.¹⁹ Dessa internationella regelsamlingar är inte juridiskt bindande men har åberopats som stöd i argumentationen i svensk rättspraxis.²⁰ Trots sin oförbindande karaktär anförts det i doktrin att dokumenten har likvärdig auktoritet som den avtalsrättsliga doktrinen.²¹ I UNIDROIT Principles definieras en friskrivningsklausul som ”*a clause which limits or excludes one party’s liability for non-performance or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected...*”²²

Friskrivningar brukar delas in och betecknas med olika begrepp baserat på deras ändamål. Vanligtvis delas friskrivningar upp i *egenskapsfriskrivningar* och *påföljdsfriskrivningar*. Med *egenskapsfriskrivningar* avses villkor som inskränker en egendoms egenskaper genom att antingen uttryckligen utesluta ansvaret för vissa egenskaper eller generellt inskränka i den standard motparten annars hade kunnat kräva genom hänvisning till

¹⁷ Bernitz (2008), s. 22 och 210; Lundmark, s. 34 och 40 f.

¹⁸ SOU 1974:83 s. 174 f.

¹⁹ Adlercreutz & Gorton, s. 46; Bernitz (2008), s. 48 och 50.

²⁰ Jfr NJA 2011 s. 600; NJA 2009 s. 672; NJA 2008 s. 733.

²¹ Bernitz (2008), s. 50.

²² Artikel 7.1.6 UNIDROIT Principles.

befintligt skick eller liknande. Med påföljdsfriskrivningar avses istället villkor som helt eller delvis inskränker vissa påföljder av kontraktsbrott. Påföljdsfriskrivningar delas därefter in i *ansvarsfriskrivningar* och *ansvarsbegränsningar*. Den förstnämnda friskrivningen avser en klausul som begränsar förutsättningarna för en part att göra gällande en påföljd. Med ansvarsbegränsning avses däremot en begränsning av skadeståndet genom uppställandet av snäva beloppsgränser eller särskilda beräkningsmetoder. Ansvarsbegränsningar delas därefter in i *beloppsbegränsningar* som begränsar skadeståndsansvaret till ett minimum- eller maximumbelopp och friskrivningar som begränsar ansvaret till att enbart avse viss eller vissa typer av skador.²³

2.2.2 Syftet med en friskrivningsklausul

2.2.2.1 Allmänt

Syftet med användningen av friskrivningar är att helt eller delvis befria en avtalspart från ansvar för följder av antingen ett visst handlande, en viss underlåtenhet eller att en viss omständighet inträffar. Kommersiella avtalsparter använder sig av friskrivningar av olika skäl. Vanligtvis handlar det om att undvika eller begränsa risken för att drabbas av oförutsägbara kostnader vid ett eventuellt avtalsbrott. Det kan på förhand vara svårt att kalkylera riskerna förenade med ett avtal. Med hjälp av en friskrivningsklausul vågar parter ingå avtal som annars ska betraktas som riskfyllda. Friskrivningsklausulen fungerar sålunda som en förutsebarhetsfaktor i avtalsförhållandet.²⁴

2.2.2.2 Förhållandet till den tvingande och dispositiva rätten

Friskrivningsklausuler ger uttryck för avtalsfrihetens grundtanke, nämligen parternas frihet att besluta om avtalsinnehållet. Avtalsfriheten och rätten att friskriva sig kan vara inskränkt genom tvingande lagstiftning. Avtal i strid med tvingande regler saknar sålunda oftast civilrättslig verkan och den tvingande regeln blir istället gällande som avtalsinnehåll. Den tvingande rätten tar särskilt sikte på att skydda den avtalspart som typiskt sett intar en underlägsen ställning, som exempelvis en konsument eller en småföretagare. Reglerna används vanligtvis för att komma åt oskäligen avtalsvillkor i standardavtal. De allmänna rättsgrundsatserna utgörs även av tvingande regler som uppstår i samband med utvecklingen i rättspraxis och

²³ prop. 1975/76:81 s. 143 f; Bernitz (2008), s. 22 och 171; Lundmark, s. 36 f, 115 och 198.

²⁴ Lundmark, s. 34 och 77 f.

därmed inte via lagstiftning.²⁵ Till skillnad från den tvingande lagstiftningen kan dispositiva regler frångås genom parternas avtal.²⁶ Det är däremot inte alltid möjligt att åsidosätta den dispositiva rätten utan ibland måste de aktuella rättsreglerna betraktas som ”*halvtvingande*”²⁷. Så är fallet när reglerna ger uttryck för rättspolitiska ställningstaganden.²⁸

Den gamla KöpL:n utgjorde en dispositiv lagstiftning vars bestämmelser analogt kunde tillämpas på andra än köprättsliga avtalsförhållanden. Vid avgörandet av allmänna avtalsrättsliga frågor som inte reglerades i annan lag fungerade KöpL:n som vägledning för domstolsverksamheten och rättsvetenskapen. Frågan om dagens köprättsliga bestämmelser ska vara vägledande för andra än köprättsliga avtalsförhållanden avgörs av domstolen. Det är däremot klart att avtalsfriheten, som ges uttryck i lagens 3 §, utgörs av en avtalsrättslig princip som analogt kan tillämpas på avtalsrättens alla områden.²⁹ Med hänsyn till att lagen har ett vitt tillämpningsområde är det inte ett orimligt antagande att bestämmelserna analogt ska kunna tillämpas även i avtalsförhållanden som inte är av köprättslig karaktär.³⁰ Detta bör särskilt gälla för de bestämmelser som ger uttryck för allmänna avtalsrättsliga principer.

KöpL:s dispositivitet framgår av lagens 3 §, som anger att lagen inte är tillämplig såvida annat följer av parternas avtal, av parts- eller handelsbruk eller annan sedvänja som är bindande för parterna.³¹ Formuleringen ”*följer av avtalet*”³² ger uttryck för att en domstol ska tillämpa en extensiv tolkning för frågan om när KöpL:s bestämmelser kan åsidosättas genom avtal. Förutom när det uttryckligen regleras i avtalet är det sålunda möjligt att åsidosätta lagen genom avtalsvillkor som inte specifikt framgår i avtalet.³³ I doktrin har det dock anförts att allmänt formulerade och svårtolkade friskrivningsklausuler inte är fullt ut giltiga. För att en friskrivning ska få full effekt krävs det att klausulen är tydligt och konkret utformad samt inte ger upphov till några tvivel beträffande tolkningen. Denna negativa inställning gentemot allmänt formulerade friskrivningsklausuler återspeglas i 19 § 1 st KöpL. Bestämmelsen föreskriver att en allmänt hållen

²⁵ Bernitz (2008), s. 108 f. Se även Lundmark, s. 82-85; Ramberg & Ramberg s. 31.

²⁶ Bernitz (2008), s. 108; Ramberg & Ramberg, s. 31.

²⁷ Ramberg & Ramberg, s. 31.

²⁸ SOU 1974:83 s. 138; Lundmark, s. 83 och 120; Ramberg & Ramberg, s. 31.

²⁹ prop. 1988/89:76 s. 23 f och 65; Bernitz (2008), s. 108.

³⁰ Jfr 1 § KöpL:n som stadgar att lagen gäller vid köp av all lös egendom.

³¹ 3 § KöpL; prop. 1988/89:76 s. 65; Bernitz (2008), s. 108; Gerhard, s. 23; Herre & Ramberg, s. 36.

³² 3 § KöpL.

³³ Gerhard, s. 23. Se även prop. 1988/89:76 (s. 66) där det framgår att formuleringen ”*följer av praxis*” avser att lämna ett visst utrymme för en skönsmässig bedömning av det privata brukets skälighet. Detta gäller även för handelsbruk och annan sedvänja.

friskrivning inte hindrar att en vara ska betraktas som felaktig om varan inte överensstämmer med säljarens uppgifter, om säljaren brutit i sin upplysningsplikt eller om varan är i väsentligt sämre skick än köparen med fog kunnat förutsätta.³⁴ Förekomsten av en felaktig vara innebär exempelvis att en köpare kan kräva ersättning av säljaren för den skada som uppstått i samband med felet.³⁵ Bestämmelsen uppställer sålunda en gräns för i vilken utsträckning en friskrivningsklausul inte kan åsidosätta felansvaret. Bestämmelsen hindrar däremot inte parterna att exempelvis begränsa skadeståndsansvaret genom en friskrivningsklausul.³⁶ Enligt min mening bör den princip som ges uttryck för i 19 § 1 st KöpL:n även analogt kunna tillämpas på friskrivningsklausuler som begränsar påföljdsskyldigheten i andra än köprättsliga avtalsförhållanden. Denna uppfattning stöds även i doktrin.³⁷

2.2.3 Principen om friskrivning vid uppsåt och grov vårdslöshet

Inom den svenska civilrätten råder en okodifierad rättsprincip. Principen föreskriver att det inte är möjligt att friskriva sig från ansvar för skada som vållats genom uppsåt eller grov vårdslöshet. Principen gäller både för kommersiella avtal och för konsumentavtal. Det betraktas som olämpligt att en part genom ett uppsåtligt eller grov vårdslöst beteende ska kunna undandra sig skadeståndsansvar. I doktrin har principen betraktats som tvingande.³⁸

I de internationella principalsamlingarna föreligger ingen enighet om huruvida grov vårdslöshet åsidosätter en friskrivningsklausul. DCFR föreskriver att en part inte kan friskriva sig från skadestånd vid grov vårdslöshet.³⁹ PECL ställer krav på att en friskrivning ska vara förenlig med ”*good faith and fair dealing*” men nämner ingenting om grov vårdslöshet.⁴⁰ Samma sak gäller för UNIDROIT Principles som stadgar att en friskrivning inte får göras

³⁴ prop. 1988/89:76 s. 91; Ramberg & Ramberg, s. 231; Sacklén, s. 839.

³⁵ 30 § KöpL.

³⁶ Ramberg & Ramberg, s. 231; Sacklén, s. 840.

³⁷ Jfr Ramberg & Ramberg, s. 231; Sacklén, s. 839.

³⁸ SOU 1974:83 s. 176 ff; prop. 1973:138 s. 137 f; Bernitz, s. 103; Lundmark, s. 133 ff; Ramberg & Ramberg, s. 233. Bernitz (s. 104) anför även att det är vanligt att standardavtal uttryckligen föreskriver att friskrivning från ansvar inte omfattar grov vårdslöshet. Han exemplifierar att det i NL 09 anges att en friskrivning från följdskador på annan egendom inte gäller såvida säljaren gjort sig skyldig till grov vårdslöshet. Jfr även 9 kap 4 § sjölagen som föreskriver att friskrivning från uppsåt eller grov vårdslöshet inte är möjlig.

³⁹ DCFR III.-3:105.

⁴⁰ Artikel 8:109 PECL. Jfr även 1:102 och 1:201 PECL.

gällande om det är ”grossly unfair to do so”.⁴¹ Även i standardavtal är det förekommande att friskrivningar från ansvar inte gäller vid grov vårdslöshet.⁴²

Gränsdragningen är inte alltid enkel mellan vad som utgör en grov eller enkel vårdslöshet.⁴³ I doktrin och rättspraxis framgår det att begreppet ”grov vårdslöshet” inte är entydigt och kan tolkas på olika sätt.⁴⁴ HD har i NJA 1992 s. 130 anfört att ”... begreppet grov vårdslöshet inte kan ges en enhetlig innebörd på alla områden där det används”⁴⁵. Rättsfallet avsåg entreprenadområdet. HD ansåg att begreppet grov vårdslöshet inom detta område inte enbart skulle avse yrkesfusk och byggfusk samt andra medvetna risktaganden, utan även skulle omfatta andra kvalificerade avvikelser från normal aktsamhet.⁴⁶ Såvida det inte gäller skadestånds- och försäkringsrätten, bör sålunda grov vårdslöshet förstås med en kvalificerad avvikelse från normal aktsamhet.⁴⁷ Enligt Jan Ramberg lämnar begreppet grov vårdslöshet utrymme för skönmässiga tolkningar, vilket inte är särskilt önskvärt på grund av de ekonomiska konsekvenser som kan inträffa när en friskrivning åsidosätts.⁴⁸

HD har i rättspraxis bekräftat att grov vårdslöshet som utgångspunkt, ska åsidosätta en friskrivningsklausul.⁴⁹ I det så kallade *Diamantfallet* hade innehållet av en assurerad försändelse som bestod av diamanter, tillgripits av skadevållarens arbetstagare. Även om HD ansåg att skadevållarens grova vårdslöshet åsidosätter en friskrivningsklausul, menade domstolen att principen är underkastad undantag. Om den skadelidande antingen har bäst möjlighet att skydda sig från risker genom ansvarsförsäkring eller faktiskt har en ansvarsförsäkring är det en faktor som talar för att en friskrivning ska upprätthållas, trots skadevållarens grova vårdslöshet. Domstolen ansåg dock inte att den skadelidandes försäkringsmöjligheter i det aktuella fallet skulle medföra att principen åsidosätts. HD:s minoritet var av en annan uppfattning. Minoriteten ansåg att friskrivningen skulle godtas eftersom den skadelidande hade större möjligheter att skydda sig från skador genom att

⁴¹ Artikel 7.1.6 UNIDROIT Principles.

⁴² Bernitz (2008), s. 104.

⁴³ Bernitz (2008), s. 103 f.

⁴⁴ Ramberg & Ramberg, s. 233; NJA 1992 s. 130.

⁴⁵ NJA 1992 s. 130 (s. 138 f).

⁴⁶ NJA 1992 s. 130. Jfr Ramberg & Ramberg, s. 233.

⁴⁷ Bernitz (2008), s. 104; NJA 1992 s. 130. Jfr även NJA 1986 s. 61 (s. 68 f) där HD angav att grov vårdslöshet kan föreligga trots att parten inte gjort ett medvetet risktagande. HD konstaterade dock att det krävdes en mer allvarlig culpa än bristande uppmärksamhet och glömska för att grov vårdslöshet skulle anses föreligga.

⁴⁸ Jan Ramberg (1994/95), s. 771.

⁴⁹ NJA 1998 s. 390.

teckna en ansvarsförsäkring.⁵⁰ Avgörandet har kritiserats i doktrin.⁵¹ Hellner intar samma ståndpunkt som minoriteten i HD. Förutom att bedömningen ska ta sikte på parternas åtaganden och vilken av parterna som bäst kan ombesörja en betryggande försäkring, menar Hellner att även förhållandet mellan ansvaret och påföljden ska beaktas.⁵² Jan Ramberg menar att det inom transportbranschen är rimligt att anta att en ansvarsbegränsning enbart kan åsidosättas vid uppsåtlig handling, eftersom det finns möjlighet att kalkylera med ökade kostnader som uppstår i samband med tecknandet av försäkring i avtal.⁵³ Även i ett norskt rättsfall upprätthölls en ansvarsbegränsning trots att skadan hade orsakats av grov vårdslöshet hos en anställd. I domskälen anfördes att ett avtal bygger på en intresseavvägning där hänsyn bland annat ska tas till parternas försäkringsmöjligheter.⁵⁴ I doktrin har det anförts att det norska rättsfallet även ska kunna tillämpas på svenska kommersiella avtal.⁵⁵

Rättspraxis i svensk och norsk rätt ger dock enbart stöd för uppfattningen att det är möjligt att friskriva sig från en anställds grova vårdslöshet. HD har i *Diamantfallet* uppställt två olika metoder för att angripa problemet med skadevållarens grova vårdslöshet. HD:s majoritet ansåg att principen är väldigt stark och är enbart i särskilda fall föremål för undantag. HD:s minoritet ansåg däremot att försäkrings- och kanaliseringssynpunkter⁵⁶ får en avgörande betydelse för bedömningen om en friskrivning ska åsidosättas på grund av grov vårdslöshet. Minoritetens tolkning av rättsläget har främst stöd i doktrin.⁵⁷ Detta tillvägagångssätt är enligt min mening förenligt med gällande rätt eftersom bedömningen överensstämmer med den helhetsbedömning som präglas av 36 § AvtL.⁵⁸ Trots att HD inte uttryckligen anför det, bör friskrivning från grov vårdslöshet generellt sett vara möjlig.

⁵⁰ NJA 1998 s. 390. Jfr även Bernitz (2008), s. 105; Ramberg & Ramberg, s. 233.

⁵¹ Hellner, s. 150-158; Jan Ramberg (1999), s. 383-390. Jfr även 1992 s. 130; NJA 1979 s. 483 och det norska rättsfallet, Rt 1994 s. 626.

⁵² Hellner, s. 157.

⁵³ Jan Ramberg (1999), s. 388 f.

⁵⁴ Rt 1994 s. 626.

⁵⁵ Lundmark, s. 134 f. Jfr NJA 1998 s. 390.

⁵⁶ Bernitz (2008), s. 105.

⁵⁷ NJA 1998 s. 390.

⁵⁸ Jfr kapitel 3.2.1.

3 Generalklausulen i 36 § AvtL och AVLN

3.1 Behovet att inskränka friskrivningsklausuler

Ett oskäligt avtalsvillkor består av ett ogynnsamt villkor för en av parterna i ett avtalsförhållande. En friskrivningsklausul kan ibland utgöra ett oskäligt avtalsvillkor. Det finns olika metoder för att komma tillrätta med avtalsvillkor. Ett exempel på detta är den tvingande lagstiftningen.⁵⁹ Genom generalklausulen i 36 § AvtL och den marknadsrättsliga AVLN inskränks avtalsfriheten.⁶⁰

Det finns ett behov att reglera oskäliga friskrivningsklausuler eftersom det är önskvärt att undvika obalans i avtalsförhållanden. Lagstiftaren vill sålunda undvika avtalskonstruktioner till nackdel för den ena avtalsparten. I oskälighetsbedömningen vägs skälighets- och rättvisefaktorer mot vikten av att avtalsfriheten och avtalsbundenheten upprätthålls. I doktrin anförs att en obegränsad användning av friskrivningsklausuler kan resultera i en förlorad tilltro till avtalssystemet hos den svagare avtalsparten. Ett av syftena med den dispositiva rätten är att gynna omsättningen av varor och tjänster på marknaden. En alltför flitig användning av friskrivningsklausuler kan riskera att motverka detta syfte.⁶¹

3.2 36 § AvtL:s tillämpningsområde

Oskäliga avtalsvillkor kan jämkas med stöd av 36 § AvtL. Bestämmelsen betraktas som en kontrast till principen om avtalsfrihet. Tillämpningen bygger på en avvägning mellan den skadelidandes befogade skyddsbehov och uppfattningen att avtalet ska utgöra en slutlig och förutsägbar reglering av parternas mellanhavanden. I 28-33 §§ AvtL föreskrivs under vilka förutsättningar ett avtal är ogiltigt. 36 § AvtL fyller en kompletterande funktion vid sidan av dessa specifika ogiltighetsregler.⁶² Bestämmelsen är

⁵⁹ prop. 1975/76:81 s. 100; Adlercreutz & Gorton, s. 309; Lundmark, s. 97 och s. 215.

⁶⁰ prop. 1983/84:92 s. 8; prop. 1975/76:81 s. 100.

⁶¹ Lundmark, s. 86 f, 89 och 90.

⁶² prop. 1975/76:81 s. 100 och 136; Adlercreutz & Gorton, s. 309 f och 312; Bernitz (2008), s. 153 f.

tvingande och har ett vitt tillämpningsområde eftersom den är tillämplig på alla slags avtal inom förmögenhetsrätten.⁶³

Enligt 36 § AvtL kan ett avtalsvillkor jämkas eller åsidosättas såvida villkoret är oskäligt på grund av avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden eller omständigheterna i övrigt.⁶⁴ Bestämmelsen är främst tillämplig på konsumentavtal och andra avtal där en avtalspart befinner sig i en underlägsen ställning gentemot motparten.⁶⁵ Huruvida en part intar en underlägsen ställning avgörs genom en helhetsbedömning av avtalssituationen.⁶⁶

Bestämmelsen är emellertid också tillämplig på kommersiella avtal mellan jämställda parter. Oskälighetsbedömningen ska dock i en sådan situation tillämpas restriktivt. Ingåendet av ett kommersiellt avtal innebär ett medvetet risktagande och acceptering av vissa risker. Denna ordning motiveras av att kommersiella avtalsparter vanligtvis är ekonomiskt och kunskapsmässigt likställda med varandra och därmed har goda möjligheter att tillvarata sina egna intressen.⁶⁷ Det har däremot i doktrin anförts att det finns en ökad benägenhet att använda sig av 36 § AvtL mellan jämställda kommersiella avtalsparter.⁶⁸

Sammanfattningsvis fungerar generalklausulen i 36 § AvtL som ett verktyg för att förhindra oskäliga avtalsvillkor. Tillämpningen av 36 § AvtL bör däremot inte resultera i att den ekonomiska omsättningen i samhället skadas. Avtalsfrihet är huvudregel och inskränkningar i avtalsfriheten ska enbart göras i undantagsfall.⁶⁹

⁶³ Bernitz (2008), s. 154 f och 170; Lundmark, s. 111.

⁶⁴ 36 § AvtL.

⁶⁵ Adlercreutz & Gorton, s. 312.

⁶⁶ prop. 1975/76:81 s. 106.

⁶⁷ prop. 1975/76:81 s. 104 f och 119; Adlercreutz & Gorton, s. 312; Bernitz (2008), s. 157; Lundmark, s. 79; NJA 1979 s. 483.

⁶⁸ Blomkvist, s. 199; Christina Ramberg (2010/11), s. 918; Ramberg & Ramberg, s. 121; NJA 1989 s. 346.

⁶⁹ prop. 1975/76:81 s. 166.

3.2.1 Oskälighetsbedömningen

Oskälighetsbedömningen är i första hand klausulriktad, det vill säga inriktad på det påstådda oskäligen avtalsvillkoret. Det görs däremot även en bedömning av hela avtalsförhållandet. Ett oskäligt avtalsvillkor kan sålunda uppvägas av en annan gynnsam omständighet i avtalsförhållandet.⁷⁰ Detta innebär att ett avtalsvillkor kan betraktas som oskäligt i en särskild situation men skäligt i en annan.⁷¹ Detta tillvägagångssätt försvårar en prejudikatbildning eftersom avgörandena inte får någon principiell prägel, utan blir beroende av den särskilda situationen. Om avgörandet istället hade blivit principiellt gällande hade det varit möjligt att beteckna ett oskäligt avtalsvillkor som ”oskäligt i sig”, det vill säga att oskäligheten inte är beroende av andra omständigheter i avtalsförhållandet.⁷² I förarbetena har det anförts att avtalsvillkor som föreskriver ett missförhållande mellan parternas rättigheter och skyldigheter samt är oproportionerliga med hänsyn till kontraktets brott och påföljden ska betraktas som oskäligen. Ett till synes oskäligt avtalsvillkor kan dock kompenseras på olika sätt.⁷³ I doktrin har det dock anförts att ett avtalsvillkor kan betraktas som oskäligt i sig såvida villkoret skapar en sådan obalans att villkoret är oskäligt oavsett övriga omständigheter.⁷⁴ Det är inte önskvärt att fastställa ett avtalsvillkor som oskäligt i sig enligt 36 § AvtL. Ett sådant tillvägagångssätt strider nämligen mot syftet med 36 § AvtL, det vill säga att bedömningen ska utgå från en helhetsbedömning. Principiella domstolsavgöranden ska sålunda enbart tillämpas vid tillämpningen av avtalsvillkorslagarna.⁷⁵

Oskälighetsbedömningen behöver ett jämförelseobjekt som anger vad som typiskt sett är skäligt.⁷⁶ I doktrin har det anförts att normer utanför avtalsförhållandet så som tvingande lagstiftning, dispositiv lagstiftning, praxis enligt avtalsvillkorslagarna⁷⁷ och övriga normer kan utgöra ett sådant jämförelseobjekt.⁷⁸ Om ett avtalsvillkor strider mot tvingande lagstiftning blir villkoret automatiskt ogiltigt. Även villkor som ska betraktas som ett kringgående av tvingande rätt bör ovillkorligen ogiltigförklaras. Detsamma gäller för avtalsvillkor som är analogt tillämplig på tvingande lagstiftning.

⁷⁰ prop. 1975/76:81 s. 136; Adlercreutz & Gorton, s. 311; Ramberg & Ramberg, s. 171.

⁷¹ Bernitz (2008), s. 154 f. och 170.

⁷² prop. 1975/76:81 s. 121; Adlercreutz & Gorton, s. 313; Jansohn & Kjellin, s. 41. Jfr kapitel 3.3.

⁷³ prop. 1975/76:81 s. 118 f och s. 144.

⁷⁴ Jansohn & Kjellin, s. 42.

⁷⁵ Jfr kapitel 3.3.

⁷⁶ Bernitz (2008), s. 161.

⁷⁷ Jfr kapitel 3.3.

⁷⁸ Adlercreutz & Gorton, s. 313; Bernitz (2008), s. 161. I prop. 1975/76:81 (s. 124) anfördes att de dispositiva reglerna kan tjäna som en måttstock för vad som ska anses som skäligt eftersom de i allmänhet kan ge uttryck för vad som är en lämplig lösning i normalfallet.

En analogivis tillämpning kräver däremot att det föreligger relevanta likheter mellan den avtalstyp vilken analogin hämtas från och det avtal som tillämpningen avser.⁷⁹ *KTjL* är ett exempel på en sådan tvingande lagstiftning som i många fall analogivis kan tillämpas utanför dess tillämpningsområde.⁸⁰

Den dispositiva rätten fungerar som en förebild för vad som gäller såvida inget avtalats mellan parterna. En dispositiv regel kan dessutom ge vägledning för hur ett oskäligt avtalsvillkor bör utformas, åtminstone om regeln ger uttryck för en rättspolitisk värdering. Med hänsyn till avtalsfriheten ska detta inte medföra att den dispositiva regeln får en tvingande karaktär.⁸¹

Ett vanligt förekommande avtalsvillkor behöver nödvändigtvis inte vara skäligt. Om däremot ett villkor strider mot affärsskicket inom en viss bransch kan det betraktas som oskäligt, särskilt i avtalsförhållanden mellan jämställda parter. Om ett avtalsvillkor överensstämmer med gott affärsskick innebär detta inte att villkoret automatiskt ska betraktas som skäligt. Förutom detta kan en generös avtalstillämpning, en så kallad kulans, få betydelse vid en oskälighetsbedömning. Om en part utan godtagbara skäl, avviker från vedertagen praxis och istället tillämpar det ”vanliga” avtalsvillkoret kan det vara oskäligt enligt 36 § AvtL.⁸²

3.2.2 Friskrivningsklausuler i kommersiella sammanhang

Generellt sett ska en friskrivningsklausul i ett kommersiellt avtalsförhållande i största möjliga mån upprätthållas.⁸³ De risker som är förknippade med avtalet kan nämligen kompenseras på andra sätt, exempelvis genom ett lägre pris. Detta innebär dock inte att tillämpningen av 36 § AvtL är utesluten.⁸⁴

HD har varit obenägen att åsidosätta friskrivningsklausuler i kommersiella avtal eftersom dessa ger uttryck för en medveten riskfördelning.⁸⁵ I det så kallade *Bergman & Beving-fallet* behandlades frågan om i vilken

⁷⁹ prop. 1975/76:81 s. 121 f; Adlercreutz & Gorton, s. 313; Bernitz (2008), s. 162; Lundmark, s. 216.

⁸⁰ Bernitz (2008), s. 162.

⁸¹ prop. 1975/76:81 s. 123 f; Adlercreutz & Gorton, s. 313; Bernitz (2008), s. 161 f;

⁸² prop. 1975/76:81 s. 119 f; Adlercreutz & Gorton, s. 313; Bernitz (2008), s. 164 f.

⁸³ prop. 1975/76:81 s. 118 och 144.

⁸⁴ Jfr NJA 1988 s. 230; NJA 1979 s. 483.

⁸⁵ Jfr NJA 1999 s. 408.

utsträckning kommersiella avtalsparter kan friskriva sig från ansvar. Efter en helhetsbedömning av avtalsförhållandet fastslog HD att den aktuella friskrivningen var godtagbar eftersom den utgjorde en rimlig riskavvägning mellan parterna.⁸⁶ I doktrin har det anförts att HD tillämpar en slags ”*balansteori*”⁸⁷ som innebär att en friskrivning ska upprätthållas såvida friskrivningen ger uttryck för en rimlig balans mellan parternas rättigheter och skyldigheter i avtalet.⁸⁸ Svaret på vad som specifikt avses med en rimlig balans besvaras däremot inte i rättsfallet. Bernitz anser att jämkning ska aktualiseras i en situation där en friskrivning medför att en skadelidande ”... *ställs i det närmaste utan några fungerande remedier...*”⁸⁹, i vart fall i köprättsliga sammanhang. Förutom detta anser Bernitz att *Bergman och Beving-fallet* ger uttryck för att det kan vara godtagbart att friskriva sig från ringa fel som i sin tur kan orsaka stora och oförutsägbara skador.⁹⁰

I ett norskt rättsfall behandlades en friskrivningsklausul i ett kommersiellt avtalsförhållande. Enligt friskrivningsklausulen kunde köparen inte tillämpa hävning trots förekomsten av ett väsentligt fel. Høyesteretten fastslog att hävningsrätten inte kunde åsidosättas eftersom det hade inneburit en avvikelse från en central rättighet enligt den dispositiva rätten.⁹¹ Även om norsk rättspraxis inte ger någon vägledning i frågan om vad som utgör en ”*rimlig balans*” ger förevarande rättsfall uttryck för att centrala förpliktelser inte kan åsidosättas i ett kommersiellt avtal.

⁸⁶ NJA 1979 s. 483.

⁸⁷ Lindmark, s. 284.

⁸⁸ Bernitz (2008), s. 174; Lindmark, s. 284; Lundmark, s. 220;

⁸⁹ Bernitz (2008), s. 175.

⁹⁰ Bernitz (2008), s. 174.

⁹¹ Rt 1958 s. 1282. I ett norskt underrättsavgörande (LE 1987-662) anförde Lagmannsretten obiter dictum att generella friskrivningsklausuler inte kan upprätthållas mellan jämställda kommersiella avtalsparter.

3.2.3 Ansvarsbegränsningar

En ansvarsbegränsning kan, som tidigare nämnts, antingen begränsa skadeståndsansvaret eller skadeståndsbeloppet.⁹² Med en ansvarsbegränsning kan parterna avtala om en godtagbar riskfördelning och överblicka vilka ekonomiska risker som är förenade med avtalet.⁹³

Oskälighetsbedömningen tar bland annat sikte på parternas möjligheter att uppskatta riskerna med avtalet och den skadelidandes möjligheter att skydda sig genom ansvarsförsäkring.⁹⁴ Om det är tydligt vilka risker som är förknippade med ansvarsbegränsningen och den skadelidande har bäst möjligheter att skydda sig genom försäkring är det förhållanden som talar för att ansvarsbegränsningen ska upprätthållas.

I doktrin anförs det däremot att beloppsbegränsningar som utgångspunkt inte är oskäligen. Vanligtvis är nämligen en beloppsbegränsning klart och tydligt utformad. Oskälighetsbedömningen tar istället sikte på om beloppsbegränsningen är rimlig i förhållande till storleken av de skador som typiskt sett uppstår i liknande situationer.⁹⁵

3.3 Lag om avtalsvillkor mellan näringsidkare

Införandet av avtalsvillkorlagarna grundades på att de möjligheter som fanns att reglera oskäligen avtalsvillkor inte var tillräckliga.⁹⁶ Avgöranden som grundas på 36 § AvtL saknas nämligen rättskraft utöver vad som avgjorts i målet.⁹⁷

Med avtalsvillkorlagarna avses dels *lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden ("AVLK")*, dels *lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare ("AVLN")*. Lagarna är uppbyggda på olika sätt, men har olika skyddsområden. Den förstnämnda lagen avser att skydda konsumenter varav den sistnämnda avser att skydda småföretagare.⁹⁸ Införandet av AVLN berodde på att konsumentskyddslagstiftningen

⁹² Bernitz (2008), s. 22.

⁹³ Lundmark, s. 115 och 209.

⁹⁴ SOU 1974:83 s. 183. Lundmark (s. 115) är av uppfattningen att parternas försäkringsmöjligheter är av betydelse för oskälighetsbedömningen. Jfr även 1998 s. 390.

⁹⁵ Lundmark, s. 209 och 220. Jfr MD 1995:3.

⁹⁶ SOU 1981:31 s. 8.

⁹⁷ Bernitz (2008), s. 183.

⁹⁸ 1 § AVLN; 1 § AVLK; Bernitz (2008), s. 183 och 205.

stärktes. Det innebar att näringsidkare inom detaljhandelsledet drabbades av ökade kostnader som inte kunde återföras till deras leverantörer. AVLN har sålunda främst betydelse för avtal om varor för vidareförsäljning.⁹⁹

AVLN tillkom, som nämnts, för att skydda mindre näringsidkare, som exempelvis ägare av mindre butiker, servicegivare och hantverkare. Lagen är utformad med AVLK som förebild.¹⁰⁰ Lagen är tillämplig på avtal om tillhandahållande av varor, tjänster och andra nyttigheter, som exempelvis försäljning av varor, reparationer och service.¹⁰¹

Enligt 1 § AVLN kan MD förbjuda en näringsidkare, som ställer oskäligen avtalsvillkor i förhållande till en annan näringsidkare att fortsättningsvis ställa samma eller väsentligen samma villkor i liknande fall.¹⁰² Bedömningen sker inte enbart utifrån en bedömning av villkorets språkliga utformning, utan den avgörande frågan är om det ”nya” villkoret är identiskt eller likvärdigt med det ”förbjudna” villkoret.¹⁰³ Ett förbud får emellertid enbart uppställas såvida det är påkallat från allmän synpunkt.¹⁰⁴ Lagen tar främst sikte på villkor i standardavtal, eftersom dessa villkor är vanligtvis används under liknande omständigheter. Förbudstalan sker inför MD mellan en näringslivsorganisation och av den enskilda näringsidkare, vilken villkoret har ställts upp mot.¹⁰⁵ Trots att ett förbud enbart riktas mot den klandervärda näringsidkaren i målet får förbudet i realiteten effekt för alla andra näringsidkare. Dessa näringsidkare kan nämligen riskera en framtida förbudstalan.¹⁰⁶ Om bedömningen däremot avser ett avtalsvillkor som inte förväntas användas i andra liknande fall ska tvisten istället prövas i allmän domstol i enlighet med 36 § AvtL.¹⁰⁷ Bedömningen i MD är sålunda mer abstrakt och frikopplad från förhållandena i det enskilda fallet medan bedömningen i allmän domstol fokuserar på ett konkret avgörande som passar det särskilda avtalsförhållandet.¹⁰⁸

Oskälighetsbedömningen i AVLN är i princip identisk med den i generalklausulen. Utgångspunkten är att särskild hänsyn ska tas till den part som befinner sig i en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.¹⁰⁹ Om exempelvis den ena näringsidkaren är ett leverantörbolag med en

⁹⁹ prop. 1983/84:92 s. 30.

¹⁰⁰ Bernitz (2008), s. 204.

¹⁰¹ prop. 1983/84:92 s. 16.

¹⁰² 1 § AVLN.

¹⁰³ prop. 1983/84:92 s. 17.

¹⁰⁴ 2 § 2 st AVLN.

¹⁰⁵ 1 och 3 §§ AVLN; prop. 1983/84:92 s. 17 och 21; Bernitz (2008), s. 204 f.

¹⁰⁶ 5 § AVLN; prop. 1983/84:92 s. 18.

¹⁰⁷ Bernitz (2008), s. 205; MD 1985:18.

¹⁰⁸ Bernitz (2008), s. 212.

¹⁰⁹ 2 § 1 st AVLN; Bernitz (2008), s. 205.

marknadsdominerande ställning på marknaden och motparten är en lokal detaljhandlare med ringa omsättning befinner sig den sistnämnda i en underlägsen ställning. I förarbetena framhålls att det inte går att fastställa några allmänna synpunkter på vilka faktorer som bör beaktas vid oskälighetsbedömningen. Bedömningen utgörs av en typbedömning, det vill säga huruvida ett villkor typiskt sett är otillbörligt gentemot de motparter som villkoret vanligtvis är avsett att användas mot. På samma sätt som för 36 § AvtL utgår bedömningen från samtliga omständigheter i avtalet. Varje avtalsvillkor ska prövas i sitt sammanhang med övriga villkor i avtalet. Ett avtalsvillkor kan sålunda betraktas som oskäligt i ett fall men skäligt i ett annat. Det finns däremot även avtalsvillkor som är så pass oskäliga att de överhuvudtaget inte kan godtas i det aktuella avtalsförhållandet, oavsett avtalets övriga innehåll.¹¹⁰

Rättspraxis som behandlar AVLN är knapphändig, vilket medför att det är besvärligt att urskilja några tydliga linjer beträffande oskälighetsbedömningen.¹¹¹ Den allmänna utgångspunkten för bedömningen är dock den dispositiva rätten. Om ett avtalsvillkor som avviker från dispositiva regler ger en part en förmån eller berövar motparten en rättighet och därmed orsakar en obalans i avtalsförhållandet, ska det betraktas som oskäligt. Om ett avtalsvillkor motsvarar den dispositiva rätten kan det sålunda inte betraktas som oskäligt.¹¹² I förarbetena anförs dock att ett villkor inte automatiskt är oskäligt enbart på grund av att villkoret strider mot en dispositiv regel.¹¹³ I rättspraxis har domstolen anfört att ett avtalsvillkor är oskäligt såvida en rimlig balans mellan parterna inte längre är gällande.¹¹⁴

Om ett standardavtal har utarbetats gemensamt med representativa organisationer på ömse sidor, får villkoren vanligtvis betraktas som skäliga. Den befintliga konsumentsskyddsregleringen kan även få betydelse för oskälighetsbedömningen. Ett avtal mellan två näringsidkare kan nämligen exempelvis avse en vara som i ett senare led är avsedda för konsumentmarknaden. En ingripande friskrivning kan således medföra att en avtalspart får ökade kostnader som troligtvis inte kan övervältras på konsumenten.¹¹⁵

¹¹⁰ prop. 1983/84:92 s. 19-21; Bernitz (1987), s. 135; MD 1995:3.

¹¹¹ Bernitz (2008), s. 206.

¹¹² prop. 1983/84:92 s. 20; MD 1995:3; MD 1995:33.

¹¹³ prop. 1983/84:92 s. 20.

¹¹⁴ MD 1995:3; MD 1995:33.

¹¹⁵ prop. 1983/84:92 s. 21.

I rättspraxis och förarbetena framgår det att ansvarsbegränsningar som begränsar ansvaret för indirekta skador är godtagbara.¹¹⁶ Det är vanligt förekommande att begränsa ansvaret på detta sätt i standardavtal. En indirekt skada är nämligen vanligtvis oförutsägbar eftersom skadan är beroende av den ena avtalspartens individuella förhållande. I rättspraxis har MD fastslagit att en ansvarsbegränsning kan vara befogad såvida de ekonomiska riskerna förknippade med avtalet varit alltför svårbedömda.¹¹⁷ Dock är skadans oförutsägbarhet inte av avgörande betydelse för bedömningen. I ett tidigare rättsfall fastslog MD att en oförutsägbar skada inte nödvändigtvis kan åsidosätta en friskrivning. Avgörande är istället huruvida den skadelidande får en rimlig ersättning för vad som typiskt sett utgör en direkt skada.¹¹⁸ Skadans förutsägbarhet och skadeståndets storlek i avseende på den aktuella skadan utgör sålunda två faktorer av stor betydelse för oskälighetsbedömningen.

¹¹⁶ MD 1995:3; MD 1995:33. I SOU 1981:31 framhålls att ansvarsfriskrivningar som begränsar följdförluster, det vill säga indirekta skador, inte är oskäliga per se.

¹¹⁷ MD 1995:33.

¹¹⁸ MD 1995:3. Jfr kapitel 3.2.3.

4 Konsultansvaret i en due diligence-undersökning

4.1 Bakgrund

Konsultuppdraget utgör ett uppdragsavtal där parterna vanligtvis benämns som uppdragsgivare och uppdragstagare. Uppdraget kan avse olika typer av tjänster, som exempelvis köp av rådgivningstjänster från advokater och revisorer. Dessa typer av uppdrag utgörs av immateriella tjänster, det vill säga uppdrag som inte har någon anknytning till tillverkning eller fysiska föremål i övrigt. Om en uppdragsgivare exempelvis anlitar en advokat ingår det vanligtvis i advokatens uppdrag att både förmedla information om rättsläget samt ge råd om hur uppdragsgivaren bör agera i den särskilda situationen. Med hjälp av råden kan uppdragsgivaren i sin tur fatta ett beslut mellan olika tänkbara alternativ baserat på de risker som alternativen innebär.¹¹⁹

Ansvarsbegränsningar är särskilt vanliga vid due diligence-undersökningar eftersom det vanligtvis är besvärligt för konsulten att överblicka vilka skador ett felaktigt utlåtande kan orsaka för en enskild uppdragsgivare. Det kan handla om skador för avsevärda belopp. Med hänsyn till förutsägbarhetsskäl är det sålunda angeläget för konsulten att begränsa sin risk för skadestånd på olika sätt.¹²⁰

4.2 Due diligence-undersökningen

4.2.1 Begreppet ”due diligence”

Det engelska begreppet ”*due diligence*” kan översättas till ”*vederbörlig omsorg*”. Med vederbörlig omsorg avses ett beteende som en person normalt ska uppvisa. Begreppet används på olika sätt i internationella regelverk. Enligt svensk tradition används däremot begreppet uteslutande för en företagsbesiktning i ett företagsförvärv. Sevenius jämför due diligence med begreppet ”*man inte ska köpa grisen i säcken*” vilket innebär att förvärv inte ska ske före en undersökning har vidtagits.¹²¹

¹¹⁹ Ashton & Elfström, s. 18; Christina Ramberg (2005), s. 121-123.

¹²⁰ Jfr Ramberg & Ramberg, s. 230.

¹²¹ Sevenius (2011), s. 248 f; Sevenius (2013), s. 26 f och 34 f.

4.2.2 Allmänt om undersökningen

Normalt sett har en potentiell köpare av ett bolag i förväg erhållit viss information om målbolaget¹²². Denna information är vanligtvis inte tillräcklig för att bedöma vilka risker som är förknippade med ett förvärv.¹²³ I en sådan situation kan det vara lämpligt att ge en konsult i uppdrag att genomföra en due diligence-undersökning av det tilltänkta målbolaget.¹²⁴

Undersökningen kännetecknas av informationsinsamling och analys av målbolaget för att upptäcka vilka risker som är förknippade med ett förvärv. Informationsinsamlingen fås genom granskning av bolagets skriftliga dokumentation samt genom intervjuer med ledningen och nyckelpersoner i bolaget.¹²⁵

En due diligence-undersökning går vanligtvis längre än vad som följer av kraven i den köprättsliga undersökningsplikten. Undersökningen används sålunda inte för att uppfylla lagens krav utan fungerar mer som ett besluts- och förhandlingsunderlag för köparen.¹²⁶

Det finns inga regler för hur en due diligence-undersökning ska genomföras. Undersökningen följer ingen fastställd standard eller mall utan är beroende av den specifika transaktionen.¹²⁷ Processen består av tre delar: riskidentifiering, riskutvärdering och riskrapportering.¹²⁸ Undersökningens omfattning beror bland annat på uppdragsgivarens behov av information samt tids- och kostnadsaspekter. Det har dessutom utvecklats olika typer av due diligence-undersökningar som inriktar sig på en särskild aspekt i bolaget. Användningen av en särskild inriktning i undersökningen beror främst på köparens befintliga kunskap och förståelse av målbolaget samt den aktuella branschen och transaktionssituationen.¹²⁹

De tre vanligaste inriktningarna är den affärsinriktade, finansiella och legala.¹³⁰ I den affärsinriktade undersökningen undersöks framförallt de kommersiella och operativa funktionerna i bolaget. Konsulten undersöker

¹²² Det bolag som är föremål för förvärv.

¹²³ Johansson, s. 87.

¹²⁴ Jfr Sevenius (2011, s. 249) som menar att due diligence-undersökningen utgör det enda tillförlitliga tillvägagångssätt för att klargöra risker i målbolaget.

¹²⁵ Sevenius (2013), s. 26 och 256; Sevenius (2011), s. 247-249 och 256.

¹²⁶ 20 § KöpL; Blomkvist, s. 311; Forssman, s. 35; Kersby, s. 144; Sevenius (2011), s. 247 f. Kersby (s. 144 och 146) menar att undersökningen även fungerar som en slags ansvarsförsäkring.

¹²⁷ Sevenius (2011), s. 249, 251 och 265.

¹²⁸ Blomkvist, s. 311.

¹²⁹ Kersby, s. 143; Sevenius (2011), s. 247 och 251.

¹³⁰ Kersby, s. 143; Sevenius (2011), s. 247 och 251.

vanligtvis områden som förknippas med exempelvis marknaden, konkurrenter, försäljning, marknadsföring, kunder, produkter och leverantörer. Generellt sett förknippas den affärsinriktade undersökningen med en analys av bolagets utvecklingspotential. Den legala undersökningen avser däremot att undersöka bolagets rättsliga aspekter. Konsulten undersöker och analyserar exempelvis bolagshandlingar, fastigheter, avtal, immateriella rättigheter, anställningsförhållanden samt pågående och potentiella tvister förknippade med bolaget. Med en finansiell undersökning utreder konsulten målbolagets finansiella ställning. Undersökningen kan avse en kontroll av exempelvis bolagets resultat- och balansräkning, redovisningssystem, kassaflöde, budget och prognoser.¹³¹

4.3 Konsultuppdraget

4.3.1 Tillämplig lagstiftning

I svensk rätt saknas lagstiftning om konsultansvar, förutom den ålderdomliga 18 kap HB som ger uttryck för regler tillämpliga i fullmaktsförhållanden. Utöver dessa begränsade regler finns speciallagstiftning för vissa yrkesgrupper, som exempelvis advokater och revisorer, som ägnar sig åt informations- och rådgivningstjänster.¹³² Denna typ av lagstiftning är till stor del förvaltningsrättslig men kan även användas för att utreda vilka krav som ställs på uppdragstagaren i civilrättsliga sammanhang.¹³³ Utgångspunkten är att advokater ska iaktta god advokatssed och revisorer ska iaktta god revisorssed.¹³⁴ Speciallagstiftningen reglerar enbart de yttre ramarna, och således inte konsultansvaret som sådant. Med hänsyn till den begränsade lagstiftningen avgörs innehållet i konsultansvaret främst genom rättspraxis och allmänna avtalsrättsliga principer.¹³⁵ Utgångspunkten för alla slags avtal är däremot den allmänna lojalitetsplikten. Lojalitetsplikten regleras inte i någon generell lagstiftning utan gäller som en allmän rättsgrundsats. Med lojalitetsplikt avses att avtalsparter har en generell plikt att vara lojala gentemot varandra. Detta gäller särskilt i längre och varaktiga avtalsrelationer.¹³⁶

¹³¹ Kersby, s. 143 f; Christina Ramberg (2010/11), s. 919; Sevenius (2011), s. 252 f

¹³² Ashton & Elfström, s. 11 och 21; Christina Ramberg (2005), s. 123. Jfr Revisorslag (2001:883) och 8 kap RB.

¹³³ Christina Ramberg (2005), s. 123.

¹³⁴ 8:4 HB och 19 § Revisorslag (2001:883).

¹³⁵ Ashton & Elfström, s. 21; Christina Ramberg (2005), s. 124.

¹³⁶ Munukka, s. 4 och 147.

Såvida speciallagstiftningen inte ger klart besked på en viss rättsfråga eller det saknas lagstiftning för den aktuella frågan är det ibland möjligt att använda sig av analogier från närliggande lagstiftning.¹³⁷ KTjL är tillämplig på tjänster som avser arbete på lös eller fast egendom och förvaring av lösa saker mellan näringsidkare och konsumenter.¹³⁸ Det finns ingen motsvarande lagstiftning för kommersiella avtal. I förarbeten och doktrin har det anförts att KTjL är analogiskt tillämplig vid konsulttjänster eftersom lagen i stor utsträckning bygger på generell och okodifierad rätt på tjänsteområdet.¹³⁹ Lagen är till stor del tvingande men den tvingande rätten får en dispositiv karaktär vid en analogisk tillämpning.¹⁴⁰ I doktrin har det däremot anförts att en analogivis tillämpning av lagen kan vara olämplig med hänsyn till lagens konsumenträttsliga karaktär. Vid kommersiella förhållanden har det istället anförts att en analogisk tillämpning av KommL är lämpligare.¹⁴¹ I lagens 1 § föreskrivs att lagen är tillämplig på avtal som innebär att någon för en annan persons räkning, men i eget namn, säljer eller köper lös egendom. I förarbetena anfördes att lagen ger uttryck för allmänna rättsgrundsatser i uppdragsförhållanden och därmed i viss utsträckning kan tillämpas analogt för andra rättsförhållanden än kommissionsavtal.¹⁴²

Det har även framförts att HagL är utformad utifrån allmänna överväganden om vad som typiskt sett kan anses gälla för kommersiella uppdragsavtal och därmed analogivis är tillämplig vid konsultavtal.¹⁴³ I lagens 1 § fastslås att med en handelsagent förstås ”den som i en näringsverksamhet har avtalat med en annan, huvudmannen, att för dennes räkning självständigt och varaktigt verka för försäljning eller köp av varor genom att ta upp anbud till huvudmannen eller sluta avtal i dennes namn”¹⁴⁴.

I KPMG-domen anförde skiljenämnden att det finns regler om försummad reklamation som medför en förlust att göra gällande avtalsbrott i KöpL och KommL.¹⁴⁵ Christina Ramberg menar att skiljenämnden anser att rättsföljden, vid konsultavtal och andra avtal som inte omfattas av en specifik lagstiftning, inte är lika sträng som i KöpL och KommL.¹⁴⁶ Med

¹³⁷ Ashton & Elfström, s. 21.

¹³⁸ 1 § KTjL.

¹³⁹ prop. 1984/85:110 s. 33; Ashton & Elfström, s. 22; Bernitz (2008), s. 118.

¹⁴⁰ 3 § KTjL; Bernitz (2008), s. 118.

¹⁴¹ Ashton & Elfström, s. 22 f. Jfr även Christina Ramberg (2005, s. 123) som menar att analogier för immateriella tjänster i viss mån är möjliga såvida uppdragsgivaren är en konsument.

¹⁴² prop. 2008/09:88 s. 22 och 89.

¹⁴³ prop. 2008/09:88 s. 67; Ashton & Elfström, s. 22 f; Bernitz (2008), s. 119; NJA 2008 s. 24.

¹⁴⁴ 1 § HagL.

¹⁴⁵ KPMG-domen, s. 34.

¹⁴⁶ Christina Ramberg (2010/11), s. 962.

hänsyn till att skiljenämndens uttalade att lagarna utgör ”*för vissa avtalstyper generella reklamationsbestämmelser*” talar det för att bestämmelserna, till viss del, analogt kan tillämpas vid uppdragsavtal.¹⁴⁷ Detta bör även kunna gälla för andra avtalsrättsliga frågor än reklamation med hänsyn till att bägge lagarna ger uttryck för allmänna avtalsrättsliga principer.¹⁴⁸

Utöver lagstiftning uppställer olika branschorgan yrkesetiska regler vilket möjligtvis kan ge uttryck för handelsbruk för konsulter. Exempel på dessa regler är Advokatsamfundets etiska riktlinjer och rekommendationer från Föreningen Auktoriserade Revisorer (FAR). Reglerna är däremot vanligtvis endast bindande mellan medlemmarna i den aktuella yrkesgruppen och är sålunda inte avsedda att kunna åberopas av tredje man.¹⁴⁹ Trots detta bör även dessa regler kunna användas som vägledning för fastställandet av konsultansvaret.

4.3.2 Konsultansvarets omfattning

4.3.2.1 Principen om befogad tillit

Utgångspunkten för konsultens ansvar är att motparten, eller en annan person, har en befogad tillit till konsultens förmedlade information.¹⁵⁰ Detta brukar uttryckas som ”*den befogade faktiska tillitens relevans*”¹⁵¹. Med den befogade tillitens relevans avses att en konsult bär ansvaret för skada som beror på konsultens vårdslöshet, såvida den skadelidande med fog satt sin tillit till informationen.¹⁵² Principen har fastslagits av HD i NJA 1987 s. 692 och NJA 2001 s. 878. I förevarande rättsfall diskuterades om skadeståndsanspråk kan riktas mot konsulten av annan än uppdragsgivaren. HD fastslog att konsultens skadeståndsansvar gällde för alla personer som haft fog att sätta sin tillit till konsultens information.

Utgångspunkten är att en konsult inte har något ansvar för rådgivning utanför konsultens ”*professionella sfär*”¹⁵³. Exempelvis har en advokat inget

¹⁴⁷ Jfr KPMG-domen, s. 34.

¹⁴⁸ prop. 2008/09:88 s. 22 och 89.

¹⁴⁹ Christina Ramberg (2005), s. 124.

¹⁵⁰ Kleineman (1998), s. 187 och 202. Jfr Ashton & Elfström (s. 37) som anför att grundtanken bakom uppdragsavtalet är tillitsprincipen som innebär att det är av avgörande betydelse huruvida motparten fått ett befogat intryck av att konsulten avser att ge en ansvarsgrundad upplysning.

¹⁵¹ Kleineman (2001/02), s. 626 f.

¹⁵² Kleineman (1998), s. 187 och 202.

¹⁵³ Kleineman (1998), s. 186

ansvar för rådgivning som avser frågor av icke-juridisk karaktär.¹⁵⁴ I en sådan situation kan det nämligen inte föreligga någon befogad tillit till konsultens förmedlade information. Om den skadelidande parten i en sådan situation förlitar sig på konsultens information ska det istället betraktas som ett eget risktagande och kan sålunda inte medföra något konsultansvar.¹⁵⁵ Skadeståndsskyldigheten begränsas troligtvis också såvida konsulten inte är insatt i vad uppdragsgivaren avser att använda informationen till och om uppdragsgivaren lägger informationen till grund för oväntade beslut.¹⁵⁶

I NJA 2014 s. 272 diskuterades ingående frågan. I det aktuella fallet hade en revisor upprättat en bristande revisionsberättelse i samband med ett offentligt uppköpserbjudande av ett bolag. HD anförde att revisorsansvaret skulle bedömas utifrån överväganden som hänförs till det så kallade ”översvämningsargumentet”, det vill säga *”förutsebarhet för skadegöraren, proportionalitet mellan den skadegörande händelsen och ansvarets omfattning samt praktisk hanterlighet”*¹⁵⁷. Befogad tillit är således för handen såvida tillit av *”en viss styrka och relevans för den förlustbringande transaktionen”*¹⁵⁸ föreligger. Domstolen ansåg att bedömningen var beroende av på vilket sätt den skadelidande fått del av årsredovisningen och vilken slags transaktion det handlade om. En allmän riktlinje bör enligt domstolen vara att *”ett affärsbeslut ska anses vara grundat på befogad tillit till en viss årsredovisnings riktighet om årsredovisningen typiskt sett utgör en väsentlig del av det konkreta beslutsunderlag som läggs till grund för ett sådant beslut och beslutet angår en affärsförbindelse med bolaget eller en transaktion avseende aktier eller andra instrument som bolaget emitterar”*¹⁵⁹. Trots detta ansåg domstolen att omständigheterna i det enskilda fallet kan motivera antingen en snävare eller vidare bedömning om huruvida befogad tillit föreligger.¹⁶⁰ Förutom kravet på att tilliten ska vara befogad, utifrån rättspolitiska skäl, uppställs naturligtvis även krav på tilliten faktiskt ska föreligga.¹⁶¹

¹⁵⁴ Ashton & Elfström, s. 49; Kleineman (1998), s. 186. Jfr även Kersby (s. 159) som anför att friskrivningar i en situation där en konsult agerar utanför sitt kunskapsområde borde vara acceptabel.

¹⁵⁵ Kleineman (1998), s. 186 f. Jfr även Kersby, s. 158 f.

¹⁵⁶ Christina Ramberg (2005), s. 131.

¹⁵⁷ NJA 2014 s. 272 (s. 298)

¹⁵⁸ NJA 2014 s. 272 (s. 298)

¹⁵⁹ NJA 2014 s. 272 (s. 298)

¹⁶⁰ NJA 2014 s. 272

¹⁶¹ NJA 2014 s. 272. Kleineman (1998), s. 202 f. Jfr s. 186 där Kleineman anför att konsulten ska ha insett eller bort inse att skadan skulle kunna inträffa som en följd av det vårdslösa beteendet.

4.3.2.2 Konsultens skyldigheter gentemot uppdragsgivaren

Principen om befogad tillit ska inte blandas ihop med frågan om vilka skyldigheter en konsult har mot sin uppdragsgivare i enlighet med uppdragsavtalet. Principen tillämpas nämligen inte uteslutande mellan avtalsparter, utan gäller även för tredje man, och gäller frågan om den skadelidande överhuvudtaget kan rikta skadeståndsanspråk mot konsulten. Om den skadelidande har en befogad tillit till konsultens information har det nämligen redan fastställts att konsulten förfarit vårdslös i sitt uppdrag. I det följande redogörs för under vilka förhållanden en konsult ska anses vara vårdslös och därmed skadeståndsskyldig.

Konsultansvaret präglas av en culpapregel som innebär att konsulten blir ansvarig mot sin uppdragsgivare såvida konsulten gjort sig skyldig till oaktsamt beteende, antingen genom en klandervärd handling eller underlåtenhet. Konsultansvaret är sålunda inte strikt i den bemärkelsen att ansvar oberoende av culpa föreligger för resultatet av uppdraget. Strikt ansvar existerar däremot för information om faktiska förhållanden och garantier.¹⁶²

För att kunna avgöra huruvida konsulten gjort sig skyldig till ett klandervärd beteende är det av avgörande betydelse att konsultens skyldigheter gentemot uppdragsgivaren är avtalad. Omfattningen av konsultansvaret har ingående diskuterats i doktrin.¹⁶³ Christina Ramberg delar in skyldigheterna i tre delar: förståelsen av uppdragsgivarens behov av rådgivning, metodansvaret och informationsförmedlingen. Den första skyldigheten grundas på att rådgivningen varierar beroende på uppdragsgivarens situation och behov. Att konsulten på eget bevåg ska fastställa vilket behov uppdragsgivaren har av ett visst råd grundas på konsultens omsorgsplikt.¹⁶⁴

Omsorgsplikten innebär att konsulten måste, för att undvika ansvar, agera omsorgsfullt gentemot sin motpart.¹⁶⁵ I kommersiella sammanhang framgår omsorgsplikten av standardavtalet ABK 09, 2 kap 1 §, där det framgår att en konsult ska genomföra uppdraget fackmässigt och med omsorg samt även i övrigt iaktta god yrkessed.¹⁶⁶ Blomkvist har diskuterat omsorgskravet i en

¹⁶² Ashton & Elfström, s. 22 f och 27.

¹⁶³ Christina Ramberg (2005), s. 125-128; Kleineman (1998), s. 189.

¹⁶⁴ Christina Ramberg (2008), s. 125.

¹⁶⁵ Ashton & Elfström, 41 f. Jfr Kersby, s. 154.

¹⁶⁶ Ashton & Elfström, s. 45; ABK 09, kap 2 § 1. Omsorgsplikten framgår även av 4 § KTJL där näringsidkare ska ”med tillbörlig hänsyn ta tillvara konsumentens intressen och samråda med denne i den utsträckning som det behövs och är möjligt”.

due diligence-undersökning utifrån en analys av KPMG-domen. Hon anför att konsulten, i riskidentifieringsfasen, ska gå igenom all viktig dokumentation och fånga upp eventuella brister för att leva upp till omsorgskravet. Det krävs att konsulten har välfungerande rutiner och arbetssätt eftersom en due diligence-undersökning vanligtvis är förknippad med tidspress och stora mängder dokumentation. Detta innebär däremot inte att konsulten måste upptäcka alla möjliga risker. Om en konsult skulle vara ansvarig att upptäcka alla risker i det bolag som undersöks skulle transaktionskostnaderna troligtvis öka i motsvarande mån. Med hänsyn till att omsorgsplikten varierar beroende på den enskilda situationen går det inte med säkerhet att fastställa dess omfattning.¹⁶⁷ Blomkvist menar att bedömningen generellt sett utgår utifrån den tid och budget som finns till förfogande för uppdraget.¹⁶⁸ Denna lösning bör enligt min mening vara rimlig utifrån lämplighetsöverbäganden.¹⁶⁹

Som tidigare nämnts bär konsulten inget strikt ansvar, förutom i undantagsfall.¹⁷⁰ Konsultens andra åtagande gentemot uppdragsgivaren är metodansvaret. Det innebär att konsulten är ansvarig att följa uppdragsgivarens instruktioner och i övrigt utföra uppdraget fackmässigt, enligt uppdragsgivarens befogade förväntningar. Konsultens ansvar i uppdraget begränsas således till att konsulten använder sig av lämpliga metoder och inte av att resultatet är korrekt. Ett sådant resultatansvar aktualiseras vanligtvis inte i en due diligence-undersökning eftersom uppdraget inte syftar till att uppnå ett visst resultat, utan till att värdera ett bolag och rådgöra uppdragsgivaren huruvida ett förvärv bör ske. Det är svårt att avgöra vad som ingår i kravet på fackmässighet. Vid bedömningen ska hänsyn bland annat tas till uppdragets omfattning, lagregler, riktlinjer i branschen, uppdragsgivarens behov och kompetens, konsultens tillgänglighet och specialistkunskap, felaktiga uppgifter från uppdragsgivaren och storleken på de risker som en felaktig information kan innebära.¹⁷¹ I NJA 1987 s. 962 gjorde HD en analys av hur metodansvaret skulle fastställas. Frågan gällde fastighetsvärdering. HD fastslog att en betydande avvikelse från konsultens uppfattning och vad som i efterhand visar sig vara fastighetens faktiska värde måste tillåtas utan att konsulten ska betraktas som vårdslös.¹⁷²

¹⁶⁷ Blomkvist, s. 305 – 307.

¹⁶⁸ Blomkvist, s. 307. Jfr även Kersby (s. 154) som anför att en advokats uppdrag ska genomföras med omsorg, noggrannhet, skyndsamhet och beaktande av att uppdragsgivaren inte ska få några onödiga kostnader. Hon menar att detta följer av god advokatssed.

¹⁶⁹ Jfr Kersby, s. 155 f.

¹⁷⁰ Christina Ramberg (2005), s. 126. Jfr HagL 34 § 1 st; 17 § KommL och NJA 1947 s. 21.

¹⁷¹ Kersby, s. 153 f och 165; Christina Ramberg (2005), s. 126 f.

¹⁷² NJA 1987 s. 962.

Avslutningsvis har en konsult ett slags pedagogiskt ansvar som innebär en skyldighet att förmedla informationen eller rådet på ett begripligt och pedagogiskt sett. Resultatet av uppdraget ska inte ge upphov för missförstånd. Konsulten måste dessutom redogöra för tillvägagångssättet för uppdraget, det vill säga ge information för hur konsulten gått tillväga för att tillägna sig och analysera den förmedlade informationen.¹⁷³ I rättspraxis har HD fastslagit att informationen och rådet ska anpassas efter uppdragsgivarens individuella förmåga att tillägna sig den.¹⁷⁴

4.3.2.3 Ansvarsbedömningen

Konsultens skyldigheter gentemot sin uppdragsgivare präglas, som tidigare nämnts, av omsorgsplikten.¹⁷⁵ Utgångspunkten för bedömningen om konsulten förfarit vårdslös bör sålunda utgå från upprätthållandet av omsorgsplikten i avtalsförhållandet.¹⁷⁶ För att avgöra konsultens ansvar krävs det, som ovan beskrivits, inledningsvis ett fastställande av vilken norm konsulten har åsidosatt.¹⁷⁷ Vårdslöshetsbedömningen avser frågan om avvikelserna är så pass allvarliga att konsulten ska betraktas som vårdslös.¹⁷⁸ Bedömningen är en helhetsbedömning av avtalsförhållandet.¹⁷⁹ Det är oklart exakt vilka omständigheter som ska betraktas i bedömningen. I doktrin har det särskilt anförts att de yrkesprinciper som gäller för den aktuella konsulten bör vara vägledande i bedömningen, som exempelvis god advokatsed och god revisorssed. Hänsyn bör även tas till det aktuella uppdragsavtalet, lagstiftning, analogisk tillämpning av närliggande lagstiftning, rättspraxis och förhållanden som risken för skada, den sannolika skadans storlek, möjligheter att förebygga skaderisken och konsultens egna förutsättningar att förutse risker.¹⁸⁰ Bedömningen bör anpassas till den aktuella situationen och vara särskilt beroende av konsultens profession. I doktrin har nämligen anförts att vissa omständigheter i bedömningen gäller specifikt för konsulter som är advokater. Förutom storleken på arvudet ska även hänsyn bland annat tas till den enskilda advokatens kunskap, huruvida en felbedömning kan medföra straffansvar för uppdragsgivaren, uppdragets svårighet och den tid konsulten

¹⁷³ Blomkvist, s. 307; Kleineman (1998), s. 188; Christina Ramberg (2005), s. 128; NJA 1997 s. 65; NJA 1994 s. 532.

¹⁷⁴ NJA 1995 s. 693; NJA 1994 s. 532; NJA 1994 s. 598.

¹⁷⁵ Jfr kapitel 4.3.2.2.

¹⁷⁶ Jfr Blomkvist (s. 307) som anför att kravet på vederbörlig omsorg ingår i den pedagogiska plikten.

¹⁷⁷ Kapitel 4.3.1.

¹⁷⁸ Kleineman (1998), s. 189.

¹⁷⁹ Ashton & Elfström, s. 29. Jfr oskälighetsbedömningen i 36 § AvtL. 36 § AvtL tar sikte på frågan om ett avtalsvillkor är oskäligt varvid förevarande bedömning avser frågan om konsultansvar föreligger.

¹⁸⁰ Ashton & Elfström, s. 29; Kleineman (1998), s. 189.

har till sitt förfogande. En specialist bör ha ett större ansvar än någon som saknar dessa kunskaper. Konsultansvaret ökar sålunda i förhållande till konsultens kunskap inom uppdragsområdet.¹⁸¹

Det är oklart i vilken utsträckning en konsult ska betraktas som vårdslös. Frågan bör bedömas utifrån de förhållanden som råder i det enskilda fallet. Utgångspunkten bör rimligtvis vara att konsulten drabbas av påföljder i samband med information och rådgivning som på något sätt strider mot uppdragsavtalet. Om konsulten brutit mot sina förpliktelser aktualiseras vanligtvis skadeståndspåföljden. Vanligtvis är det besvärligt att fastställa vilken skada som ska ersättas samt orsakssambandet mellan den vårdslösa handlingen och skadan. Det kan dessutom vara svårt att fastslå i vilken grad skadevållaren borde ha förutsett risken för att den felaktiga eller vilseledande informationen kunde orsaka den aktuella skadan.¹⁸² Svårigheterna att fastslå skadeståndets omfattning beror naturligtvis på att bedömningen varierar beroende på den enskilda avtalssituationen. Konsultens skadeståndsansvar påverkas däremot även av de begränsningar som har vidtagits.¹⁸³ Enligt min mening är det lämpligt att inte ha några fastställa riktlinjer för bedömningen. Med en helhetsbedömning blir bedömningen mer lämplig för den enskilda situationen. Ett skadestånd kan nämligen vara lämpligt för en överträdelse i en situation men olämplig i en annan situation. Skadeståndets omfattning måste därmed kunna anpassas för den särskilda situationen.

4.3.3 Begränsningar i konsultens ansvar

Det finns ingen lagstiftning som reglerar i vilken mån begränsningar kan användas i konsultavtal. Enligt skadeståndsrättsliga principer har däremot konsulter ett strängt ansvar, vilket förklarar skälet till varför konsulter vill begränsa sitt ansvar.¹⁸⁴ Det ställs särskilt höga krav på professionella konsulter. I många fall riskerar konsulter att drabbas av betydande skadeståndsanspråk och det kan dessutom vara svårt att teckna ansvarsförsäkringar på rimliga villkor. För att kunna överblicka riskexponeringen i avtalet är det därmed angeläget för konsulten att kunna

¹⁸¹ Kersby, s. 155 f; Kleineman (1998), s. 190 f; NJA 1981 s. 1091.

¹⁸² Christina Ramberg (2005), s. 130 f.

¹⁸³ Jfr kapitel 4.3.3.

¹⁸⁴ Ashton & Elfström, s. 81; Ramberg & Ramberg, s. 229 f. NJA 1997 s. 65 ger uttryck för en rådgivares stränga ansvar. Rådgivaren hade i utlåtandet uttryckt att vissa brister i en fastighet behövde åtgärdas men upplyste inte om att det fanns risk för rötskador. HD ansåg att detta innebar att konsulten inte gett tillräckliga upplysningar för att uppdragsgivaren skulle inse risken med den särskilda konstruktionen i fastigheten. Se även NJA 1992 s. 502.

begränsa sitt ansvar på olika sätt.¹⁸⁵ Detta kan exempelvis ske genom upprättandet av friskrivningar, tydliga preciseringar av uppdraget, tecknandet av försäkring och eventuellt genom att avtala om ett lågt arvode.¹⁸⁶

Möjligheten att inskränka konsultansvaret genom friskrivningsklausuler följer, som tidigare nämnts, av principen om avtalsfrihet.¹⁸⁷ På grund av begränsad rättspraxis är det svårt att fastställa vilken utformning en konsults friskrivningsklausul bör ha. I NJA 1987 s. 692 har HD i ett obiter dictum-uttalande enbart anfört att konsulten är ansvarig ”såvida inte förbehåll om frihet från sådant ansvar gjorts i intyget”¹⁸⁸. Detta uttalande ger däremot ingen vidare vägledning i frågan. Det är generellt sett inte möjligt för en konsult att friskriva sig från de yrkesetiska regler som gäller för vederbörande, som exempelvis god advokatsed.¹⁸⁹ I doktrin har det anförts att försäkringar är att föredra framför friskrivningar.¹⁹⁰ Friskrivningar utgör, enligt Kleineman, ett alltför osäkert rättsmedel eftersom den riskerar att träffas av 36 § AvtL, särskilt om friskrivningen är alltför generellt hållen. Försäkringar utgör sålunda betydligt lämpligare skydd för konsulten.¹⁹¹ Christina Ramberg menar att det kan tänkas vara oskäligt enligt 36 § AvtL för en konsult att friskriva sig från ansvar som täcks av en obligatorisk ansvarsförsäkring.¹⁹² Möjligheterna att upprätthålla en ansvarsbegränsning med användningen av ansvarsförsäkringar diskuteras i kapitel 5. Konsultuppdraget är vanligtvis flexibelt och föränderligt under uppdragets gång vilket innebär att det är viktigt att kontinuerligt precisera uppdragets innehåll. Det är vanligtvis konsultens ansvar att precisera uppdraget, med hänsyn till omsorgsplikten. Preciseringsen kan även fungera som en slags ”indirekt friskrivning” för konsulten eftersom det blir möjligt att tydligt precisera vad som utgör konsultens åtaganden i uppdragsavtalet. Om en konsult tydligt preciserar sitt ansvar begränsas nämligen uppdragsgivarens tillit till den förmedlade informationen.¹⁹³ Precisering kan göras genom att konsulten beskriver vilken underlag som denne haft till sitt förfogande, vad denne åtagit sig att göra eller inte göra och vilka osäkerhetsfaktorer som föreligger för de gjorda bedömningarna.¹⁹⁴ Användningen av ett sådant

¹⁸⁵ Ashton & Elfström, s. 81; Ramberg & Ramberg, s. 230.

¹⁸⁶ Ashton & Elfström, s. 76; Kleineman (1998), s. 205.

¹⁸⁷ Christina Ramberg (2005), s. 132.

¹⁸⁸ NJA 1987 s. 692 (s. 704).

¹⁸⁹ Kersby, s. 159; Kleineman (1998), s. 205; Christina Ramberg (2005), s. 132.

¹⁹⁰ Kleineman (1998), s. 205 f. Jfr Christina Ramberg (2005), s. 132.

¹⁹¹ Kleineman (1998), s. 205 f. En generellt hållen klausul riskerar nämligen, som tidigare nämnts, att träffas av 36 § AvtL. Jfr även Kersby s. 158 f.

¹⁹² Christina Ramberg (2005), s. 132.

¹⁹³ Ashton & Elfström, s. 53 och 79; Kleineman (1998), s. 205; Christina Ramberg (2005), s. 132. Jfr vad som anförts om befogad tillit i kapitel 4.3.2.1.

¹⁹⁴ Ashton & Elfström, s. 81.

tillvägagångssätt har förespråkats i doktrin.¹⁹⁵ Christina Ramberg menar dock att uppdragsgivaren möjligtvis bör kunna skydda sig mot alltför omfattande indirekta ansvarsbegränsningar eftersom konsulten även har en skyldighet att undersöka uppdragsgivarens behov och redogöra för risker.¹⁹⁶

Användningen av ett lågt arvode kan möjligtvis också inverka på konsultansvaret. Detta fungerar även som en ”indirekt friskrivning”. Rättsläget är dock oklart. Även om ett lågt arvode aldrig kan medföra att uppdraget avviker utifrån vad som är avtalat, kan det innebära en indikation till att parterna överenskommit om en ansvarsbegränsning av något slag. Problemet med att begränsa ansvaret på detta sätt beror på att det vanligtvis är besvärligt att upprätta en norm för vad som utgör ett normalt arvode för den specifika tjänsten ifråga. Det är däremot klart att konsulten kan begränsa sitt ansvar genom att ange att det, med hänsyn till det låga arvodet, inte gjort fulltäckande undersökningar.¹⁹⁷

4.4 Konsultens friskrivningsklausuler i ett due diligence-uppdrag

En uppdragsgivare i ett due diligence-avtal får förutsätta ett visst ”förväntningsgap”. Med ”förväntningsgap” avses att en konsult inte kan garantera att samtliga risker i målbolaget upptäcks. Förutom att det inte är möjligt att fastställa hur framtida händelser påverkar bolaget hade en alltför omfattande undersökning troligtvis ökat konsultens arvode i motsvarande mån.¹⁹⁸ Det är sålunda möjligt för en konsult i ett due diligence-uppdrag att friskriva sig från ansvar.¹⁹⁹ I vilken utsträckning detta är möjligt är däremot oklart. I doktrin har det anförts att konsultens omsorgskrav vid genomförandet av ett due diligence-uppdrag är mycket omfattande.²⁰⁰ Med hänsyn till en due diligence-undersökning fungerar som ett beslutsunderlag kan det sålunda vara olämpligt om en vårdslös konsult begränsar sitt ansvar i en alltför stor utsträckning.²⁰¹ Detta gäller särskilt om friskrivningsklausulen är allmänt hållen och undersökningen är av ett enklare slag.²⁰² Trots en konsults vårdslöshet bör en allmänt hållen friskrivning som avser rådgivning utanför konsultens kunskapsområde

¹⁹⁵ Kleineman (1998), s. 205; Kersby, s. 159.

¹⁹⁶ Christina Ramberg (2005), s. 132.

¹⁹⁷ Ashton & Elfström, s. 82 f.

¹⁹⁸ Sevenius (2013), s. 479 f.

¹⁹⁹ NJA 2014 s. 272; KPMG-domen.

²⁰⁰ Blomkvist, s. 311.

²⁰¹ Jfr Christina Ramberg (2005), s. 132.

²⁰² Kersby, s. 159; Kleineman (1994/95), s. 702 f.

däremot vara godtagbar.²⁰³ Det bör sålunda vara möjligt att friskriva sig från ansvar för finansiella uppgifter i en legal eller affärsinriktad due diligence-undersökning, såvida inte konsulten vilselett uppdragsgivaren om uppdragets innehåll.²⁰⁴ Detta beror på att uppdragsgivaren i en sådan situation inte har en befogad tillit till konsultens förmedlade information.²⁰⁵ Frågan om friskrivningsklausulers giltighet i due diligence-uppdrag diskuteras mer ingående i följande kapitel.

²⁰³ Kersby, s. 159.

²⁰⁴ Jfr kapitel 4.2.2.

²⁰⁵ Kersby, s. 159.

5 En genomgång och analys av KPMG-domen

5.1 Bakgrund

Den 22 december 2010 meddelades i Stockholm en skiljedom ("KPMG-domen") av en nämnd bestående av Stefan Lindskog²⁰⁶, Eric M. Runesson²⁰⁷ och Axel Calissendorff²⁰⁸. Skiljedomen klandrades därefter till Svea Hovrätt vilken resulterade i att avgörandet blev offentligt för allmänheten. Parterna i målet var KPMG Bohlins AB ("KPMG") och ProfilGruppen AB ("ProfilGruppen"). KPMG hade i uppdrag att biträda ProfilGruppen vid ett antal due diligence-undersökningar av bolaget PWG GmbH & Co KG ("PWG"). Undersökningarna avsåg bolagets finansiella ställning. I uppdragsavtalet mellan parterna fanns en friskrivningsklausul som bland annat begränsade skadeståndsbeloppet. Resultatet av undersökningarna redogjordes i ett skriftligt slutprotokoll. KPMG hade i detta fall försummat att undersöka och redogöra för PWG:s amerikanska dotterbolag som var på obestånd, vilket ingick i uppdraget. Med due diligence-protokollet som beslutsunderlag förvärvade ProfilGruppen bland annat 18 % av aktierna i PWG för cirka 1,7 miljoner euro vilket ungefär motsvarar 17 miljoner kronor. Året därpå såldes aktierna med en total förlust. Tvisten i målet gällde bland annat om KPMG framgångsrikt kunde upprätthålla friskrivningsklausulen som begränsade skadeståndsbeloppet till "*maximalt två gånger det belopp KPMG erhållit som ersättning i enlighet med uppdraget ("Beloppsbegränsningen")*"²⁰⁹. Ersättningen för uppdraget uppgick till cirka 400 000 kronor. Beloppsbegränsningen avsåg sålunda ett belopp som var betydligt mindre än skadans storlek.²¹⁰ Efter en helhetsbedömning fastslog skiljenämnden att riskfördelningen i beloppsbegränsningen var oskälig och att skadeståndsbeloppet skulle jämkas till 8 miljoner kronor. Skiljenämnden anförde att även en orimlig beloppsbegränsning avseende en viss skada kan vara rimlig för en annan skada.²¹¹

²⁰⁶ Justitieråd och ordförande i Högsta domstolen.

²⁰⁷ Advokat och partner i Sandart & Partners.

²⁰⁸ Advokat och partner i Calissendorff & Co Advokatbyrå.

²⁰⁹ KPMG-domen, s. 3.

²¹⁰ KPMG-domen, s. 1-3.

²¹¹ KPMG-domen, s. 40 f och 43.

Även om skiljedomar inte är prejudicerande för det svenska rättsläget har det i doktrin anförts att denna skiljedom kan vara av särskild betydelse för praktiserande jurister eftersom rättspraxis är begränsad. Liknande uppdragsavtal regleras vanligtvis med skiljeklausuler vilket innebär att ett eventuellt framtida skiljeavgörande sällan blir offentlig för allmänheten.²¹²

5.2 Uppdragets omfattning

I målet var parterna oense om uppdragets omfattning och begränsningar. ProfilGruppen menade att undersökningar av PWG:s amerikanska dotterbolag ingick i uppdraget. KPMG anförde däremot att uppdraget hade begränsats kraftigt under uppdragets genomförande och avsåg ingen undersökning av PWG:s dotterbolag. Skiljenämnden menade att uppdragets omfattning skulle bestämmas av uppdragsbrevet i enlighet med ProfilGruppens tolkning.²¹³ I avgörandet framgick det att konsulten i uppdragsbrevet klart måste redogöra för uppdragets omfattning, förutsättningar och begränsningar för att kunna fastställa uppdragets syfte.²¹⁴ En bifogad arbetsbeskrivning ska även som utgångspunkt ingå i uppdraget trots att beskrivningen enbart utgör ett arbetsverktyg för konsulten.²¹⁵ Detta har bekräftats i doktrin. En konsult kan inte undgå ansvar enbart genom att hävda att uppdraget är begränsat i strid med det skriftliga uppdragsavtalet. En begränsning av en konsults omfattande ansvar måste tydligt framgå antingen i det skriftliga avtalet eller på något annat lämpligt sätt.²¹⁶ Skiljenämnden betonade även, i enlighet med gällande rätt, betydelsen av att due diligence-rapporten är pedagogiskt utformad. En tydligt utformad due diligence-rapport förenklar uppdragsgivarens och andra läsares möjlighet att bedöma målbolagets ekonomiska ställning. Utgångspunkten är, som tidigare nämnts, nämligen att rapporten ska fungera som ett beslutsunderlag för uppdragsgivaren.²¹⁷ Skiljenämndens argumentation i denna del är sålunda förenlig med gällande rätt.

²¹² Blomkvist, s. 299.

²¹³ KPMG-domen, s. 23 f.

²¹⁴ KPMG-domen, s. 24. Jfr Blomkvist, s. 304 och 312.

²¹⁵ Christina Ramberg (2010/11), s. 919. Jfr skiljedomen, s. 25.

²¹⁶ Christina Ramberg (2010/11), s. 919 f. Jfr skiljedomen, s. 24.

²¹⁷ KPMG-domen, s. 25; Blomkvist, s. 304 och 312; Christina Ramberg, (2010/11), s. 920.

5.3 Skiljenämndens bedömning av ansvarsbegränsningen

5.3.1 En rimlig riskfördelning framför en traditionell culpabedömning

ProfilGruppen framhöll att beloppsbegränsningen inte kunde upprätthållas på grund av KPMG:s grovt vårdslösa agerande vid genomförandet av uppdraget.²¹⁸ Det är inte helt klart om skiljenämnden ansåg att KPMG hade handlat grovt vårdslöst. Å ena sidan framhöll nämnden att KPMG, förutom att ha agerat oaktsamt, hade ”*fundamentalt åsidosatt sitt uppdrag*”²¹⁹ och ”*grovt åsidosatt sin pedagogiska plikt*”²²⁰. Dessa uttalanden talar för att KPMG faktiskt förfarit grovt vårdslös. Å andra sidan anförde skiljenämnden att oskälighetsbedömningen av beloppsbegränsningen skulle utgå från en helhetsbedömning och inte enbart utifrån en bedömning om i vilken grad konsulten varit klandervärd. Skiljenämnden framhöll att det sistnämnda tillvägagångssättet är förlegat i samband med införandet av 36 § AvtL. Jämkningsmöjligheten i 36 § AvtL medger nämligen ett betydligt smidigare tillvägagångssätt för att avgöra huruvida en ansvarsbegränsning utgör en rimlig riskfördelning.²²¹ Användningen av den traditionella culpabedömningen är, enligt skiljenämnden, också olämplig eftersom begreppet ”grov vårdslöshet” är svårtolkat.²²² Skiljenämnden avvisade sålunda principen om att friskrivning inte är möjlig för grovt vårdslöst agerande.²²³ Enligt min mening ansåg skiljenämnden att KPMG hade agerat grovt vårdslöst men att detta inte ensamt var avgörande för frågan om beloppsbegränsningen skulle åsidosättas eller inte.²²⁴ Med hänsyn till detta hade skiljenämnden kunnat jämka ansvarsbegränsningen i det aktuella fallet även om KPMG inte hade varit grovt vårdslös.

I doktrin har det framförts delade uppfattningar om skiljenämndens avgörande i detta avseende, är korrekt i enlighet med gällande rätt.²²⁵ Christina Ramberg instämmer med skiljenämndens bedömning.²²⁶ Hon

²¹⁸ KPMG-domen, s. 3 och 38.

²¹⁹ KPMG-domen, s. 30.

²²⁰ KPMG-domen, s. 32.

²²¹ KPMG-domen, s. 38, 39 och 41.

²²² KPMG-domen, s. 38. Jfr Christina Ramberg (2010/11), s. 927 f.

²²³ Jfr kapitel 2.2.3.

²²⁴ Denna uppfattning förespråkar Christina Ramberg (2010/11, s. 929). Jfr Jan Ramberg (1999, s. 388 f) som anför att en ansvarsbegränsning enbart ska åsidosättas vid medvetna risktaganden.

²²⁵ Blomkvist; Christina Ramberg (2010/11).

²²⁶ Christina Ramberg (2010/11), s. 929.

menar att det är lämpligt att med principerna i 36 § AvtL göra en helhetsbedömning för att avgöra om ansvarsbegränsningen är oskälig, och i sådana fall avgöra skälighetsnivån på själva begränsningen. En bedömning utifrån principen om grov vårdslöshet kan enbart leda till två resultat. Antingen får den skadelidande full ersättning eller ingen ersättning utöver vad som följer av beloppsbegränsningen. Ett sådant tillvägagångssätt kan vara olämpligt, särskilt för uppdragsgivarens del. En ansvarsbegränsning kan nämligen i ett sådant fall enbart åsidosättas om konsulten varit grovt vårdslös. Om däremot konsulten varit vårdslös, men inte grovt vårdslös, blir uppdragsgivaren utan ersättning såvida detta anges i friskrivningen. Ett sådant resultat kan betraktas som stötande i en situation där uppdragsgivarens faktiska förlust kan uppgå till mycket höga belopp. Med hjälp av jämkning och en helhetsbedömning av avtalsförhållandet undanröjs däremot detta problem och bedömningen blir betydligt smidigare.²²⁷ Blomkvist ställer sig däremot kritisk till skiljenämndens resonemang kring riskavvägning. Hon menar att åsidosättandet av en ansvarsbegränsning fortsättningsvis bör kräva någon form av medvetet eller kvalificerat klandervärt risktagande hos skadevållaren.²²⁸ Detta är av betydelse för att upprätthålla förutsebarheten mellan parterna. Om förutsättningarna för att åsidosätta ansvarsbegränsningar uppluckras skulle det, enligt Blomkvist, kunna innebära att konsulternas arvoden höjs i takt med ökade försäkringspremier. Det skulle nämligen bli dyrare att försäkra sig från ansvar ifall ansvarsbedömningen är oförutsägbar. Dessutom menar Blomkvist att om kraven på vårdslöshet skulle sänkas så kommer konsulterna behöva vidta orimliga och obefogade undersökningsåtgärder. En sådan utveckling är inte önskvärd eftersom det aldrig är möjligt att upptäcka alla möjliga risker i ett bolag.²²⁹

Även om Blomkvists resonemang i detta avseende är rimligt är min uppfattning att en ansvarsbegränsning ska bedömas utifrån en bedömning av hela avtalsförhållandet. Detta gäller särskilt för beloppsbegränsningar. Med en sådan bedömning blir det nämligen möjligt att jämka beloppsbegränsningen till ett rimligt belopp utifrån den särskilda situationen. Detta hade inte varit möjligt med den traditionella culpabedömningen.²³⁰ Det är däremot av betydelse att ansvarsbegränsningen är tydligt formulerad för att få något genomslag i praktiken eftersom en helhetsbedömning bidrar till betydande oförutsägbarhet.²³¹

²²⁷ Christina Ramberg (2010/11), s. 929.

²²⁸ Blomkvist, s. 309 f.

²²⁹ Blomkvist, s. 310. Jfr ”*förväntningsgapet*” i kapitel 4.4.

²³⁰ Jfr KPMG-domen, s. 41; Christina Ramberg (2010/11), s. 929.

²³¹ Jfr Blomkvist, s. 310.

5.3.1.1 Konsultens befogade intresse att skydda sig med en ansvarsbegränsning

I domen diskuterade skiljenämnden några aspekter som är av betydelse för bedömningen om en ansvarsbegränsning ska upprätthållas. Dessa aspekter är inte uttömmande utan även andra aspekter kan vara av relevans vid bedömningen. Av särskild betydelse för frågan om begränsningen bör upprätthållas, är huruvida en vårdslös konsult har ett befogat intresse av att skydda sig mot följderna av sådana förbiseenden och misstag, som är naturligt och oundvikligt förbundna med uppdraget. Om konsulten har ett sådant befogat intresse talar detta för att begränsningen ska upprätthållas i avtalet. För att avgöra huruvida konsulten har ett befogat intresse av att skydda sig med en friskrivningsklausul diskuterades olika förhållanden. Några exempel på sådana förhållanden är om en riskbegränsning kan åstadkommas på ett annat sätt än med en friskrivning, det vill säga om försäkringsskyddet framstår som motiverat för både konsulten och uppdragsgivaren samt om kontraktsbrottet avser en central förpliktelse eller ett åtagande av mindre relevans. Efter bedömning av samtliga förhållanden fastslog däremot skiljenämnden att KPMG inte hade ett befogat intresse av att skydda sig genom ansvarsbegränsningen.²³² I det följande diskuteras närmare skiljenämndens argumentation kring de olika aspekterna av betydelse för bedömningen.

5.3.1.1.1 Andra metoder än ansvarsbegränsning för att begränsa risker

Skiljenämnden diskuterade även KPMG kunde åstadkomma en begränsning på ett annat sätt än genom en ansvarsbegränsning. Skiljenämnden anförde att en ansvarsbegränsning kan betraktas som obefogad såvida det är möjligt att åstadkomma en begränsning på ett annat sätt, exempelvis genom en tydlig precisering av omfattningen av uppdraget. I det aktuella fallet ansåg skiljenämnden att KPMG inte hade något befogat intresse att upprätthålla ansvarsbegränsningen eftersom KPMG inte på ett tillräckligt tydligt sätt preciserat uppdragets omfattning.²³³

Det har, som tidigare nämnts, även i doktrin bekräftats att en konsult bör begränsa sitt ansvar genom en tydlig precisering av uppdraget med en friskrivningsklausul.²³⁴ I NJA 2001 s. 878 belyser HD vikten av att

²³² KPMG-domen, s. 38 f.

²³³ KPMG-domen, s. 39 f.

²³⁴ Jfr kapitel 4.3.3 om begränsningar i konsultansvaret. Jfr Kersby, s. 159.

konsulten tydligt preciserar sina förpliktelser för att undgå ansvar.²³⁵ Målet handlade om en vårdslös konsults ansvar i förhållande till en bank som inte utgjorde konsultens avtalspart. Konsulten hade uppmärksammat syftet med uppdraget genom att ange att intyget var upprättat ”i anledning av en tvist”²³⁶ och att intyget innehöll vissa brister. Banken förlitade sig på konsultens bristfälliga värderingsintyg i samband med en kreditgivning. Trots att konsulten i det aktuella fallet hade varit vårdslös ansåg HD att konsulten upprättat en tillräckligt godtagbar precisering av uppdraget för att undgå ansvar.²³⁷ Detta rättsfall stärker uppfattningen att en tydlig precisering av uppdraget är av avgörande betydelse för konsultens möjligheter att begränsa sitt ansvar.

I doktrin har däremot framkommit att ett avtal som reglerar alla slags överenskommelser mellan parterna, ett så kallat ”fulländat kontrakt”, inte existerar i verkligheten. Skälet till detta är de höga transaktionskostnader som är förknippade med avtalsskrivandet.²³⁸ Ett alltför preciserat avtal kan sålunda vara omotiverat av kostnadsskäl. Det är dock oklart när ett avtal i detta avseende ska betraktas som alltför preciserat. Även om ett avtal i samband med preciseringen blir obefogat dyrt innebär det inte enligt min mening, att konsulten inte ska kunna skydda sig med ansvarsbegränsningar. En konsult bör sålunda ha ett befogat intresse av att friskriva sig med en ansvarsbegränsning även om preciseringen av avtalet blir kostnadsmässigt omotiverad. I kommersiella avtal ingår det nämligen ett visst medvetet risktagande. Parterna har vanligtvis en möjlighet att vägra ingå i avtal med varandra såvida kostnaderna skulle bli alltför höga. Detta bör inte påverka konsultens möjligheter att begränsa sitt ansvar med ansvarsbegränsningar.

5.3.1.1.2 Konsultens och uppdragsgivarens möjligheter att skydda sig genom försäkring

Idag är i princip alla större svenska företag försäkrade med en ansvarsförsäkring.²³⁹ Ansvarsförsäkring gäller för skadeståndsskyldighet som uppstår i en försäkrad verksamhet.²⁴⁰ I KPMG-domen utgjorde parternas möjligheter att teckna försäkring en annan aspekt än av konsultens befogade intresse av att skydda sig med en ansvarsbegränsning. Skiljenämnden anförde att en konsult har fog att begränsa sitt ansvar med en

²³⁵ Jfr NJA 1987 s. 692; NJA 2001 s. 878.

²³⁶ NJA 2001 s. 878 (s. 885).

²³⁷ NJA 2001 s. 878.

²³⁸ Skogh, s. 25 f.

²³⁹ Bengtsson (2012), s. 58 f.

²⁴⁰ Ullman, s. 70.

ansvarsbegränsning såvida det utifrån kostnaderna eller den normala verksamhetsomfattningen är omotiverat att teckna en försäkring. Huruvida en konsult har ett sådant befogat intresse beror även på, enligt skiljenämnden, uppdragsgivarens möjligheter att teckna försäkring eller på annat sätt skydda sig från skador.²⁴¹

I doktrin har det framgått att det i många branscher är oskäligt att begränsa sitt skadeståndsansvar till ett lägre belopp än vad som utgår enligt en konsults normala ansvarsförsäkring. Detta tankesätt återspeglas i domskälen. Enligt skiljenämnden var ansvarsbegränsningen inte rimlig eftersom den *”inte ens är i närheten av vad som hänsyn till KPMG:s naturliga nivå på skydd genom ansvarsförsäkring framstår som motiverat”*. Ansvarsbegränsningen ansågs sålunda inte motsvara det naturliga skydd som följer av en konsults ansvarsförsäkring. I domskälen framgår det varken om KPMG i det aktuella fallet hade ett godtagbart försäkringsskydd eller vad som generellt sett motsvarar en naturlig nivå på försäkringsskydd för konsulter i samma bransch.²⁴² Ullman intar uppfattningen att det är oklart huruvida svensk rätt medger jämkning av en ansvarsbegränsning vid förekomst eller avsaknad av försäkringsskydd.²⁴³ När det gäller frågan om vad som utgör en bruklig försäkring menar Ullman att utgångspunkten bör vara varje branschs försäkringspraxis och de i branschen förekommande riskerna. Det går sålunda inte att dra några generella slutsatser.²⁴⁴ Enligt min mening borde skiljenämnden tydligare ha utrett vad som utgjorde *”naturliga nivå på skydd genom ansvarsbegränsning”*²⁴⁵. Det kan däremot tänkas att skiljenämnden ansåg att ansvarsbegränsningen var så pass ingripande att en sådan utredning i det aktuella fallet inte var nödvändig. Om detta stämmer är skiljenämndens argumentation i detta avseende godtagbar.

Utgångspunkten för bedömningen i skiljedomen var sålunda vilken av parterna som hade bästa möjlighet att teckna försäkring.²⁴⁶ Detta synsätt överensstämmer med vad Skogh anser är en rimlig riskfördelning vad avser *”påverkbara risker”*. Med påverkbara risker avses risker som ligger inom någon av parternas kontrollsfär. Riskplaceringen bedöms enligt Skogh, utifrån viken av parterna som är *”bäst försäkringsgivare”* och vilken av parterna som har bästa möjlighet att förhindra skadans uppkomst. Den bästa

²⁴¹ KPMG-domen, s. 39.

²⁴² KPMG-domen, s. 40.

²⁴³ Ullman, s. 216. Jfr Christina Ramberg (2010/11, s. 931) som anför att *”frågan om ansvarsförsäkringens betydelse vid oskälighetsbedömningen av ansvarsbegränsningsklausuler är inte klarlagd i lag eller rättspraxis”*.

²⁴⁴ Ullman, s. 217.

²⁴⁵ KPMG-domen, s. 40.

²⁴⁶ Detta framgick inte uttryckligen men skiljenämnden anförde att både konsultens och uppdragsgivarens möjligheter hade betydelse för oskälighetsbedömningen av ansvarsbegränsningen, jfr KPMG-domen, s. 39.

försäkringsgivaren utgörs av den part som till lägst kostnad försäkra sig.²⁴⁷ I det aktuella fallet bör sålunda KPMG anses både vara den bästa försäkringsgivaren och den part som har bästa möjlighet att förhindra skadans uppkomst. Skadan hade nämligen kunnat förhindras om KPMG hade preciserats uppdragets innehåll och utfört uppdraget i enlighet med avtalsinnehållet.

Det framgår även i förarbeten, doktrin och rättspraxis att förekomsten av ansvarsförsäkring och parternas möjligheter att teckna försäkring påverkar oskälighetsbedömningen.²⁴⁸ I förarbetena framgår det att domstolen särskilt ska beakta skadevållarens möjligheter att täcka de aktuella skadorna med en ansvarsförsäkring. Den skadelidandes möjligheter att teckna försäkring är däremot av underlägsen betydelse när det gäller följdskador²⁴⁹ eftersom ansvarsförsäkringar sällan täcker sådana förluster.²⁵⁰ I den aktuella skiljedomen avsågs skadan däremot som en ren förmögenhetsskada, det vill säga en ekonomisk skada som uppkommit utan samband med att någon lider en person- eller sakskada.²⁵¹ I förarbetena framgår det inte hur oskälighetsbedömningen ska göras beträffande en sådan skada. Ansvarsförsäkringen ersätter vanligtvis inte skadeståndsskyldighet som avser ren förmögenhetsskada.²⁵² Utgångspunkten bör, med hänsyn till detta, vara att den skadelidandes möjligheter att teckna ansvarsförsäkring i oskälighetsbedömningen ska beaktas i samma utsträckning som skadevållarens möjligheter, i vart fall när det gäller en ren förmögenhetsskada.²⁵³

I doktrin har det framförts att ansvarsförsäkringen ingår som en faktor i oskälighetsbedömningen.²⁵⁴ Enligt Bertil Bengtsson bör parternas möjligheter till försäkring utgöra ett argument, som dock nödvändigtvis inte är avgörande, för ökat ansvar.²⁵⁵ Även Kleineman är av uppfattningen att försäkringsfrågan ska ingå i oskälighetsbedömningen. Underlåtelse för professionella konsulter att teckna försäkring kan betraktas som försumligt. Kravet på ansvarsförsäkring ska dessutom för vissa yrkesgrupper som exempelvis advokater och revisorer, anses som tvingande medans kravet är frivilligt för andra. Försäkringsfrågan får sålunda störst betydelse för

²⁴⁷ Skogh, s. 33 - 35.

²⁴⁸ SOU 1974:83, s. 183; Ramberg & Ramberg, s. 233; NJA 1998 s. 390.

²⁴⁹ En följdskada är en sådan ekonomisk förlust vid sakskada som går utöver sakens värde, till exempel inkomstförlust när en skadad maskin inte kan användas.

²⁵⁰ SOU 1974:83 s. 183.

²⁵¹ Jfr 1:2 SkL.

²⁵² Ullman, s. 78.

²⁵³ Jfr Ullman, s. 78.

²⁵⁴ Bengtsson (2012), s. 79; Christina Ramberg (2010/11), s. 930 f; Jan Ramberg (1999), s. 388 f. Lundmark, s. 115; Ullman, s. 216.

²⁵⁵ Bengtsson (2012), s. 79.

ansvarsbegränsningar i avtal där konsulten tillhör de förstnämnda yrkesgrupperna. Förutom att bedömningen tar sikte på förekomsten av konsultens försäkring beaktas även, enligt Kleineman, frågan om den befintliga försäkringen utgör ett godtagbart skydd. Vilket försäkringsskydd konsulten bör ha beror på konsultens förmåga att överblicka sitt försäkringsbehov. I denna bedömning spelar en parts ekonomiska ställning en viss roll. Kleineman menar att det ställs högre krav på ett större företags förmåga att kunna överblicka sina försäkringsbehov jämfört med ett mindre företag.²⁵⁶ Med Kleinemans uppfattning är utgångspunkten att skadeståndet inte kan jämkas för en skadevällare som har en heltäckande ansvarsförsäkring.²⁵⁷ Detta synsätt ger stöd för uppfattningen att oskälighetsbedömningen i stor utsträckning bör fokuseras på försäkringsmöjligheter. Detta är inte förenligt med grunderna i 36 § AvtL. Bedömningen bör enligt min mening fortsättningsvis avse en helhetsbedömning av hela avtalsförhållandet.

Ramberg & Ramberg intar, som tidigare nämnts, inställningen att oskälighetsbedömningen bör utgå från att en ansvarsbegränsning även vid grovt vårdslöst agerande kan upprätthållas när parterna väljer att ”kanalisera ansvaret” till den part som har försäkrat sig mot risken med en ansvarsförsäkring.²⁵⁸ Detta innebär att förekomsten av en försäkring medför att en annars otillåten ansvarsbegränsning kan upprätthållas i ett avtal. Även om argumentationen skiljer sig åt ger författarna uttryck för att försäkringsförhållanden är betydelsefulla i frågan om vad som utgör ett skäligt skadestånd och därmed i frågan om åsidosättande eller jämkning av en ansvarsbegränsning.

I rättspraxis har frågan om den skadelidandes försäkringsförhållanden diskuterats. I Bergman & Beving-målet betraktades en köpares försäkringsmöjligheter som ett skäl till att en ansvarsbegränsning, trots säljarens vårdslöshet, inte skulle betraktas som oskälig.²⁵⁹ Denna princip har bekräftats i det tidigare nämnda rättsfallet NJA 1998 s. 390. HD anförde att försäkrings- och kanaliseringssynpunkter kan medföra att en annars otillåten ansvarsbegränsning godtas. Om en skadelidande part har bättre möjligheter än skadevällaren att skydda sig genom försäkring kan även en oskälig

²⁵⁶ Kleineman (1998), s. 206.

²⁵⁷ Jfr Kleineman (1998), s. 206 f. Jfr prop. 1975/12 s. 138.

²⁵⁸ Ramberg & Ramberg, s. 233. Jfr däremot Jan Rambergs mer restriktiva inställning (1999, s. 388 f) att ansvarsbegränsning enbart bör åsidosättas vid uppsåtliga handlingar eftersom parterna har en möjlighet att teckna försäkringar och räkna in de ökade kostnaderna i avtalet. Jfr även Christina Ramberg (2010/11, s. 930 f) som anför att försäkringsfrågan är en betydelsefull faktor vid oskälighetsbedömningen av en ansvarsbegränsning.

²⁵⁹ NJA 1979 s. 483.

ansvarsbegränsning upprätthållas. Detta gäller särskilt om en försäkring redan har tecknats. I det aktuella fallet ansåg dock HD att ansvarsbegränsningen inte kunde upprätthållas med hänsyn till skadevållarens grova vårdslöshet.²⁶⁰ I skiljedomen diskuterades knappt ProfilGruppens möjligheter att skydda sig genom att teckna försäkring. Skiljenämnden anförde endast att KPMG genom sitt agerande hade betagit ProfilGruppens möjligheter att skydda sig från riskerna i avtalet. Eftersom KPMG inte hade tydliggjort uppdragets innehåll tog ProfilGruppen, som tidigare nämnts, en okänd risk genom att förvärva PWG. Skiljenämnden ansåg sålunda att ProfilGruppen, med hänsyn till KPMG:s agerande, inte haft någon möjlighet att teckna försäkring eftersom ProfilGruppen inte hade insett riskerna med förvärvet.²⁶¹ Det var uppenbart att KPMG hade bättre möjligheter än ProfilGruppen att skydda sig genom försäkring. Den skadelidande parten i ovan nämnda NJA 1998 s. 390 hade till skillnad från ProfilGruppen större möjligheter att begränsa sina skador genom försäkring.²⁶² Enligt Ullman kan det tänkas att en annars tillåten ansvarsbegränsning kan komma att underkännas såvida konsulten inte uppmärksammat uppdragsgivaren om försäkringsbehovet.²⁶³

Sammanfattningsvis framgår det inte tydligt, av de anförda rättskällorna om vilka konsekvenser, som försäkringsförhållanden får för avtalsparterna i en oskälighetsbedömning av en ansvarsbegränsning. Utgångspunkten bör däremot vara att den part som på bästa sätt kan försäkra sig mot riskerna i avtalet även ska göra detta. Enligt min mening bör domstolen i en oskälighetsbedömning tydligare redogöra för parternas faktiska försäkringsmöjligheter i den enskilda situationen. Förutom det bör den även utgå från tillgången på försäkringsmöjligheter för den aktuella branschen. Skiljenämnden underlät att redogöra för detta i KPMG-fallet. Det kan tänkas att skiljenämnden ansåg att en närmare utredning var överflödigt med hänsyn till att de ansåg att ansvarsbegränsningen inte ens i närheten motsvarade ett naturligt försäkringsskydd för KPMG.

Även om det är av avgörande betydelse att även utreda den skadelidandes försäkrings- och skyddsmöjligheter gjorde inte skiljenämnden detta i det aktuella fallet. Skälet till detta var dock att KPMG utgjorde den part som på bästa sätt kunde försäkra sig mot riskerna i avtalet genom försäkring. Om ProfilGruppen däremot hade varit bäst lämpad att teckna ansvarsförsäkring hade den annars otillåtna ansvarsbegränsningen kunnat godtas och

²⁶⁰ NJA 1998 s. 390. Jfr *Bergman & Beving-målet*.

²⁶¹ KPMG-domen, s. 40.

²⁶² NJA 1998 s. 390.

²⁶³ Ullman, s. 215.

upprätthållas mellan parterna.²⁶⁴ Sammantaget är det av förutsägbarhetsskäl av avgörande betydelse för parterna att utreda sina försäkringsmöjligheter innan upprättandet av avtalet och eventuella ansvarsbegränsningar.

5.3.1.1.3 Skyddsändamålet med den åsidosatta normen

En annan omständighet av betydelse för frågan om KPMG haft ett befogat intresse av att skydda sig med en ansvarsbegränsning var om den åsidosatta förpliktelsen avsåg ett centralt åtagande eller ett åtagande av mindre betydelse.²⁶⁵ Skiljenämnden ansåg att KPMG:s underlåtenhet att undersöka PWG:s dotterbolag skulle utlösa KPMG:s skadeståndsansvar. Vilket avsåg ett centralt åtagande i uppdragsavtalet.²⁶⁶

Skiljenämndens domskäl kan tänkas ge uttryck för vad som i doktrin betecknas som en ”*civilrättslig proportionalitetsprincip*”. Med detta avses att avtalsbrottet och påföljden ska stå i rimlig proportion till varandra. Om den åsidosatta förpliktelsen avser ett centralt åtagande i avtalet, så bör påföljden vara strängare än om avtalsbrottet avser ett åtagande av mindre betydelse. En ansvarsbegränsning kan sålunda betraktas som oskälig såvida det inte föreligger någon rimlig balans mellan avtalsbrottet och påföljden.²⁶⁷

Det framgår att resonemangen kring ett tydligt preciserande av uppdraget och frågan om kontraktetsbrottet avser en central förpliktelse eller förpliktelse av mindre betydelse har många likheter. Ett centralt åtagande kan nämligen få mindre relevans om en konsult tydligt preciserar uppgiften och sålunda skapar en ”*indirekt friskrivning*”. Om KPMG exempelvis tydligt hade begränsat sitt uppdrag till att inte avse en undersökning av PWG:s dotterbolag hade denna centrala förpliktelse i avtalet blivit en förpliktelse av mindre relevans. Det är sålunda möjligt för konsulten att förändra vikten av de olika förpliktelserna i avtalet.

²⁶⁴ Jfr NJA 1998 s. 390.

²⁶⁵ KPMG-domen, s. 39. På s. 39 står det om att ”*uppdragsgivaren*” inte har uppfyllt sin förpliktelse, men jag förutsätter att detta är ett skrivfel och att skiljenämnden avser uppdragstagaren.

²⁶⁶ KPMG-domen, s. 39 f.

²⁶⁷ Lundmark, s. 199.

6 Sammanfattande analys

6.1 Inledning

Ändamålet med denna uppsats är att utreda i vilken utsträckning det svenska rättssystemet tillåter ansvarsbegränsningar i ett konsultavtal. KPMG-domen utgör ett exempel på hur oskälighetsbedömningen av en ansvarsbegränsning i ett avtal mellan kommersiella parter kan gå tillväga. En redogörelse och analys av skiljedomen har genomförts för att kunna fastställa huruvida avgörandet överensstämmer med gällande rätt. Inledningsvis har tre frågeställningar formulerats för att besvara huvudfrågan i uppsatsen.²⁶⁸

6.2 Förhållandet mellan avtalsfriheten och reglerna om jämkning av oskäliga avtalsvillkor

Friskrivningsklausulen utgör ett viktigt verktyg inom den svenska avtalsrätten. Framförallt fungerar en friskrivning som en avtalad riskfördelning mellan avtalsparterna. Detta innebär att de risker som är förknippade med avtalet omfördelas, jämfört med vad som följer av den dispositiva rätten. Även om utgångspunkten är att den dispositiva rätten motsvarar en rimlig riskfördelning är denna riskfördelning inte alltid mest lämpad för den aktuella avtalssituationen. Särskilt kommersiella avtalsparter använder sig av möjligheten att upprätta egna riskfördelningar. Problemet med avtalsfriheten i detta avseende är att avtalet i sin tur kan bli ofördelaktigt för den ena avtalsparten. Ett exempel på en sådan situation är om den skadelidandes möjligheter att erhålla ersättning för skada i alltför stor utsträckning är begränsad genom en ansvarsbegränsning. Med hänsyn till att en ansvarsbegränsning utgör ett avtalsvillkor är det därmed möjligt att tillämpa 36 § AvtL.

Det är för övrigt missvisande att beteckna en avtalad ansvarsbegränsning som oskäligen eller skälig. All avvikelser från dispositiv rätt bör betraktas som oskäligen eftersom den dispositiva rätten motsvarar vad som generellt sett är skäligt. Om en ansvarsbegränsning i ett särskilt fall godtas bör sålunda frågan istället bedömas utifrån vilken grad av oskälighet som är acceptabel i den aktuella situationen.

²⁶⁸ Jfr kapitel 1.2.

Det är oklart i vilken utsträckning kommersiella parter får friskriva sig från ansvar. Utgångspunkten för bedömningen är däremot avtalsfriheten. Detta innebär att en domstol så långt som det är möjligt, ska undvika att ändra ett oskäligt avtalsinnehåll. I rättspraxis har det generellt sett framgått att friskrivningsklausuler upprättade av jämställda kommersiella parter ska begränsas med stor återhållsamhet. Kommersiella avtal ger nämligen uttryck för ett medvetet risktagande. En part som missgynnas av ett särskilt avtalsvillkor får sålunda som utgångspunkt ”*skylla sig själv*”. I det så kallade *Bergman & Beving-målet* framgår däremot att denna avtalsfrihet inte är gränslös. Rättsfallet ger uttryck för att en friskrivningsklausul i kommersiella avtalsförhållanden i vart fall måste upprätthålla en rimlig balans mellan parternas rättigheter och skyldigheter. Det framgick dock inte vad som avses med en rimlig balans, utan detta får avgöras i varje enskilt fall. Detta tillvägagångssätt är förenligt med den flexibilitet som präglar oskälighetsbedömningen i 36 § AvtL.

Det är inte möjligt att på förhand fastställa huruvida en ansvarsbegränsning är ogiltig i sig enligt 36 § AvtL, utan begränsningen måste inledningsvis prövas i ett domstolsförfarande. Med hänsyn till att domstolen tillåts att döma utifrån den särskilda avtalssituationen ökar domstolens möjligheter att avlägga en rättvis dom anpassad utifrån det enskilda fallet. Ett rättvist domstolsavgörande är i sin tur fördelaktigt för berörda avtalsparter. Nackdelen med ett sådant tillvägagångssätt är däremot oförutsägbarheten.

Den så kallade ”*civilrättsliga proportionalitetsprincipen*”²⁶⁹ ska även beaktas i bedömningen av vad som utgör en rimlig riskfördelning mellan kommersiella avtalsparter. En ansvarsbegränsning ska sålunda inte upprätthållas såvida det saknas en rimlig balans mellan avtalsbrottet och påföljden i fråga. Detta gäller särskilt för beloppsbegränsningar. Oskälighetsbedömningen tar nämligen särskilt sikte på otydligt formulerade friskrivningar som är svårtolkade. En beloppsbegränsning föreskriver däremot vanligtvis att ett eventuellt skadestånd ska motsvara ett bestämt minimum- eller maximumbelopp. Oskälighetsbedömningen behöver sålunda endast avgöra huruvida det bestämda beloppet motsvarar en typisk skada som kan uppstå i en liknande situation.²⁷⁰ För att undgå risken att drabbas av skadeståndsansvar är det sålunda av betydelse att inte upprätta en friskrivningsklausul som begränsar skadeståndsansvaret i större utsträckning än vad som följer av ”*typisk skada*” i en liknande situation. Detta tillvägagångssätt är dessutom förenligt med grundtanken med 36 § AvtL, vilket är att ett avtalsvillkor kan vara oskäligt i en situation men skäligt i en annan.

²⁶⁹ Lundmark, s. 199.

²⁷⁰ Jfr MD 1995:3 och resonemanget i kapitel 5.3.1.1.3.

Friskrivningsklausuler i kommersiella avtal med jämställda parter ska sålunda uppfylla kravet på ”rimlig balans” mellan parternas rättigheter och skyldigheter. Förutom detta ska det aktuella avtalsbrottet och påföljden uppfylla kravet på proportionalitet.

6.3 Konsultansvaret och möjligheterna att begränsa detta ansvar

Konsultansvaret bygger på att motparten, eller någon utomstående, har en befogad tillit till konsultens slutrapport. En vårdslös konsult blir sålunda enbart ansvarig för uppgifter som ingår i konsultens ”*professionella sfär*”.²⁷¹ Förutom detta utgör omsorgsplikten en särskilt ansvarsgrundad faktor för konsultansvaret. Med hänsyn till att kravet på uppdragets utförande är vederbörlig fackmässighet ska inte bagatellartade brister i utförandet innebära att omsorgsplikten har åsidosatts. Utgångspunkten bör nämligen vara att konsulten ska iaktta omsorg i den utsträckning det är försvarligt med hänsyn till transaktionskostnaderna. Om konsulten förväntas vara noggrannare än vad som följer av vederbörlig fackmässighet ska konsulten kompenseras genom ett högre arvode. Ett lågt arvode kan sålunda utgöra en indikation på att konsultens ansvar har begränsats.

Förutom upprättandet av friskrivningar, kan konsultansvaret begränsas genom tydliga preciseringar av uppdraget. En konsult kan både precisera uppdragets omfattning vid upprättandet av uppdragsavtalet och i samband med redovisningen av slutrapporten. En konsults preciseringar av uppdraget och försäkringsmöjligheter påverkar i sin tur giltigheten av en upprättad ansvarsbegränsning. Det är oklart hur dessa faktorer förhåller sig till varandra.

En konsult som tydligt preciserar sitt ansvar har dock större möjligheter att upprätthålla en orimlig ansvarsbegränsning i jämförelse om precisering inte hade skett. Detsamma gäller för motsatsen, det vill säga en bristande precisering kan medföra att en annars tillåten friskrivning inte godtas i det särskilda fallet. Konsultens försäkringsmöjligheter kan på samma sätt inverka på tillåtligheten av en ansvarsbegränsning. Upprättandet av en ansvarsförsäkring begränsar dock inte självständigt konsultens ansvar. Om konsulten är den part som har bäst möjlighet att förebygga risker i avtalet genom försäkring eller på annat sätt är det dock ett förhållande som talar för att konsulten inte, genom en ansvarsbegränsning, kan begränsa sitt ansvar i

²⁷¹ Jfr kapitel 4.3.2.1.

alltför stor utsträckning. Det är sålunda av avgörande betydelse att utreda vem av parterna som ska betraktas som den ”bästa försäkringsgivaren”²⁷². Förutom parternas försäkringsmöjligheter är det även av betydelse att utreda omfattningen av det faktiska försäkringsskyddet i det särskilda fallet.²⁷³ Som utgångspunkt är det självklart att en större konsultfirma, som exempelvis en revisorsfirma, ska ha en heltäckande ansvarsförsäkring. Om en konsult inte har ett godtagbart försäkringsskydd får konsulten själv stå för denna risk. En konsult med bristande försäkringsskydd anses nämligen vara vårdslös. Enligt min mening är det dock av betydelse att inte låta försäkringsfaktorn överta oskälighetsbedömningen i alltför stor utsträckning.²⁷⁴ Oskälighetsbedömningen bör fortsättningsvis avse en bedömning som tar sikte på hela avtalet och avtalsförhållandet.

6.4 En traditionell culpabedömning eller en riskavvägning utifrån en helhetsbedömning av avtalet?

Det är oklart om en konsult framgångsrikt kan friskriva sig från ansvar genom en ansvarsbegränsning för skador som vållats med grov vårdslöshet. I det kritiserade *Diamantfallet* ger domstolen uttryck för att friskrivning från vållande av grov vårdslöshet är en rådande princip i svensk rätt, men att denna princip kan vara föremål för undantag. Enligt domstolen är det möjligt att avvika från principen såvida motparten, det vill säga den skadelidande, har bättre försäkringsmöjligheter eller på annat sätt kan kanalisera ansvaret.

Istället för att ovillkorligen åsidosätta ansvarsbegränsningen på grund av KPMG:s grova vårdslöshet tillämpade skiljenämnden i KPMG-domen en riskavvägning utifrån en helhetsbedömning av hela avtalet och avtalsförhållandet. Det är dock oklart om valet av detta tillvägagångssätt innebär att skiljenämnden helt och hållet tar avstånd från den traditionella culpabedömningen eller om skiljenämnden anser att grov vårdslöshet enbart ingår som en faktor i oskälighetsbedömningen. Med hänsyn till att skiljenämnden anförde att den traditionella culpabedömningen kan ge upphov till olämpliga avgöranden talar det för den förstnämnda tolkningen.

²⁷² Jfr kapitel 5.3.1.1.2.

²⁷³ Jfr skiljenämnden (KPMG-domen, s. 40) som inte diskuterade KPMG:s faktiska ansvarsförsäkring utan enbart fastslog att ansvarsförsäkringen inte ens i närheten motsvarade en godtagbar ansvarsförsäkring. Detta uttalande kan anses ge uttryck för det faktum att ansvarsförsäkringen utgör utgångspunkten för bedömningen om vad som avses med en rimlig riskavvägning i en ansvarsbegränsning.

²⁷⁴ Jfr dock Kleineman (1998, s. 205 f.) som anför att försäkringar är att föredra framför friskrivningar på grund av förutsägbarhetsskäl.

Trots att det inte tydligt framgår av domskälen konstaterade dock även skiljenämnden att KPMG förfarit grovt vårdslöst.²⁷⁵ Konsultens grova vårdslöshet utgjorde sålunda en faktor som ingick i oskälighetsbedömningen.

Om hypotetiskt sett, skiljenämnden istället hade tillämpat den traditionella culpabedömningen hade följande troligtvis inträffat. Om KPMG:s agerande fortfarande hade bedömts som grovt vårdslöst hade den aktuella ansvarsbegränsningen helt åsidosatts. I en sådan situation hade KPMG blivit tvungen att betala full ersättning till ProfilGruppen, ungefär 17 miljoner kronor, vilket sålunda hade försatt KPMG i en sämre situation än vad som följer av skiljenämndens faktiska avgörande. Å ena sidan är parterna två jämställda näringsidkare, vilket innebär att parternas avtalsfrihet i minsta möjliga mån ska inskränkas. Med hänsyn till det medvetna risktagande som präglar dessa slags avtal kan det sålunda betraktas som felaktigt att åsidosätta en överenskommen ansvarsbegränsning. Å andra sidan är avtalsfriheten begränsad och en avtalad riskfördelning måste utgöra en ”rimlig balans” mellan parternas rättigheter och skyldigheter.²⁷⁶ Det tillhörande kravet på proportionalitet mellan avtalsbrottet och påföljden medför att jämkning är att föredra framför ett åsidosättande av ansvarsbegränsningen.²⁷⁷ Skiljenämnden uppfyllde dessa krav genom att fastställa det faktiska skadeståndsbeloppet till åtta miljoner kronor vilket motsvarade ett betydligt högre belopp än vad som följde av ansvarsbegränsningen, det vill säga ett belopp om cirka 800 000 kronor. KPMG:s arvode utgjorde måttstocken för vad som skulle betraktas som en skälig riskfördelning.²⁷⁸ Om däremot KPMG hade fått betala full ersättning hade det, med hänsyn till KPMG:s arvode, inte varit skäligt eftersom proportionalitetskravet inte hade uppfyllts.

KPMG hade troligtvis inte ingått avtalet om de hade varit införstådd med risken att den avtalade ansvarsbegränsningen hade kunnat åsidosättas som en följd av grov vårdslöshet. Alternativt hade KPMG kunnat begära ett betydligt högre arvode för att motverka riskerna med avtalet. Detta hade resulterat i ökade kostnader för uppdragsgivarens del vilket i sin tur hade övervältrats på en eventuell tredje part. En ökad prisbildning på marknaden kan resultera i att konsulttjänster generellt sett blir alltför kostsamma för potentiella uppdragsgivare. Förekomsten av ansvarsförsäkringar kan på liknande sätt påverka prisbildningen på marknaden. Försäkringspremien för

²⁷⁵ Jfr kapitel 5.3.1.

²⁷⁶ Jfr *Bergman & Beving-fallet*.

²⁷⁷ Jfr kapitel 5.3.1.

²⁷⁸ Jfr kapitel 5.1.

konsultens ansvarsförsäkring ökar nämligen i motsvarande takt som användningen av ansvarsbegränsningar begränsas.

Om däremot skiljenämnden hade tillämpat den traditionella culpabedömningen men ansett att KPMG inte uppfyllt kravet på grov vårdslöshet hade följande troligtvis inträffat. I en sådan situation hade ProfilGruppen fått ersättning enligt vad som följt av ansvarsbegränsningen, det vill säga ett belopp om cirka 800 000 kronor. Ett sådant resultat bör inte vara oskäligt eftersom avtalsfriheten upprätthålls. Om däremot den aktuella ansvarsbegränsningen hade utgjort en fullständig friskrivning från skadeståndsskyldighet hade detta kunnat betraktas som olämpligt. Det kan inte vara skäligt att en konsult slipper undan skadeståndsansvaret i en situation där den aktuella skadan är oförutsägbar och uppgår till höga belopp. Detta tillvägagångssätt är förmånligt för en konsult. Med hänsyn till de oförutsägbarhetsfaktorer som uppstår genom att det är besvärligt att fastställa när en konsult förfarit grovt vårdslöst, bör dock inte den traditionella culpabedömningen för konsultens del, vara mer fördelaktig än skiljenämndens bedömning.

Med hänsyn till det anförda är skiljenämndens tillvägagångssätt att föredra framför den traditionella culpabedömningen. Om en konsult varit grovt vårdslös ska detta däremot få stor betydelse i oskälighetsbedömningen. Det är inte godtagbart att bete sig hur vårdslöst som helst i ett avtalsförhållande, särskilt för konsulter eftersom konsultansvaret i grunden är mycket strikt. Problemet med detta tillvägagångssätt är oförutsägbarheten, vilket som tidigare nämnts är kännetecknande för oskälighetsbedömningen i 36 § AvtL.²⁷⁹

Enligt min mening bör oskälighetsbedömningen uppställas enligt följande. Om grov vårdslöshet föreligger ska en ansvarsbegränsning åsidosättas varvid domstolen fastställer ett ”rimligt” skadestånd med hjälp av jämningsmöjligheten i 36 § AvtL.²⁸⁰ Med ett sådant tillvägagångssätt förkastas inte den traditionella culpabedömningen, utan modifieras enbart i en viss utsträckning.²⁸¹

²⁷⁹ Jfr kapitel 6.2. Det ska även observeras att den traditionella culpabedömningen präglas av oförutsägbarhetsfaktorer eftersom begreppet grov vårdslöshet inte har en enhetlig innebörd.

²⁸⁰ Skiljenämnden använde sig av ett sådant tillvägagångssätt.

²⁸¹ Jfr *Diamantfallet* angående förekomsten av undantag från principen.

6.5 Avslutning

Många kommersiella konsultavtal förknippas vanligtvis med risken för oförutsägbara och stora skador. Detta gäller särskilt för due diligence-uppdrag. Med hänsyn till det stränga konsultansvaret är det vanligt med användningen av ingripande ansvarsbegränsning av professionella konsulter. Utgångspunkten är att en konsult kan friskriva sig från ansvar genom en ansvarsbegränsning i samma utsträckning som andra kommersiella parter. Detta innebär sålunda att friskrivningen ska motsvara en ”rimlig balans” mellan parternas rättigheter och skyldigheter.²⁸² Ansvarsbegränsningen ska däremot särskilt bedömas utifrån faktorer så som parternas försäkringsmöjligheter och konsultens möjligheter att tydligt precisera avtalsinnehållet i uppdraget.²⁸³

Med hänsyn till vad som anförts kan jag ge följande råd till en konsult som avser att ingå ett riskfyllt uppdragsavtal. Trots möjligheten att begränsa sitt ansvar ingår en konsult avtalet ”på egen risk”, det vill säga det föreligger ett medvetet risktagande. Det är nämligen inte möjligt att på förhand avgöra huruvida en avtalad ansvarsbegränsning håller i ett framtida domstolsförfarande.²⁸⁴ En konsult kan däremot på enklast sätt begränsa sitt ansvar genom att tydligt precisera uppdragets omfattning och avgränsning. Detta bör dokumenteras vid uppdragsavtalets upprättande och i samband med redogörelsen av slutrapporten. Genom detta tillvägagångssätt begränsas nämligen motpartens befogade tillit till konsultens utlåtande och en ”indirekt” friskrivning skapas.²⁸⁵ Om KPMG på ett tydligt sätt hade preciserat uppdraget på detta sätt, hade skiljenämnden troligtvis inte jämkat den i målet aktuella ansvarsbegränsningen. Som tidigare nämnts, är det även av avgörande betydelse att en professionell konsult, i vart fall på större företag, har en heltäckande ansvarsförsäkring. Det är nämligen vanligt att en konsult betraktas vara den ”bästa försäkringsgivaren”²⁸⁶.²⁸⁷ Slutligen ska det även beaktas att ett skadestånd bör motsvara vad som typiskt sett utgör en skada i en liknande situation. Ansvarsbegränsningen bör sålunda upprättas i enlighet med denna proportionalitetsprincip.²⁸⁸

²⁸² Jfr kapitel 6.2 och 6.3.

²⁸³ Jfr kapitel 6.3.

²⁸⁴ Med hänsyn till de oförutsägbara effekter som tillkommer med tillämpningen av 36 § AvtL.

²⁸⁵ Jfr däremot en tredje mans befogade tillit i NJA 2001 s. 878 och NJA 1987 s. 692.

²⁸⁶ Jfr kapitel 5.3.1.1.2.

²⁸⁷ Jfr kapitel 6.3.

²⁸⁸ Jfr kapitel 6.2.

7 Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SFS (2009:865) *Kommissionslag*

SFS (2001:883) *Revisorslag*

SFS (1994:1512) *Lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden*

SFS (1994:1009) *Sjölag*

SFS (1991:351) *Lag om handelsagentur*

SFS (1990:931) *Köplag*

SFS (1985:716) *Konsumenttjänstlag*

SFS (1984:292) *Lag om avtalsvillkor mellan näringsidkare*

SFS (1972:207) *Skadeståndslag*

SFS (1942:740) *Rättegångsbalk*

SFS (1915:218) *Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*

SFS (1736:0123 2) *Handelsbalk*

prop. 2008/09:88 *Ny kommissionslag*

prop. 1988/89:76 *om ny köplag*

prop. 1984/85:110 *om konsumenttjänstlag*

prop. 1983/84:92 *om avtalsvillkor mellan näringsidkare*

prop. 1975/76:81 *med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m*

prop. 1973:138 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till konsumentköplag, m.m.*

SOU 1981:31 *Avtalsvillkor mellan näringsidkare*

SOU 1974:83 *Generalklausul i förmögenhetsrätten*

Litteratur

Böcker

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars: *Avtalsrätt 1*, 13:e upplagan, Juristförlaget, Lund, 2011. [Adlercreutz & Gorton]

Ashton, Lars Erik & Elfström, Jan; *Konsultansvar*, 2:a upplagan, Svensk Byggtjänst, Halmstad, 2012. [Ashton & Elfström]

Bernitz, Ulf; *Standardavtalsrätt*, 8:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2008. [Bernitz (2008)]

Forssman, Magnus; *Företagsöverlåtelser: en introduktion till den legala processen*, 1:a upplagan, Nordstedts juridik, Stockholm, 2011. [Forssman]

Gerhard, Peter; *Köprättens grunder*, 12:e upplagan, Liber, Stockholm, 2013. [Gerhard]

Herre, Johnny & Ramberg, Jan, *Allmän köprätt*, 7:e upplagan, Nordstedts juridik, Stockholm, 2014. [Herre & Ramberg]

Heuman, Lars; *Skiljemannarätt*, 1:a upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 1999. [Heuman]

Jansohn, Åsa & Kjellin Henrik; *Vad är oskäligt?: en analys av 36 § avtalslagen*, Juristförlaget, 1990. [Jansohn & Kjellin]

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro; *Juridisk metodlära*, 1:a uppl., Studentlitteratur AB, Lund, 2013. [Korling & Zamboni]

Lundmark, Torsten; *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd: särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egenhet*, Iustus, Diss. Umeå Universitet, Uppsala, 1996. [Lundmark]

Ramberg, Christina; *Kontraktstyper*, 1:a upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2005. [Christina Ramberg (2005)]

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina: *Allmän avtalsrätt*, 9:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2014. [Ramberg & Ramberg]

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007. [Sandgren (2007)]

Sevenius, Robert: *Due diligence: besiktning av företag*, 1:a upplagan, Sanoma, Stockholm, 2013. [Sevenius (2013)]

Sevenius, Robert: *Företagsförvärv*, 2:a upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2011. [Sevenius (2011)]

Skogh, Göran: *Marknadens villkor: normer, köprätt, konsumenträtt samt etablerings- och produktkontroll i samhällsvetenskaplig belysning*, Timbro, Stockholm, 1982. [Skogh]

Ullman, Harald: *Försäkring och ansvarsfördelning: om förhållandet mellan försäkring och kommersiella leverans- och entreprenadavtal: version II*, 1:a upplagan, Iustus, Uppsala, 2006. [Ullman]

Artiklar

Bengtsson, Bertil: "Ansvarsförsäkringen och rättspolitik", I: Andersson, Håkan, *Uppsatser om skadeståndsansvar och ansvarsförsäkring*, Jure, Stockholm, 2012. [Bengtsson (2012)]

Bernitz, Ulf: "Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen", I: *Festskrift till Advokatsamfund*, 1987, s. 107. [Bernitz (1987)]

Blomkvist, Christina: "Med vederbörlig omsorg – en skiljedom om due diligence", I: *Juridisk Tidskrift*, 2011/12, nr 2, s. 299. [Blomkvist]

Hellner, Jan: "Stulna diamanter", I: *Juridisk Tidskrift*, 1998/99, nr 1, s. 150. [Hellner]

Johansson, Anders: "Undersökningsplikt vid aktieföretagsförvärv – Frågor beträffande köplagens tillämpning vid förvärv av aktieföretag", I: *Svensk Juristtidning*, 1990, s. 90. [Johansson]

Kersby, Sara: "Due diligence – särskilt om advokats ansvar vid dess genomförande", I: *Juridisk Tidskrift*, 1997/98, s. 143. [Kersby]

Kleineman, Jan: ”*Om den befogade tillitens skadeståndsrättsliga relevans*”, I: *Juridisk Tidskrift*, 2001/02, nr 3, s. 625. [Kleineman (2001/2002)]

Kleineman, Jan, ”*Rådgivares informationsansvar*”, I: *Svensk Juristtidning*, 1998, s. 185. [Kleineman (1998)]

Kleineman, Jan: ”*Tekniska konsulter skadeståndsansvar för vilseledande information*”, I: *Juridisk Tidskrift*, 1994/95, nr 4, s. 702. [Kleineman (1994/95)]

Lindmark, Dan: ”*Om jämkning av kommersiella avtal*”, I: Flodgren, Boel (red.), *Avtalslagen 90 år: aktuell nordisk rättspraxis*, 1:a upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2005. [Lindmark]

Ramberg, Christina: ”*Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag*”, I: *Juridisk tidskrift*, 2010/11, nr 4, s. 918. [Christina Ramberg (2010/11)]

Ramberg, Jan: ”*Ansvarsbegränsning – en fråga om skälighet eller praktikabilitet*”, I: Hellner, Jan & Nordenson, Ulf K. (red.), *Festskrift till Ulf K. Nordenson*, 1:a upplagan, Carlsson Law Network, Stockholm, 1999. [Jan Ramberg (1999)]

Ramberg, Jan: ”*Några synpunkter på en skiljedom angående ombyggnad av fartyg*”, I: *Juridisk Tidskrift*, 1994/95, nr 4, s. 771. [Jan Ramberg (1994/95)]

Sacklén, Mats: ”*Om felansvaret vid aktieköp*”, I: *Svensk Juristtidning*, 1993, s. 812. [Sacklén]

Sandgren, Claes: ”*Om teoribildning och rättsvetenskap*”, I: *Juridisk Tidskrift*, 2004/05, nr 2, s. 297. [Sandgren (2004/05)]

Övrigt

Standardavtal

NL 09

ABK 09 kap 2 § 1

Internationella regelverk

Draft Common Frame of Reference

Principles of European Contract Law

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010

8 Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall

Högsta domstolen

NJA 2014 s. 272

NJA 2011 s. 600

NJA 2009 s. 672

NJA 2008 s. 733

NJA 2008 s. 24

NJA 2001 s. 878

NJA 1999 s. 408.

NJA 1998 s. 390

NJA 1997 s. 65

NJA 1994 s. 532

NJA 1992 s. 130

NJA 1989 s. 346

NJA 1988 s. 230

NJA 1987 s. 962

NJA 1987 s. 692

NJA 1986 s. 61

NJA 1981 s. 1091

NJA 1979 s. 483

Marknadsdomstolen

MD 1995:33

MD 1995:3

MD 1985:18

Norska rättsfall

RT 1994 s. 626

RT 1958 s. 1282

LE 1987-662

Skiljedomar

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