Vad händer när fondkommissionär rättshandlar utan uppdrag eller i strid mot instruktioner vid handel via OM?[1]

Av jur. kand. JOHAN LEVIN

I artikeln behandlar författaren verkningar av rättshandlande när uppdrag saknas eller sker i strid mot instruktioner. Utgångspunkten är handeln via OM varför artikeln först beskriver uppdragets legala ramar och undersöker vilka regler som är tillämpliga på uppdragsförhållandet samt vilka ändamålsöverväganden som torde uppbära reglerna. Slutligen behandlas de två huvudfrågorna där en diskussion förs kring fondkommissonärens kompetens att rättshandla eftersom det lex lata saknas prognoser beträffande fondkommissionärens rättsställning.

1. Inledning

Föremålet för föreliggande artikel är att utreda några kompetensfrågor inom uppdragsförhållandet i den standardiserade handeln på derivatmarknaden.[2] Närmare bestämt vilka befogenheter och skyldigheter fondkommissionären innehar gentemot kunden. Framställningen koncentreras på två huvudfrågor; dels när fondkommissionären rättshandlar utan befogenhetsgrundande uppdrag i det enskilda fallet från kunden, dels när fondkommissionären rättshandlar i strid mot allmänt hållna föreskrifter eller mot preciserade instruktioner.

Dispositionen kommer att vara att jag inledningsvis redogör för vad som menas med standardiserad derivathandel, vilken marknad som finns och vilka som är aktörerna. Nästa steg är att rättsligt söka klassificera uppdragsförhållandet mellan de två huvudaktörerna, fondkommissionär och kund, samt beskriva vilka regler som är

[1] Artikeln har sitt ursprung i författarens examensarbete vid juridiska institutionen vid Uppsala Universitet vt 1997 med titeln ”En undersökning av uppdraget i OM:s regelverk beträffande vilka rättigheter och skyldigheter den professionella fondkommissionären och medlemmen i OM innehar gentemot OM:s slutkunder” med professor Bert Lehrberg som handledare.

[2] Handeln med derivatinstrument delas in i en standardiserad och en icke standardiserad handel. Den standardiserade handeln kännetecknas av att handeln äger rum på en marknadsplats dit olika medlemmar har tillträde. Icke standardiserad handel innebär istället att handeln sker direkt mellan parterna utanför en marknadsplats. Den standardiserade handeln leder till en mer likvid marknad och en mer ekonomiskt effektiv prissättning av derivatet. Anledningen är att parterna där kan omsätta derivatet före löptidens utgång.

aktuella att tillämpa på rättsförhållandet. Sedan följer en utredning av de två huvudfrågorna dvs. de lege beträffande rättshandlande utan uppdrag och rättshandlande i strid mot allmänt hållna föreskrifter eller instruktioner. Sedan följer en avslutande kommentar.

2. Bakgrund[3]

2.1 Derivathandeln

I Sverige utgörs marknadsplatsen för derivathandeln av OM Stockholm AB (OM). På derivatmarknaden omsätts finansiella instrument (rättigheter och förpliktelser) vilkas värde bestäms av värdet på en eller flera underliggande tillgångar.[4] Vanliga underliggande tillgångar är valuta, räntebärande papper, råvaror och aktier.

Syftet med ett derivatinstrument är att överföra risk från en part till en annan, vilket har stor kommersiell betydelse.[5] Derivathandeln handlar i grunden om att absorbera risker vilket kan jämföras med en försäkringsrörelse.

Problemet med derivathandeln är att den i praktiken är ett nollsummespel där någons vinst alltid motsvaras av någon annans förlust. Handeln får därför karaktären av vadhållning där olika spekulationsstrategier kan leda till stora förluster genom hävstångseffekter.[6] När de stora förlusterna väl är ett faktum brukar det civilrättsliga ansvaret för dessa bli aktuellt mellan placerare/slutkund och kapitalförvaltare/börsmedlem.

För svenskt vidkommande hävdas det i regel att förvaltaren brustit i sitt ansvar när förluster uppkommit avseende den förvaltade egendomen. Invändningarna har vanligtvis varit att fondkommissionären förfarit vårdslöst gentemot kunden och inte inkrävt nödvändiga handlingar, säkerheter eller godkännande för att göra affärer i kundens namn.[7] Vidare brukar det anföras att fondkommissionären brustit i den omsorgsplikt som anses omfatta en skyldighet att tillse att kunden innan handeln inleds är fullt införstådd med villkor och risker.[8]

[3] Följande kapitel bygger på anförande av Hans Berggren, chefsjurist vid OM Stockholm AB, vid det 34:e nordiska juristmötet den 21–23 augusti 1996, på temat Nya finansiella instrument — normer och aktörer. Även publicerat i JT 1996–97 s. 553–583.

[4] 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument definierar finansiellt instrument som ”annan rättighet eller förpliktelse avsedd för handel på värdepappersmarknaden”.

[5] Exempelvis kan ett företag, som tagit upp ett lån i utländsk valuta, valutaskydda lånet genom derivat (valutaterminer) eller kan en lantbrukare undvika förluster i en nedåtgående marknad för vete genom utställande av derivat (optioner).

[6] Exempelvis söker man täcka uppkomna förluster genom utställande av nya derivat med konsekvensen att kundens belåning ökar och därmed riskerna.

[7] Se exempelvis RH 1995:136 där frågan var om fondkommissionär förfarit vårdslöst genom att handla i derivat utan uppdrag.

[8] Se exempelvis NJA 1995 s. 692 och Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 1995:59) om handel och tjänster på värdepappersmarknaden.

Lagstiftaren har främst varit inriktad på näringsrättsliga regler som inte hämmar utvecklingen utan i stället skapar en grund för fortsatt utveckling. Frågan har varit hur marknaden skall regleras där stark konkurrens råder mellan olika typer av marknadsplatser samtidigt som nya elektroniska handelssystem utvecklas. Den avtalsrättsliga sidan som är föremål för denna uppsats är mera oklar.[9] Här saknas direkt lagreglering och andra vägledande rättskällor. Det råder vidare i dagsläget brist på systematiska genomgångar av olika mellanmäns skyldigheter och rättigheter där man kan söka stöd för olika lösningsalternativ. Här får man istället söka tillämpa allmänna regler och principer från klassiska avtalsrättsliga områden på ett helt nytt och i praktiken outforskat rättsområde.

2.2 Derivatmarknadens aktörer

Den standardiserade derivatmarknaden är koncentrerad till OM som marknadsplats och clearingorganisation. Marknadens övriga aktörer är kunden, medlemmen i egenskap av fondkommissionär och market maker.[10]

Vad gäller OM ansluts fondkommissionären som medlem till OM efter undertecknande av ett medlemsavtal.[11] Medlemskapet kan avse antingen börsmedlemskap eller clearingmedlemskap eller bådadera. För anslutning till OM krävs, förutom tillståndet att bedriva värdepappersrörelse, att vissa lämplighets-, finansiella och tekniska krav gentemot OM är uppfyllda.[12]

Genom medlemsavtalet godkänner medlemmen OM:s regelverk och öppnar konton i OM:s system för egna och normalt för kundens affärer. Medlem har också förpliktat sig att tillse att kunden ställer säkerhet enligt OM:s regelverk. Medlemmen har vidare ett ansvar för fullgörandet av kundens åtaganden mot OM.

Kunden ansluts till OM genom undertecknande av ett kundavtal och genom att OM för kundens räkning öppnar ett konto.[13] Kunden äger inte själv agera i förhållande till OM.[14] Det finns inga

[9] Den civilrättsliga innebörden av föremålet för den standardiserade handeln med derivatinstrument är i dagsläget klar; här är det funktionen som är avgörande och inte den tekniska etiketteringen. Man kan här tala om rättigheter respektive skyldigheter eller mer renodlat om betalningsförpliktelser.

[10] Kund är den som företräds gentemot OM av en medlem. Medlemmen är börsmedlem i OM samt bedriver sin verksamhet med tillstånd av Finansinspektionen jämlikt lagen (1991:981) om värdepappersrörelse 1:2–3. En market maker handlar för egen räkning och bidrar på så sätt till att prisbildningen blir effektiv samt skapar garantier för att det alltid finns en köp- respektive säljkurs genom prismekanismerna utbud och efterfrågan.

[11] OM:s regelverk 1:2.

[12] OM:s regelverk 2:1, 3:1. Det gäller krav så som uppkoppling och systemkompatibilitet.

[13] OM:s regelverk 1:3:1.

[14] Det framgår av börs- och clearinglagen vilka krav som ställs för direkt anslutning till börsen. Beträffande anslutning som clearingorgansiation finns inget motsvarande krav. OM har dock upprätthållit samma krav för clea-

andra inskränkningar i rätten att handla hos OM än vad som följer av rättshandlingsförmågan eller särskilda regler om rätten att göra placeringar i ifrågavarande instrument.

Slutkundsclearing är ett centralt begrepp för derivathandeln. Härmed menas att de affärer som kunden gör genom fondkommissionären även registreras hos clearingorganisationen på ett för kunden öppnat konto. Kunden blir därmed förpliktad gentemot clearingorganisationen på samma sätt som om de åtgärder som vidtagits av medlemmen för kundens räkning istället hade vidtagits av kunden själv.[15] En rättslig relation etableras således direkt mellan clearingorganisationen och kunden genom kommissionären. Skulle fondkommissionären exempelvis försättas i konkurs kan kunden direkt vända sig till clearingorganisationen. På motsvarande sätt kan clearingorganisationen vända sig direkt mot kunden.

2.3 Uppdragsförhållandet mellan fondkommissionär/medlem och placerare/kund

Uppdraget i OM:s Regelverk och kundavtal lyder:

”Kunden uppdrar härmed åt *Medlemmen* att, efter Kundens instruktioner i varje enskilt fall och enligt OM:s Regelverk i dess vid var tid gällande lydelse ... genomföra affärer i av OM tillhandahållna instrument ... Vid uppdragets fullgörande skall *Medlemmen* företräda Kunden gentemot OM. Kunden är dock berättigad och förpliktad gentemot OM på samma sätt som om de åtgärder som vidtagits av *Medlemmen* i stället hade vidtagits av Kunden själv.”

Frågan uppkommer hur man rättsligt kan klassificera rättsförhållandet mellan fondkommissionären och kunden. Problemet är att kommissionsförhållandet riskerar brista när OM (tredje man) kan göra kunden (huvudmannen) ansvarig för förpliktelser som fondkommissionären (mellanmannen) ingår.[16] Det är just denna frånvaro av förpliktelser mellan huvudman och tredje man som anses vara kommissionsinstitutets kännetecken.[17] Om man istället skulle jämföra rättsförhållandet med fullmakt brister även detta genom att fondkommissionären (fullmäktige — mellanmannen) är ansvarig för fullgörelse av likvid och leverans till tredje man.[18] Karaktä-

ringanslutning som för börsanslutning. Denna ordning är under omprövning avseende större kunder som inte är värdepappersinstitut. Dessa skall kunna bli clearingmedlemmar för egna affärer.

[15] OM:s regelverk 1:3:3.

[16] OM:s regelverk 1:3:3.

[17] SOU 1984:85 Handelsagentur och kommission, s. 170. Jfr Hult, Om kommissionärsavtalet, s. 2 ff. som diskuterar gränsen mot ställföreträdarskap.

[18] OM:s regelverk 1.11.2–4.

ristiskt för fullmaktsinstitutet är att mellanmannen står helt utanför avtalet, så länge bundenhet för huvudmannen uppkommer.[19]

Hur bör man rättsligt karaktärisera avtalsförhållandet mellan medlemmen och kunden när uppdraget så att säga hamnat mellan två institut med ansvar både för mellanmannen och huvudmannen för de förpliktelser som ingås för huvudmannens räkning? Här föreligger ett sysslomansuppdrag, varigenom fondkommissionären åtager sig att för kundens räkning, men i eget namn, utföra rättshandlingar (affärer i finansiella instrument som OM tillhandahåller). Detta ansluter väl till kommissionslagens definition av kommission i 4 §. Genom detsamma grundläggs i första hand ett rättsförhållande mellan fondkommissionären och kunden och i andra hand ett rättsförhållande mellan kunden och OM. När fondkommissionären utför sitt uppdrag, genom att i förhållande till OM företaga en rättshandling, är det ett uppdrag att ingå avtal.

Rättsligt föreligger det en avtalskonstruktion mellan OM och kunden. Fondkommissionärens roll blir att sköta kontakterna såsom syssloman med OM och ansvara för den pant som kunden ställer till OM. Slutsatsen mot denna bakgrund är att rättsförhållandet ansluter till ett kommissionsliknande förhållande.

2.4 Vilka regler skall tillämpas på det kommissionsliknande förhållandet?

Frågan är vilka regler som skall tillämpas på det kommissionsliknande förhållandet. Här finns det två starka skäl som talar för att kommissionslagen skall utgöra den primära grunden.[20] Det första är att fondkommissionärens verksamhet regleras av värdepappersrörelselagen som innehåller en hänvisning till kommissionslagen i den mån annat inte stadgas i samma lag.[21] Det andra är att kommissionslagens regler anses utgöra allmänna sysslomansregler och kan tillämpas analogt i övriga sysslomansförhållanden som inte är kommission i kommissionslagens mening.[22]

Det skall noteras att kommissionslagen är dispositiv och träder in när avtal, handelsbruk eller speciallagstiftning inte ger vägledning.[23] Här har vi OM:s regelverk som utgör den primära normkällan men som inte ger några tillfredsställande svar på de kompetensfrågor som är aktuella mellan fondkommissionär och medlem. Vidare har vi speciallagstiftning av näringsrättslig karaktär som inte ger någon vägledning beträffande det materiella rättsförhållandet

[19] Tiberg, Mellanmansrätt, Göteborg 1994, s. 82. Fullmäktige har enbart ett begränsat skadeståndsansvar, se HB 18:4 vid culpa (jfr även 27 § AvtL och HB 18:3).
[20] Lag (1914:45) om kommission.
[21] 9 § värdepapperslagen.
[22] Förslag till lag om kommission, handelsagentur och handelsresande, Stockholm 1913, s. 54 och Ekeberg, Kommissionslagen, Stockholm 1950, s. 7.
[23] 1 § kommissionslagen.

mellan fondkommissionär och kund.[24] Slutligen finns ingen fast praxis beträffande handelsbruk mellan fondkommissionär och kund från Näringslivets börskommitté eller från Aktiemarknadsnämnden.[25]

Vi behöver inte tränga djupare in i kommissionslagen för att inse att den är alltför ofullständig och fragmentarisk för att ge svar på de kompetensfrågor vi ställer. Anledningen är att den är skriven med betoning på dispositivitet, och utfyllnaden har lämnats åt praxis. Med detta följer även att kommissionslagen är en dynamisk lag som kan tolkas allteftersom de krav som ställs vid var tidpunkt. Den riktiga aktionslinjen som vi har att följa är således att använda kommissionslagens regler som den primära grunden varpå vi har att bygga våra avgöranden, efter hänsynstaganden till de ändamål som uppbär fondkommissionärens befogenhet.

Vidare bör det noteras att kommission och ställföreträdarskap har påtagliga materiella likheter varför det är av värde att även undersöka i vad mån fullmaktsreglerna kan inverka på kommissionsförhållandet samt därigenom finna allmänt erkända rättsgrundsatser.[26, 27]

3. Vilka ändamål uppbär reglerna om fondkommissionärens befogenhet?

Först bör vi konstatera att omfattningen av fondkommissionärens befogenheter och skyldigheter ges i det primära sysslomansförhållandet. Innebörden av detta förhållande konkretiseras först och främst genom avtal mellan parterna. Detta avtal är oftast utformat som ett generellt förvaltningsuppdrag eller bemyndigande varför avtalet behöver kompletteras och konkretiseras genom allmänna sysslomansregler. Fondkommissionären får ett uppgiftsområde först när uppdrag erhållits, så vår utgångspunkt är således uppdraget.

Anledningen till att värdepappershandel sker i kommission är att mellanmannen inte vill ta några kursrisker samt det praktiska att handla i eget namn.[28] Vidare skall det noteras att kommissionslagen gör en uppdelning mellan handels- och civilkommission, där det förra kännetecknas av att sambandet mellan kommissionärens uppdrag och avtalet han sluter är

[24] Här skall förutom nämnda värdepappersrörelselag även nämnas lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument samt insiderlagen (1980:1342). Vidare bör förordningen (1991:1007) om handel och tjänster på värdepappersmarknaden omnämnas.
[25] Syftet med dessa organ är främst att öka investerarskyddet. Se Afrell, Klahr och Samuelsson, Lärobok i kapitalmarknadsrätt, s. 233.
[26] Hult, Om kommissionsavtalet, Stockholm 1936, s. 2 ff. där det diskuteras huruvida kommission är ett ställföreträdarskap.
[27] Analogi till ställningsfullmakt AvtL 10 § 2 st.
[28] SOU 1988:85 Handelsagentur och kommission, s. 158.

tillfälligt.[29] Det saknas med andra ord ett direkt samband mellan huvudmannens viljeförklaring och den viljeförklaring mellanmannen avger. Jämför med fullmaktsförhållandet där det karaktäristiska är just att fullmakten är en till tredje man riktad viljeförklaring. Detta innebär att godtrosskyddet är starkare vid kommission då själva innehavet av kommissionärsgodset legitimerar fondkommissionären.

Det är mot denna bakgrund man bör se kommissionslagens regler om befogenhetsöverskridande som tar sikte på väsentligt intresseåsidosättande som skett genom oaktsamhet enligt 54 §. Enligt ordalydelsen täcks situationen när fondkommissionären handlat utöver sitt uppdrag. Däremot säger stadgandet ingenting om vad som händer när uppdrag helt saknas eller av andra skäl kan vara ogiltigt.

En allmän rättsgrundsats är att huvudmannen undgår bundenhet vid mellanmannens befogenhetsöverskridande under förutsättning att tredje man var i ond tro om befogenhetsöverskridandet.[30] Med andra ord undgår huvudmannen avtalet om det inte omfattas av hans vilja vilket är en avtalsförutsättning för bindande verkan. Därigenom sammankopplas mellanmansreglerna med övriga delar inom den allmänna avtalsrätten.[31] Det centrala är att mellanmannen åsidosätter en förpliktelse gentemot huvudmannen och tredje mans onda tro om detta förhållande medför obundenhet för huvudmannen. Slutsatsen blir att godtrosskyddet för tredje man när en mellanman handlar i strid mot uppdraget är starkare än huvudmannens vilja av att undgå bundenhet.[32]

Godtrosskydd är underordnat omsättningens intresse som kan härledas till att man vill stärka tilltron till avtalet som mellanmannen sluter och vidare bidrar det till att mellanmansinstituten inte förlorar i användbarhet. I vårt fall kan vi konstatera att det i princip torde vara omöjligt att konstituera ond tro hos tredje man. Det faller tillbaka på godtrosskyddets utformning som talar om att en tredje man som insett eller bort inse befogenhetsöverskridandet inser risken och anses därför inte skyddsvärd.[33] Hänsyn tas således bara till vad tredje man bort inse mot bakgrunden av vad han har känt till. Den rättshandlande motparten är i vårt fall en neutral clearingorganisation och själva avtalsslutet är ett rättsgrundande

[29] Hult, Om kommissionärsavtalet, Stockholm 1936, s. 10.
[30] Förslag till lag och andra rättshandlingar, Stockholm 1914, s. 75–76. Finns uttryckt inom fullmaktsrätten genom 11 § AvtL och inom allmänna sysslomansregler genom 54 § kommissionslagen.
[31] Vilja är en förutsättning för slutande av avtal enligt 1 kap. avtalslagen och bristande vilja är en ogiltighetsgrund enligt 3 kap. avtalslagen.
[32] Jämför Ussing, Aftaler, Köpenhamn 1945, s. 121.
[33] Analogi till fullmaktsregeln i 11 § AvtL.

faktum från tredje mans sida.[34] Risken för fondkommissionärens överskridande av sin befogenhet åvilar med andra ord kunden.[35] Det tvingar naturligt kunden att vara noggrann i sitt val av fondkommissionär. Vidare är medlemskapet på börsen och auktorisationen sådana incitamentstrukturer som verkar för upprätthållande av de regler och normer som styr uppdraget.

4. Den grundläggande normen om huvudmannens intresse

Det är en allmän rättsgrundsats att mellanmannen i alla sina förehavanden är pliktig att tillvarata sin huvudmans intressen.[36] För vårt vidkommande kommer det till uttryck i 7 § kommissionslagen. Denna grundläggande norm utgör ramen för kommissionärens rättshandlande och åtgärd som strider mot kundens intresse utgör ett överskridande av kommissionärens befogenhet och skyldigheter mot kunden. I förarbeten, praxis och doktrin har inte frågan om huvudmannens intresse närmare konkretiserats.[37]

Först bör vi besvara av vilken grad en åtgärd skall vara som strider mot huvudmannens intresse. I förarbetena till 5 § handelsagenturlagen anges att åtgärd som strider mot huvudmannens intresse skall vara väsentlig.[38] Den uppfattningen ansluter väl till 15 och 54 §§ kommissionslagen som talar om att kommissionärens intresseåsidosättande varit väsentligt. Motiveringen torde vara att åtgärden inte skulle företas av en normalt aktsam kommissionär eftersom den så uppenbart strider mot huvudmannens intresse att det synbart riskerar skada huvudmannen.[39]

Genom att rekvisitet ”väsentligen” tillförs talar rättsverkan av en för huvudmannen skadlig rättshandling, som kommissionären företagit genom ett s. k. ursäktligt misstag, för att den bör bedömas på samma sätt som om huvudmannen själv företagit åtgärden. Själva bedömningen torde naturligt följa den allmänna avtalsrättens väsentlighetsbedömning. Man företar ett hypotetiskt prov och ställer frågan hur huvudmannen själv skulle handlat om han ställts

[34] Det vore vidare orimligt att OM i varje transaktion skulle behöva fundera över om medlemmens åtgärd är förenlig eller oförenlig med kundens instruktioner i det enskilda uppdraget.

[35] Detta framgår även av HB 18:4 som anger att huvudmannen ”skylle sig själv, som ej bättre föreråg”.

[36] Förslag till lag om kommission, handelsagentur och handelsresande, Stockholm 1913, s. 62.

[37] Hovrätten har i dom 1990-09-25, DT 93, sökt konkretisera frågan om vilka skyldigheter fondkommissionären har vid fullgörande av sitt uppdrag enligt 7 § kommissionslagen. Domen har kommenterats av Lüning och Pehrson, Fondkommissionärens skyldighet att tillvarata kommittentens intresse, JT 1992–93 s. 318 samt utgör utgångspunkt för en bearbetning av Hed, Fondkommissionärens skyldigheter — särskilt med avseende på lojalitetsplikten mot huvudmannen, Stockholm 1993.

[38] SOU 1988:63 kommission och dylikt, s. 133.

[39] Grönfors, Avtalslagen, Lund 1989, s. 129–130 och Stang, Innledning til formueretten, Oslo 1935, s. 410, 590–591, beträffande åsidosättande av fullmaktsgivarens intresse.

inför den aktuella avtalssituationen.[40] Om svaret är att han inte skulle ingått avtalet är intresseåsidosättandet väsentligt. Kan det inte fastställas hur den aktuella huvudmannen skulle handlat får man naturligt utgå från hur en normalt aktsam huvudman skulle handlat. Ändamålet bakom väsentlighetsbedömningen är att intresseåsidosättandet åberopas som en förevändning för att komma ifrån ett avtal som inte längre ter sig lika förmånligt.[41]

Följdfrågan blir om det väsentliga intresseåsidosättandet varit synbart för kommissionären dvs. har kommissionären insett eller haft en rimlig möjlighet att inse att åtgärden innebar ett intresseåsidosättande som var av väsentlig betydelse för huvudmannen.[42] Är svaret jakande kan åtgärden anses strida mot huvudmannens intresse. Sammanfattningsvis kan vi så här långt konstatera att man i 7 § kommissionslagen bör tillämpa förutsättningarna om synbarhet för kommissionären och väsentlighet för kunden beträffande fondkommissionärens intresseåsidosättande åtgärd.

5. Fondkommissionären rättshandlar utan uppdrag i det enskilda fallet

Situationen kan vara den att fondkommissionären rättshandlar utan någon som helst befogenhet.

Här blir två frågor aktuella, dels när föreligger ett rättshandlande utan uppdrag, dels vilka regler tillämpas vid dylikt befogenhetsöverskridande samt vilka rättsföljder inträder.

Det tydligaste exemplet är att en fondkommissionär rättshandlar utan att kunden lämnat honom ett befogenhetsgrundande uppdrag. Ett annat mer problematiskt fall kan vara att fondkommissionären anser sig rättshandla på grund av ett generellt bemyndigande i det bakomliggande rättsförhållandet. Ett tredje fall kan vara att fondkommissionären rättshandlar men att uppdraget är ogiltigt på grund av bristande rättskapacitet eller liknande hos kunden.

Frågan vi bör besvara är när rätten till det finansiella instrumentet övergår till tredje man på grund av kundens fullmakt för fondkommissionären eller om tredje mans rättighet är beroende av rättsgrundsatserna beträffande exstinktiva godtrosförvärv.

Enligt Hults ingående undersökningar är grunden för tredje mans rättsförvärv kommissionärens legitimation som har olika beskaffenhet i olika fall.[43] Vid handelskommission utgörs grunden av fullmaktslegitimation där godtrosförvärvare skyddas oberoende av besittning och äger rätt att behålla godset, även om rätt ägare

[40] Lehrberg, Förutsättningsläran, Uppsala 1989, s. 177–180.
[41] Lehrberg, Förutsättningsläran, Uppsala 1989, s. 224 ff.
[42] Synbarhetskravet får anse utgöra en allmän rättsgrundsats vid kontraktsbrott. Se bl. a. Lehrberg, Förutsättningsläran, Uppsala 1989, s. 262.
[43] Hult, Om kommissionärsavtalet, Stockholm 1936, s. 109.

erbjuder lösen, vilket överensstämmer med 54 och 55 §§ kommissionslagen. Förvärvet är således exstinktivt.

Inom mellanmansrätten finns det inga uttryckliga regler som reglerar situationer där uppdrag saknas. Reglerna berör förhållande där befogenhetsgrundande uppdrag föreligger men mellanmannen överskrider sin befogenhet genom att rättshandla i strid mot inskränkande instruktioner eller liknande.[44] Det hävdas att man kan hävda ogiltighet genom en analogi till 20 § avtalslagen när mellanmannen rättshandlar utan uppdrag.[45] Problemet för oss är att avtalet inte kan ogiltigförklaras då tredje man gjort ett exstinktivt godtrosförvärv jämlikt 56 § kommissionslagen. Vidare är ju avtalet i praktiken redan verkställt och det finansiella instrumentet vidareomsatt.

Vi får här tillämpa 1734 års stadgande i handelsbalken. Här finner vi lagstöd i 18:1 HB som anger att den (fondkommissionären) som fått och accepterat ett uppdrag ytterligare har att ”taga fullmakt”. Här sammanfaller denna fullmakt med uppdraget.[46] Med detta synsätt blir fondkommissionärens rättshandlande utan uppdrag att jämställa med ett befogenhetsöverskridande som binder huvudmannen i strid med uppdraget. Detta framgår av 18:4 HB som talar om att huvudmannen ”skylle sig själv, som ej bättre föresåg”. Detta stöds av Ekeberg som hävdar att 18:4 tillämpas vid sysslomannens överskridande av befogenhet.[47]

Rättsföljden blir således avtalsbundenhet för kunden även om fondkommissionären rättshandlar utan uppdrag. En annan fråga är om fondkommissionären kan anses culpös när han rättshandlar utan uppdrag. Denna fråga regleras enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler och Tiberg hävdar att oavsett uttryckligt stadgande i sysslomansreglerna att det ”torde vara uppenbart” att sysloman blir ansvarig i mån av visad culpa under förutsättning att huvudmannen lider skada.[48] Generellt borde rättshandlande utan uppdrag anses culpöst och ersättningsgill skada föreligga vid kundens förlust.

I hovrättspraxis kan nämnas att en bank, som vid förvaltning av en värdepappersportfölj för kundens räkning gjort affärer i indexoptioner, förfarit vårdslöst genom att ingå optionsaffärer utan hennes instruktioner eller uppdrag i varje enskilt fall.[49] Här valde hovrätten vid skadeståndets bestämmande att beakta de vinster som affärerna med optioner uppvisat måste godtas som avdragsgill

[44] Jämför 11 § AvtL.
[45] Hult, Om kommissionärsavtalet, Stockholm 1936, s. 77.
[46] Uppdragsklausulen i OM:s regelverk får karaktären av ett generellt bemyndigande dvs. ett fullmaktsmandat.
[47] Ekeberg och Benckert, Obligationsrättens speciella del II, 11 uppl. Stockholm 1967, s. 304.
[48] Tiberg, Mellanmansrätt, s. 29.
[49] RH 1995:136. Här hänvisar man även till 18 kap. 1 § och 4 § HB.

post, eftersom ”dessa vinster har samma avtalsrättsliga grund som de omstämda förlustaffärerna i indexoptioner”.

5.1 Rättshandlande i strid mot allmänt hållna föreskrifter eller i strid mot instruktioner

Det är många gånger i praktiken vanligt att fondkommissionären erhåller ett uppdrag med en allmänt hållen instruktion såsom att köpa eller sälja till ”bästa pris” vilket är en befogenhetsbegränsande instruktion. Den andra situationen är den att fondkommissionären fått en särskilt begränsande instruktion såsom att köpa eller sälja till ett bestämt pris. Här ska jag närmare utreda rättsläget vid dessa situationer.

Först har vi att konstatera att bestämmande för uppdragets utförande alltid är huvudmannens vilja vilket kodifieras i 7 § kommissionslagen genom iakttagande av huvudmannens intresse.[50]

I spetsen för detta intresse står kundens instruktioner/föreskrifter vilka fondkommissionären har att iaktta, så långt det är möjligt. Vi kan tänka oss att förhållandena ändras sedan kundens instruktioner gavs. Exempelvis kan det vara omöjligt att handla i derivatet på grund av att börsstopp har införts då uppdraget skall utföras. Vi kan vidare tänka oss att det skett en sådan kursstegring efter det att handeln återupptagits, att det vore till skada för kunden att genomföra uppdraget. Skulle fondkommissionären i ett sådant läge, trots att han inser eller bort inse att det inte längre överensstämmer med kundens vilja, ändå handla i enlighet med instruktionerna, skulle det ske i strid mot kundens intresse.

Fondkommissionären har en valmöjlighet att inte utföra uppdraget eller att utföra uppdraget med avvikelse från kundens föreskrifter.[51] För dessa fall föreskriver 8 § kommissionslagen för det första att ”påkalla omständigheterna avvikelse” från kundens instruktioner skall fondkommissionären i första hand rådgöra med kunden, så att denne får möjlighet att ge nya instruktioner. Om det inte är rimligt på grund av exempelvis tidsbrist, ska han ”förfara så som omständigheterna kräva”, dvs. han är pliktigt att handla efter egen förmåga för kundens bästa. Antingen resulterar det i att han utför uppdraget eller avstår.

Frågan är hur fondkommissionären skall agera i förhållande till allmänt hållna instruktioner, typ köp till bästa pris. Vägledande är ju naturligt kundens intresse som förstärks genom att 9 § stadgar en skyldighet att försöka få ett bättre pris om omständigheterna så tillåter.[52] Här kan det exempelvis anföras att kunden givit en säljorder till ett visst pris, så är fondkommissionären skyldig att ändå begära ett högre pris om kursen ökat dvs. när så är möjligt. Fond-

[50] Förslag till lag om kommission, handelsagentur och handelsresande, Stockholm 1913, s. 62.
[51] A. a. s. 69.
[52] A. a. s. 70.

kommissionären ska således presumera att kundens intresse är bästa möjliga pris. Har kunden andra syften med transaktionen, såsom skattemässiga fördelar, så bör det vara synbart för fondkommissionären för att äga giltighet.[53]

Kundens instruktioner är vanligen beträffande priset. Han anger en beloppsgräns (limitum) över/under vilken köp/försäljning inte får ske. Även här kan det under vissa förhållanden vara motiverat att fondkommissionären ingår ett avtal i strid mot limitum. Detta gäller särskilt när det är fråga om varor som hastigt försämras på grund av sin beskaffenhet, och där kunden inte kan vinna utan endast förlora på en senare försäljning; så som färskvaror.[54] Under dessa förhållanden vet ju kommissionären att varorna omöjligt kan betinga ett högre pris om han väntar, och att kundens förlust sannolikt blir större om han väntar och håller fast vid limitum. Detsamma får även antas gälla handel med derivativa instrument som till sin karaktär är en färskvara.[55] Enligt motiven skall avvikelse från limitum i värdepappershandel tolkas restriktivt och man intar ställningen att fondkommissionär hellre bör avstå från uppdrag än avvika från limitum. Motiveringen är att kurserna hela tiden varierar upp och ner varför kunden oftast föredrar att vänta ett tag med affären hellre än att avsluta affären vid en bestämd tidpunkt.[56] Detsamma får även anses gälla derivathandeln. Själva spekulationsmomentet sker ju trots allt på kundens risk, och hans syfte med transaktionen kan ju exempelvis vara rent skattemässigt.

Slutsatsen så här långt är att fondkommissionären är bunden av kundens föreskrifter och att dessa bör tolkas restriktivt.

6. Avslutande kommentar

Generellt saknas det idag vägledning beträffande vilka skyldigheter och rättigheter en mellanman innehar gentemot sin huvudman. Detta kan inte anses tillfredsställande särskilt mot bakgrunden av den alltmer växande värdepappershandel inom en dynamisk finansiell sektor. Idag finns inget rättsskydd utan parterna är helt utlämnade till avtalsfriheten.

Här har jag sökt visa att två centrala frågor inte är avtalsmässigt reglerade utan löses med hjälp av allmänna sysslomansregler.

[53] Här bör det observeras gränsen mot principen om pactum turpe dvs. avtalsförhållanden som inte förtjänat rättsordningens skydd.

[54] Förslag till lag om kommission, handelsagentur och handelsresande, Stockholm 1913, s. 69.

[55] Det primära syftet med derivatinstrument är ju att fördela kursrisken hänförlig till underliggande tillgång och den som infriar betalningsförpliktelsen får ju även absorbera kursrisken. Handeln har ju vidare karaktären av vadhållning där någons vinst motsvaras av någons förlust, varför tidsaspekten oftast är avgörande. Se Afrell, Klahr och Samuelsson, Lärobok i kapitalmarknadsrätt, Stockholm 1991, s. 75 ff.

[56] Förslag till lag om kommission, handelsagentur och handelsresande, Stockholm 1913, s. 69.

Dessa är alltför fragmentariska för att ge något tillfredsställande svar på dylika kompetensfrågor. Exempelvis är en fondkommissionär liksom mellanman och ställföreträdare skyldig att vid fullgörande av sitt uppdrag iaktta huvudmannen intresse. Detta anses framgå av allmänna sysslomansregler i 7 § kommissionslagen. Vad detta närmare innebär är oklart och vägledande rättskällor synes saknas.